

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Conselho Editorial

Ministério Público Federal

GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor
MARCELLO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER – Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

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

Ministério Público Militar

ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA – Promotora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 7 – Número 27 – abril/junho 2008
Brasília/DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2ª andar
70200-901 – Brasília/DF
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185
Home Page: <www.esmpu.gov.br>
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2008. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Miriam Lúcia de Azevedo

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro F. Tosta

Núcleo de Editoração

Cecília S. Fujita dos Reis
Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefe do Setor de Revisão
Lara Livtin Villas Bôas – Preparação de originais
Renata Filgueira Costa – Preparação de originais e revisão de provas
Thaise dos Santos Leandro – Preparação de originais e revisão de provas

Núcleo de Programação Visual

André de Sena – Diagramação

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato Cavalcante

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.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 7, n. 27, abr./jun., 2008

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

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 (CONSTITUIÇÃO).

Chamaram os apóstolos e mandaram açoitá-los. Ordenaram-lhes então que não pregassem mais em nome de Jesus, e os soltaram. Eles saíram da sala do Grande Conselho, cheios de alegria, por terem sido achados dignos de sofrer afrontas pelo nome de Jesus. E todos os dias não cessavam de ensinar e de pregar o Evangelho de Jesus Cristo no templo e pelas casas (ATOS DOS APÓSTOLOS, 5: 40-42).

Tempos difíceis para o Ministério Público. O normal, em um editorial, seria falar do conteúdo da revista. Todavia, o conteúdo fala por si e traz um pouco de luz a estes tempos... difíceis.

O Ministério Público brasileiro tem características que provocam admiração e elogios em outras partes do mundo. Autores estrangeiros e participantes de encontros internacionais enaltecem a independência funcional dos membros e a independência em relação a outros poderes. Exaltam, surpresos, o fato de, até na Justiça Militar, os membros atuantes do Ministério Público serem todos civis, com completa independência das Forças Armadas e Corporações estaduais. Admiram-se por nossa estrutura impedir que o Fiscal da Lei, que o Dono da Ação, que o Defensor da Sociedade esteja subordinado a quem estiver no poder.

Estudar, pesquisar e escrever ajuda a desenvolver ainda mais a instituição, a torná-la ainda melhor, a mostrar que estamos sendo açoi-tados mais por nossos desconfortáveis acertos que por nossos esparsos erros. Ajuda a fazer o que mais precisamos hoje: mostrar o que faze-mos, ou melhor, mostrar que fazemos. A Escola Superior e seu *Boletim Científico* serão sempre essenciais para tanto. Os artigos que publica-mos são reflexo do que fazemos e da liberdade que defendemos.

É tempo de alarme, de preocupação. As prerrogativas, meios de atuação e funções institucionais do MP não são garantias para nós: são para a Sociedade, que precisa de seu Garante da Democracia. Atacar o MP é atacar quem as defende. A quem interessa enfra-quecer o Ministério Público? A quem interessa enfraquecer a Sociedade? A quem interessa enfraquecer a Democracia?

Não se pode calar a voz da Sociedade. Imprensa e Ministério Público fortes são essenciais para que essa voz não emudeça, essen-ciais para que exista um Estado Democrático de Direito. Publicar é uma das formas de tornar audível essa voz.

“Paz sem voz não é paz, é medo.” (Marcelo Yuka).

ADRIANO ALVES MARREIROS

Promotor da Justiça Militar
Membro da Câmara Editorial do Boletim Científico da
Escola Superior do Ministério Público da União

Sumário

Seção I – Direitos Humanos

Políticas públicas da infância
Renato Barão Varalda.....11

Serviço militar obrigatório: uma reflexão sobre alguns
aspectos (in)constitucionais
Soel Arpini.....45

Seção II – Interesses Difusos e Coletivos

Inconstitucionalidade do artigo 5º, II, da Lei n. 7.347/1985:
afrenta à unidade e indivisibilidade do Ministério Público
Anderson Lodetti Cunha de Oliveira.....79

Intervenção assistencial nas ações coletivas
Ronaldo Lima dos Santos.....105

Seção III – Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Responsabilidade da União pela atuação do Ministério
Público no âmbito criminal
Ludmila Tito Fudoli.....133

O Ministério Público e a legitimidade para investigar
Maira Véris Dellai Ferreira.....149

Seção IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Regime constitucional de propriedade das ilhas oceânicas e
costeiras
João Trindade Cavalcante Filho.....185

Seção V – Temas Atuais

O Ministério Público como o novo tribunal
Alexandre Assunção e Silva.....203

Controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho <i>Manoel Jorge e Silva Neto</i>	243
Bases filosóficas e doutrinárias da Justiça Militar <i>Jorge César de Assis</i>	269
Reforma política: o reflexo das aspirações sociais e o sistema de listas <i>Alceu José Cicco Filho</i>	305

Seção I

Direitos Humanos

Políticas públicas da infância

Renato Barão Varalda*

Sumário: 1 Introdução. 2 Tratamento jurídico especial à infância. 3 Responsabilidade do Estado pela não reeducação do adolescente infrator. 4 Política e direito. 5 Políticas públicas para a infância e a doutrina da proteção integral. 6 Conclusão.

1 Introdução

Este trabalho tem por objeto de análise as políticas públicas da infância, a responsabilidade do Poder Executivo quanto à sua implementação e a do Poder Judiciário quanto ao seu controle, em face do tratamento jurídico especial dispensado à criança e ao adolescente. Embora esse tema já tenha recebido bastante atenção por parte da doutrina nacional e estrangeira, é certo que no novo direito da criança e do adolescente poucos autores têm abordado o tema da vinculação do administrador à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e ao princípio do interesse superior da criança quando das opções de escolha na implantação de políticas públicas sociais. No direito brasileiro, tem-se, ainda, mais um limitador e norteador à ação estatal nesse campo, que é o princípio constitucional da prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente.

* Renato Barão Varalda é Promotor de Justiça e coordenador administrativo da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do Distrito Federal; especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Brasília e pela University of Essex; especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pela Universidade de Brasília e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O tema é relevante na medida em que diariamente milhares de crianças e adolescentes do mundo inteiro e, em especial, do Brasil são privadas do exercício da cidadania e veem seus direitos fundamentais sendo ameaçados ou violados justamente pela omissão ou ação inadequada do Poder Público em implantar as políticas públicas destinadas à concretização desses direitos.

O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente é fruto de lutas antigas fundadas no inconformismo com a dura realidade de injustiça e agressão a esses sujeitos em desenvolvimento. No Brasil, a proteção especial conferida à infância, seja na Constituição, seja no Estatuto da Criança e do Adolescente, foi resultado de pressão de vários setores da sociedade.

Apesar do reconhecimento desses direitos em documentos internacionais, constituições e leis infraconstitucionais, verificam-se ainda inúmeras dificuldades para garantir a proteção e a implementação deles, tanto os de primeira geração – vida, liberdade etc. – como os de segunda, denominados direitos prestacionais sociais.

Diante do desrespeito do Estado aos tratados e convenções internacionais e às normas constitucionais e infraconstitucionais, torna-se imperiosa a análise do controle ou não pelo Judiciário dos atos administrativos correlacionados com as prestações positivas obrigatórias da Administração, seja para obrigar o Poder Público a realizá-las, seja para corrigir os atos praticados com desvio do real interesse superior da criança e do adolescente.

No Brasil, inúmeras ações judiciais (sobretudo as coletivas) buscam a tutela jurisdicional em face do desrespeito do Estado à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e, em especial, ao princípio da prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente, estabelecidos no art. 227 da Constituição Federal de

1988, cujo conteúdo teve seu alicerce jurídico e social na Convenção dos Direitos da Criança de 1989.

Em que pese a Constituição separar o direito da política, livrando-se do problema de sua fusão, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão (8.7.2008), sob a relatoria do ministro Gilmar Ferreira Mendes, manteve liminar concedida em ação civil pública determinando ao governo do Estado de Tocantins a construção de unidade de semiliberdade e de internação na Comarca de Araguaína, haja vista o encaminhamento de adolescentes infratores para o município de Ananás, distante 160 quilômetros daquela localidade (o que dificulta o contato com os familiares), bem como o alojamento em cadeia local, em celas adjacentes a de presos adultos, em ambientes inóspito.

Partindo da importância do tema na atualidade, dedica-se a primeira parte do trabalho à análise dos princípios referentes ao tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente, abordando em especial a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e os princípios que regulam a matéria, a saber, a doutrina da proteção integral, que abarca os princípios do melhor interesse da criança e o da condição especial de pessoa em desenvolvimento, e, no direito brasileiro, o princípio da prioridade absoluta.

Analisa-se o alcance e a importância do tema políticas públicas na égide do Estado Democrático de Direito, por entender ser a implantação dessas políticas o único caminho para a produção da igualdade material, que, por sua vez, depende da concretização dos direitos sociais.

Demonstra-se também que, no constitucionalismo contemporâneo, os atos administrativos podem ser controlados pelo Judiciário para obrigá-los a estar em conformidade com princípios insculpidos na Constituição Federal, ou seja, demonstra-se a necessidade do controle jurisdicional dos atos administrativos não vinculados quando da

implantação ou não das políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em face da doutrina da proteção integral e do princípio do interesse superior da criança e do adolescente, os quais devem ser observados com prioridade absoluta, em razão da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento desses sujeitos.

2 Tratamento jurídico especial à infância

O constituinte de 1988 adotou a doutrina da proteção integral e, a partir de então, formou-se o Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente – integrado por diversas entidades não governamentais e por representantes de órgãos públicos ligados ao tema. Com isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi elaborado com ampla participação de movimentos sociais, o que lhe conferiu ainda maior legitimidade perante os atores que formam o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente. O ECA é uma lei moderna, avançada, que foi elaborada com a participação de várias instituições públicas e sociais e trouxe uma nova visão sobre a criança e o adolescente, além de ter-lhes garantido direitos fundamentais. É a universalização dos direitos, levando em consideração que são pessoas em formação, em processo de desenvolvimento. Isso na prática significou enxergar a criança e o adolescente como vítimas de um sistema de desigualdade social e não como “responsáveis” pelos males da sociedade, como eram vistos pelo antigo Código de Menores.

O ECA, Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990, detalhou a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, que já havia sido abraçada pela Constituição Federal de 1988, no art. 227, que estabelece:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em síntese, no ECA há normas que disciplinam os princípios fundamentais das relações jurídicas que envolvam crianças e adolescentes no âmbito da família, da sociedade e do Estado.

O ECA completou 19 anos de existência. Embora essa lei estabeleça suficientes princípios que norteiam o Estado, a sociedade e a família na concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, o fato é que há uma enorme distância entre a lei e a realidade.

Apesar de ser uma lei avançada, há ainda um longo descompasso entre ela e a realidade, e essa distância somente será superada por meio de políticas públicas eficazes. De acordo com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Brasil possui uma população de cerca de 190 milhões de pessoas, das quais quase 60 milhões têm menos de 18 anos de idade, o que equivale a quase um terço de toda a população de crianças e adolescentes da América Latina e do Caribe. São dezenas de milhões de pessoas que possuem direitos e deveres e necessitam de condições para desenvolver com plenitude todo o seu potencial.

O tratamento jurídico especial e o princípio do melhor interesse da criança estão correlacionados com o princípio da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, isto é, a criança e o adolescente encontram-se em formação, tanto sob os aspectos físicos, como também sob os emocionais e intelectuais. Desse modo, não conhecem totalmente os seus direitos e não são capazes de lutar por sua implementação. E é justamente por essa condição de pessoas em desenvolvimento que são detentores de direitos especiais.

Segundo o princípio da prioridade absoluta, inserido na Constituição brasileira de 1988, a criança e o adolescente devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades das autoridades públicas, em que pese a realidade do país estar em flagrante contradição com o citado princípio constitucional.

De acordo com o parágrafo único do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no cenário internacional, ao adotar a doutrina da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, elevou-os à condição de sujeitos de direito, aos quais são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais do adulto e outros especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O art. 3º da referida convenção estabelece que as decisões públicas relacionadas com a criança devem ser tomadas atendendo ao interesse superior da criança. A proteção integral justifica-se em razão de serem pessoas incapazes, dada a sua condição temporária de, por si só, não estarem aptas a fazer valer seus direitos.

Ademais, o art. 3º do ECA dispõe que

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Todas as garantias acima mencionadas surgiram com a intenção de minimizar os abusos praticados historicamente contra seres humanos em condições especiais, na qualidade de seres em desenvolvimento físico, mental e psicológico, assegurando-se, assim, a isonomia material e um mínimo aceitável de condições de desenvolvimento, de forma a viabilizar o alcance da idade adulta com um mínimo de dignidade. Contudo, como é de conhecimento público, inúmeras crianças e adolescentes vivem à margem das mais básicas políticas públicas, como educação, saúde, lazer, cultura, segurança etc.¹

Embora, segundo Jürgen Habermas, “[...] o princípio do exercício do poder no Estado de direito pareça colocar limites à autodeterminação soberana do povo, pois o ‘poder das leis’ exige que a formação democrática não se coloque contra os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais”², muitos dispositivos do ECA e a própria doutrina da proteção integral insculpida na

¹ Dados estatísticos apontam que o Brasil é um país repleto de contradições e de uma intensa desigualdade social, já que 1% da população rica detém 13,5% da renda nacional, contra os 50% mais pobres, que detém 14,4% desta (IBGE, 2004). Essa desigualdade social traz consequências sérias nas condições de vida da população infanto-juvenil. O Brasil possui 25 milhões de adolescentes na faixa de 12 a 18 anos, o que representa cerca de 15% da população. Segundo levantamento da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (MURAD, 2004), existem no Brasil cerca de 39.578 adolescentes no sistema socioeducativo e 27.763 encontram-se em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto (liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade). Por sua vez, segundo Rocha (2002), havia 9.555 adolescentes em cumprimento de medida de internação, destes, 90% eram do sexo masculino, 51% não frequentavam a escola, 90% não concluíram o ensino fundamental, 12,7% viviam em famílias que não possuíam renda mensal, 66%, em famílias com renda mensal de até dois salários mínimos, e 85,6% eram usuários de droga. Dos 1.260 adolescentes que cumpriam medida de semiliberdade, segundo Fuchs (2004), 96,6% eram do sexo masculino, 58,7% estavam fora da escola formal antes do cometimento do ato infracional, 70% se declaravam usuários de drogas (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)/Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: CONANDA, 2006).

² HABERMAS, 2003, p. 153.

Constituição brasileira ainda precisam ser implementados, a começar pela concretização dos direitos fundamentais mais básicos das crianças e dos adolescentes.

O desrespeito começa justamente na falta de vontade política dos dirigentes do país em priorizar suficientes recursos orçamentários para a garantia desses direitos fundamentais. É visível a omissão do Estado. As políticas públicas de ressocialização para adolescentes infratores não têm merecido do Poder Público a atenção devida, o que leva a baixos índices de recuperação.

3 Responsabilidade do Estado pela não reeducação do adolescente infrator

Quando o adolescente chega a cometer um ato infracional, é bastante provável que ele não tenha recebido do seu meio familiar os limites e valores necessários a impedi-lo de desrespeitar os direitos dos outros. A desestruturação familiar – que resulta em crianças e adolescentes vivendo nas ruas, vítimas de maus-tratos por parte de genitores omissos, em situação de dependência química etc. –, o baixo poder aquisitivo das famílias – em função da situação econômica e social do país, especialmente da falta de oportunidades de trabalho –, a proximidade com agentes da violência na comunidade – a ideia de que a violência já é algo normal – e a falta de perspectiva para o futuro levam os adolescentes à prática de atos infracionais. Isso significa dizer que muitas famílias brasileiras estão permanentemente descumprindo o ECA, pois há vários dispositivos que impõem aos pais ou responsáveis o dever de criar e educar adequadamente os filhos/pupilos para que possam conviver em sociedade de forma saudável. Em contrapartida, isso traduz o direito dos filhos de receberem de seus pais ou responsáveis

os cuidados necessários para que se tornem, na vida adulta, membros saudáveis da sociedade em que vivem³.

Se se verifica uma omissão da família nesse sentido – o que muitas vezes resulta em prejuízo à própria segurança da sociedade –, o Estado deveria punir os pais ou responsáveis que descumpriram as obrigações decorrentes do poder familiar. Quanto a esse aspecto, é de se reconhecer que o Estado quase nunca consegue cumprir esse papel, seja porque os instrumentos previstos na legislação não são adequados (ações de suspensão ou destituição do poder familiar dos pais ou responsáveis, infração administrativa que visa apenas ao pagamento de multa), seja porque, por trás dessa omissão dos pais ou responsáveis, quase sempre estão pessoas completamente despreparadas para o mister de educar, pois, na maioria das vezes, também foram vítimas de violação de direitos por parte de seus progenitores, Estado e sociedade.

Além disso, se os pais não cumpriram o seu papel, cabe ao Estado a adoção de medidas que visem à reeducação desses jovens infratores, o que deve ser feito para garantir a proteção deles mesmos – ajudá-los a romper a trajetória em meio violento – e da própria sociedade, pois a segurança pública é direito de todo cidadão. Para cumprir a tarefa de reeducação dos jovens infratores, o Estado deve aplicar e executar de forma eficiente as medidas socioeducativas previstas no ECA.

³ Segundo dados do relatório *Perfil dos adolescentes-infratores e dos atos infracionais*, do MPDFT, elaborado a partir de registros obtidos entre 1º.11.2007 e 29.2.2008, dos adolescentes infratores atendidos pela Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do DF, em cada ato infracional praticado, constatou-se que a maior parte deles é composta por jovens evadidos da escola, com domínio dos seguintes atos infracionais: furto, roubo, tráfico de drogas, uso de drogas, porte ilegal e disparo de arma de fogo; enquanto entre os jovens que frequentam a escola há o predomínio de atos de menor potencial ofensivo, tais como ameaça, injúria, lesão corporal e pichação. Constatou-se também que apenas 43,17% dos adolescentes ouvidos na Promotoria frequentavam alguma instituição de ensino e 21% dos adolescentes matriculados na escola não a frequentavam.

Todavia, a realidade da maioria dos estados brasileiros, especialmente a do Distrito Federal, é vergonhosa, pois as medidas socioeducativas em meio aberto – liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade –, quando aplicadas pelas Varas da Infância e da Juventude, muitas vezes sequer são cumpridas pelos adolescentes infratores, e, quando o são, a forma de cumprimento é insuficiente para produzir mudança significativa na vida desses jovens, o que termina por ocasionar um sentimento de impunidade por parte dos adolescentes infratores e contribuir para a reiteração de atos infracionais. Essa situação tem como consequência a necessária aplicação de medidas restritivas de liberdade – semiliberdade e internação – com relação ao próximo ato infracional praticado pelo adolescente, cuja forma de execução também se tem mostrado inadequada para a ressocialização dos jovens infratores.

Um levantamento realizado pelo Setor Psicossocial da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do Distrito Federal, em 2008, constatou grande defasagem entre o número de adolescentes vinculados à medida de prestação de serviço à comunidade e as efetivas execuções da referida medida (já que a demora tem redundado no arquivamento da grande maioria dos processos em razão da prescrição); instalações físicas precárias, recursos materiais escassos e recursos humanos insuficientes nas unidades executoras de medidas de liberdade assistida e semiliberdade; bem como o não atendimento pelos centros de internação dos parâmetros estabelecidos pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), elaborado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). A resposta do Estado ao adolescente infrator foi prevista na forma de medidas socioeducativas, porque nessa faixa etária – dos 12 aos 18 anos – o jovem responde de forma mais eficiente à intervenção pedagógica, justamente por estar em processo desenvolvimento.

Se o Estado-juiz aplica uma medida socioeducativa e o Poder Executivo não fornece os meios adequados para o seu cumprimento, como tem ocorrido no DF, a mensagem que se passa ao jovem infrator é a de que nem sua família, nem o Estado tiveram a capacidade de detê-lo na empreitada infracional. Ao deixar de responsabilizar o jovem de forma adequada, o Estado está incentivando a sua permanência no meio infracional.

4 Política e direito

A Constituição define as bases dos direitos fundamentais (fecha o direito), define as bases da política (forma o Estado), ou seja, fecha⁴ o sistema de direito e política e os coloca em relacionamento (mecanismo de acoplamento).

[...] a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, Estado, remetendo-se assim à política. Esses conceitos, no entanto, enquanto conceitos do texto constitucional, não podem ser outra coisa senão conceitos jurídicos eventualmente redutíveis a conteúdos judiciáveis. Na hipótese de uma descrição externa do sistema jurídico, a mesma categoria (*fattispecie*) pode ser, no entanto, formulada de outro modo. As referências ao sistema político estabelecem ao mesmo tempo um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político que se coloca “ortogonalmente” em relação às operações internas ao sistema

⁴ “A Constituição é assim a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia. Em outros termos, a Constituição deve deslocar (*rimpiazzare*) aqueles sustentáculos externos que haviam sido postulados pelo jusnaturalismo. Ela substitui quer o direito natural em sua versão cosmológica mais tradicional, quer o direito racional com o seu concentrado de teoria transcendental que se autorrefere a uma razão que julga a si própria. No lugar dessa última, subentra um texto parcialmente autológico. Isso é, a Constituição fecha o sistema jurídico ao discipliná-lo como um âmbito no qual ela, por sua vez, reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado mediante o seu reingresso no sistema. Nas modalidades já discutidas, isso se verifica ou através de regras de coalização que garantem o primado da Constituição; ou mediante disposições relativas à alterabilidade/não alterabilidade da Constituição; e ainda: mediante a previsão constitucional de um controle de constitucionalidade do direito; e não, em último: ao invocar solenemente a instância constituinte e a sua vontade como vinculantes de per si” (LUHMANN, 1996).

e que não pode ser por ele apreendido. Todas as distinções especificamente jurídicas pressupõem o sistema que opera com esse acoplamento na qualidade de operador, como elemento de distinção, como contexto autopoietico de comunicação presente na sociedade. Neste plano implícito, o conceito de acoplamento estrutural descreve uma condição socialmente indispensável (embora historicamente variável em suas formas) de diferenciação. E é precisamente isso o que antes se buscava dizer com a tese de que não a autorreferenciabilidade permanece incompleta na medida em que não pode assumir por si a referência discernidora. A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política⁵.

Embora a sociedade moderna se complete com a Constituição (para se livrar do direito natural), esta separa e define direito e política⁶, livrando-se do problema de sua fusão. A Constituição define as bases do direito e da política, articulando-as para a política fornecer o que o direito moderno requer (normas gerais e abstratas), apesar de o direito depender do aparato de efetividade da política. A política fornece efetividade ao direito, mas recebe legitimidade do direito.

Apenas com o exercício de aplicação do princípio é possível aferir a sua viabilidade (cabimento). A Constituição articula direito e política e, ao mesmo tempo, livra-se do problema de sua fusão, ocultando esse paradoxo do direito moderno⁷.

⁵ LUHMANN, 1996.

⁶ “Na consciência europeia as Constituições valem não apenas como sistema jurídico, mas também, e sobretudo, como instituições do sistema político. E também esse fato tem a sua justificativa. Não obstante o sistema político e o sistema jurídico serem e permanecerem sistemas diferentes. Esses sistemas seguem códigos distintos, precisamente, por um lado, o código direito/não direito, e, por outro, o código poder/não poder. Esses sistemas servem para funções diferentes e assim projetam códigos e funções de modo diverso. São reciprocamente competentes, mas cada um em um sentido diferente. As suas respectivas autoreproduções (autopoiesis) são assim realizadas em redes, *networks*, em tudo muito diferentes. Um mínimo de rigor teórico impede a sua identificação” (LUHMANN, 1996).

⁷ Aula proferida pelo professor Menelick de Carvalho Netto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, jul. 2008.

O direito permite que a política se legitime e esta permite que o direito se efetive (política dá efetividade ao direito). Não é fusão, pois os sistemas são diferenciados, embora um não possa funcionar sem o outro. Vale dizer que a constituição produz comunicação entre o direito e a política. E é exatamente com o objetivo de retirar da política a efetividade necessária ao direito que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, de 8 de julho de 2008, sob a relatoria do ministro Gilmar Ferreira Mendes, manteve liminar concedida na Ação Civil Pública n. 2007.0000.2658-0/0, em curso perante o Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Araguaína/TO, e determinou:

Concedo a liminar e determino ao Estado de Tocantins que implante na cidade de Araguaína/TO, no prazo de 12 meses, unidade especializada para cumprimento das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores, a fim de propiciar o atendimento do disposto nos artigos 94, 120, § 2º, e 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Determino ainda que o requerido se abstenha de manter adolescentes apreendidos, após o decurso do prazo de doze meses, em outra unidade que não a acima referida.

Fixo multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a ser paga pelo requerido, em caso de descumprimento ou de atraso no cumprimento da presente decisão, a qual deverá ser revertida em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos dos artigos 213 e 214 da Lei n. 8.069/1990.

Diante da inexistência de unidades de semiliberdade e de internação e o encaminhamento de adolescentes infratores para o município de Ananás/TO, distante 160 quilômetros daquela localidade (o que dificulta o contato com os familiares), bem com o alojamento em cadeia local, em celas adjacentes a de presos adultos, em ambientes inóspito, o Supremo Tribunal Federal manteve a liminar concedida pelo Juízo da Comarca de Araguaína/TO, aduzindo que:

É certo que o tema da proteção da criança e do adolescente e, especificamente, dos adolescentes infratores é tratado pela Constituição com especial atenção. Como se pode perceber, tanto o *caput* do art. 227, como seu parágrafo primeiro e incisos possuem comandos normativos voltados para o Estado, conforme destacado acima.

Nesse sentido, destaca-se a determinação constitucional de *absoluta prioridade* na concretização desses comandos normativos, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente. Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção da criança e do adolescente.

Segundo esse aspecto objetivo, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo deste direito.

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Überrmassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Unterrmassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS, 1989, p. 161).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Parece lógico, portanto, que a efetividade desse direito fundamental à proteção da criança e do adolescente não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Por outro lado, alega-se, nesta suspensão de segurança, possível lesão à ordem e economia públicas, diante de determinação judicial para implantação de programa de internação e regime de semiliberdade, em unidade especializada (a ser construída), com prazo determinado de 12 meses.

Nesse sentido, o argumento central apontado pelo Estado do Tocantins reside na violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88), formulado em sentido forte, que veda intromissão do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo estadual.

Contudo, nos dias atuais, tal princípio, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, num círculo em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam.

Nesse sentido, entendo inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Tocantins em cumprir seu dever constitucional de garantia dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional (art. 227).

Da mesma forma, não vislumbro a ocorrência de grave lesão à economia pública. Cumpre ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da absoluta prioridade determinada na Constituição, deixa expresso o dever do Poder Executivo dar primazia na consecução daquelas políticas públicas, como se apreende do seu art. 4º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de primazia compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

- c) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas;*
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Não se pode conceber grave lesão à economia do Estado do Tocantins, diante de determinação constitucional expressa de primazia clara na formulação de políticas sociais nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva, concretamente delineada pelo ECA.

A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se tratam de comandos vinculativos⁸.

Por óbvio não se trata, nessa hipótese, de fusão entre direito e política, mas apenas de uma forma de manifestação de articulação entre o Judiciário e o Executivo, por intermédio de normas principiológicas, a coagir a Administração Pública à efetivação de direitos fundamentais. Utilizando-se das palavras de Ingeborg Maus, “A vinculação estrita do aparelho judicial do Estado (e do Executivo) à legislação, ressaltada por meio do inquestionável primado do Legislativo, sobre os demais poderes do Estado no modelo clássico de separação de poderes, tinha o sentido exclusivo de submeter-se esse aparato à vontade legislativa do povo”⁹. Constata-se que o Judiciário tenta “fazer valer” princípios constitucionais, entendendo, para tanto, que a articulação entre política e direito pode dar-se até pela intromissão de um Poder no âmbito de discricionariedade de outro.

Também não se trata de transformar o Poder Judiciário em monarca absoluto, já que essa “ordem objetiva de valores” (expostos taxativamente pelo ECA – doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, prioridade absoluta etc.) foi elaborada com ampla

⁸ Suspensão de Liminar n. 235-0-TO. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2008.

⁹ MAUS, 2000, p. 189.

participação de movimentos sociais, o que lhe conferiu ainda maior legitimidade perante os atores que formam o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente. Houve consenso de que o tratamento legal conferido à criança e ao adolescente não era mais o adequado. Ademais, o ECA, respaldado pelas determinações constitucionais brasileiras, impregnou-se de critérios democráticos para garantir a efetividade dos direitos, seja por meio da composição paritária dos Conselhos de Direitos, com eleição para representação da sociedade nesses Conselhos, que são espaços deliberativos, seja por meio de eleições dos Conselheiros Tutelares, com a missão de fiscalizar a aplicação da proteção integral. Nesse sentido, é por demais exagerado o entendimento de que o Supremo Tribunal Constitucional “disfarçou o seu decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição”¹⁰ ao determinar ao Estado de Tocantins a construção de unidades de semiliberdade e centros de internação no município de Araguaína.

A ausência de vontade política na destinação privilegiada de verbas públicas e de implementação de políticas básicas atinge diretamente a infância, caracterizando uma das formas de violência institucionalizada contra seres em processo de desenvolvimento e, por isso, incapacitados de lutar pela efetivação dos direitos fundamentais constitucional e legalmente assegurados.

Vale destacar a distinção entre os chamados direitos de defesa, consistentes na não intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, originários do Estado Liberal, e os direitos prestacionais, que se referem à obrigação do Poder Público em fornecer os meios materiais necessários ao efetivo exercício das liberdades, atrelados à ideia de Estado Social.

¹⁰ MAUS, 2000, p. 192.

Ingo Wolfgang Sarlet distingue os direitos prestacionais em dois grupos específicos: direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e participação na organização e no procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais)¹¹. Este último grupo é o que irá interessar ao presente estudo.

Sarlet, após analisar as concepções propostas pelos doutrinadores alemães Cristian Starck, R. Breuer e Robert Alexy, posiciona-se no sentido de que o reconhecimento dos direitos subjetivos a prestações sociais encontra-se atrelado aos limites do próprio Estado Social e, no Brasil, à própria Constituição Federal. Partindo do reconhecimento de que “a existência dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência do Estado Social de Direito consagrado pela nossa Constituição”, Sarlet questiona até onde vai a obrigação dos poderes públicos quanto à realização da justiça social e qual seria o *quantum* em prestações sociais que poderia ser reclamado judicialmente pelos particulares. Entende, pois, que permanecem em aberto pelo menos três questionamentos:

- a) se o reconhecimento de direitos fundamentais originários (na qualidade de direitos subjetivos) a prestações sociais se limita a um padrão mínimo? b) qual é este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direitos fundamentais? e c) mesmo no âmbito deste padrão mínimo, poder-se-á negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade dos recursos para sua satisfação?¹²

Mais adiante Sarlet se nega a concordar com a concepção de alguns doutrinadores que conferem às normas de direitos prestacionais sociais um caráter meramente ideológico, e não jurídico, reconhecendo, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações sociais. Assim como a doutrina estrangeira,

¹¹ SARLET, 2001, p. 191-192.

¹² Ibidem, p. 321.

Sarlet vincula alguns desses direitos sociais ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, ao negar ao indivíduo os recursos mínimos para a manutenção de sua existência, citando, como exemplo, uma pensão na velhice para aqueles que necessitam, reconhece que seria, pois, condená-lo à morte por inanição.

Por fim, sustenta Sarlet que:

O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. A ideia que subjaz ao modelo de Canotilho e dos autores germânicos referidos parece ser precisamente esta: onde faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias de sentido¹³.

A posição adotada por Sarlet assemelha-se à defendida por Ricardo Lobo Torres¹⁴ acerca do reconhecimento de um direito pré-constitucional às condições mínimas de existência humana digna e de que a entrega das prestações positivas constitui um direito subjetivo do cidadão. A divergência entre os dois autores, apontada pelo próprio Sarlet em nota de rodapé, parece estar na negativa de Torres em não conferir aos direitos sociais a sua essencialidade.

Para Torres, que distingue o *status positivus libertatis* (mínimo existencial) do *status positivus socialis* (prestações estatais para a proteção dos direitos sociais e econômicos), esta última categoria compreende o fornecimento de serviço público essencial e as prestações financeiras em favor dos fracos, em especial sob a forma de subvenção social, que, além de depender da situação econômica do país, não são obrigatórias, situando-se, pois, na “reserva do possível”.

¹³ SARLET, 2001, p. 323.

¹⁴ TORRES, 1990, p. 42.

Sarlet, por sua vez, aponta como melhor solução o modelo proposto por Alexy, que entende ser a contraposição de valores no caso concreto o melhor caminho para se resolver a questão. Sustenta que, quando as objeções aos direitos sociais prestacionais (reserva da competência do Legislativo, separação dos poderes etc.) esbarrar no valor maior da vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, e, ainda, quando na colidência de bens constitucionais, sejam fundamentais ou não, houver prevalência do direito social prestacional, é possível reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações ao mínimo existencial.

Esclarece ainda o autor acima que se o mínimo for ultrapassado, haverá apenas um direito subjetivo *prima facie*, não se podendo resolver a questão pelo tudo ou nada. Ao final, ainda valendo-se das lições de Alexy e Canotilho, Sarlet reconhece que:

[...] não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional¹⁵.

Ainda que se possa considerar a posição de Ricardo Lobo Torres como a mais atinente com a realidade, especialmente em países como o Brasil, já que focaliza a limitação dos recursos orçamentários para atendimento de todos aqueles direitos (a chamada “reserva do possível”), o fato é que, estando tais direitos previstos constitucionalmente e considerando que os direitos civis e mesmo os políticos não se realizam sem o acesso, sobretudo, às políticas sociais básicas, como educação, saúde, trabalho, é de se reconhecer

¹⁵ SARLET, 2001, p. 324.

que o cidadão possui o direito subjetivo às prestações positivas do Estado com o fim de assegurar a concretude dos direitos sociais reconhecidos nas Constituições. Nesse sentido, assevera Luiza Cristina Fonseca Frischeisen que

A igualdade de todos os cidadãos só é real se existem igualdade de oportunidades (também denominada como igualdade de chances ou igualdade na liberdade), pois que ligada com a própria natureza do que seria o justo, que só se realiza com as prestações positivas do Estado¹⁶.

A partir do reconhecimento da existência de um direito subjetivo do cidadão a prestações positivas do Estado, passa-se à análise do vocábulo política. O termo *política* é derivado do latim *politice*, procedente do grego *politiké*, cujo significado é a ciência de bem governar um povo, estabelecendo princípios e normas necessárias ao bom funcionamento da administração estatal para efetivar os seus objetivos e garantir o bem comum.

J. J. Gomes Canotilho ensina que as políticas públicas prestam-se a realizar os direitos sociais e descreve como

[...] política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Europeia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito económico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins de infância, o sistema de apoio à terceira idade; o sistema de protecção da juventude [...]¹⁷.

Para Maria Paula Dallari Bucci, o estudo do tema “políticas públicas”, além de ser muito complexo e pertencer ao universo da teoria política, é bastante novo, coincidindo com a introdução do novo conceito de Estado, mais voltado à concretização dos direitos

¹⁶ FRISCHEISEN, 2000, p. 71.

¹⁷ CANOTILHO, 1998, p. 470-471.

sociais e econômicos, cujas funções transcendem ao conceito de serviço público, abrangendo também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados¹⁸.

Acrescenta a autora que as políticas públicas podem ser definidas como os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo¹⁹. Alerta Bucci para a importância do processo de sua realização a partir de critérios fixados em lei, entendendo que a legitimidade do processo político na definição das prioridades e nos meios para realizá-las está diretamente relacionado com o grau de participação democrática da sociedade.

Pode-se concluir que o conceito de políticas públicas, por ser mais amplo do que a mera prestação de serviço público, também abrange as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados e elas representam os programas de ação do Estado, elaborados a partir de um processo de escolhas políticas, seja por meio de atos emanados do Legislativo, como representante do povo, seja do Executivo, eleito para administrar a coisa pública e para atingir metas e fins previamente determinados.

5 Políticas públicas para a infância e a doutrina da proteção integral

No tocante à política da infância, saliente-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança trouxe grandes mudanças no tratamento jurídico até então dispensado a esses sujeitos. As leis infanto-juvenis, especialmente na América Latina, serviram muito mais para reforçar e contribuir para a exclusão social, alimentando a adoção de

¹⁸ BUCCI, 1997, p. 89-98.

¹⁹ Ibidem, p. 95.

políticas assistencialistas em vez de políticas básicas. As crianças eram vistas como o objeto do direito e não como os sujeitos de direitos.

Alessandro Baratta, em sua importante contribuição para o tema no artigo “Infancia y democracia”, inicia ressaltando que o contexto democrático das políticas públicas de proteção às crianças adquire determinado sentido e relevância a depender do reconhecimento ou não destas como parte integrante nas relações de democracia, por um lado, e de como são entendidas as relações entre as crianças e os adultos, por outro lado. Entende que o contexto democrático tem que ser considerado como a premissa básica no momento de definir as estratégias adequadas de implementação dos direitos estabelecidos na Convenção²⁰.

O mencionado autor, ao interpretar o art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança (“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse superior da criança”), ensina que o princípio do interesse superior da criança

se convierte en el principio de la relevancia universal del interes del niño, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños. Eso quiere decir que la protección de estos derechos no es necesariamente solo la tarea de instituciones particulares con una competencia específica, sino de una estrategia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y a cualquier órgano del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional. Este principio exige la coordinación y la sinergia de todos los actores potencialmente competentes²¹.

²⁰ BARATTA, 1998, p. 31-57.

²¹ Ibidem, p. 32.

Para Alessandro Baratta, o princípio central para a proteção integral da criança é o restabelecimento da prioridade na implantação das políticas básicas, sendo que as demais políticas devem ser subsidiárias e residuais, e

que la concepción dinámica del principio de igualdad impone a los Estados-parte de la convención y a la comunidad internacional respectivamente, el respeto de un standard mínimo de las normas del Estado social y de una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos²².

Ao tratar dos direitos declarados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em especial do princípio do interesse superior da criança, Carlos Eroles dispõe que “así el Estado adquiere una obligación insoslayable con el bienestar de la infancia que tiene el deber de atender, con medidas adecuadas, eficaces y oportunas de política social”²³.

Ressalte-se que o art. 41 da Convenção determina a observância não apenas do catálogo dos direitos ali declarados, mas também a prevalência da legislação nacional ou internacional que seja mais ampla quanto à garantia dos direitos humanos e fundamentais.

O art. 4º da Convenção dispõe que

os Estados-Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza, com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessários, dentro de um quadro de cooperação internacional.

Em princípio, a referida cláusula poderia ser interpretada como uma forma de o Estado se recusar a implementar as políticas

²² BARATTA, 1998, p. 33.

²³ EROLES, 2001, p. 40.

públicas necessárias, por questões orçamentárias, com a invocação da teoria da “reserva do possível”. No entanto, como exposto por Alessandro Baratta, a referida cláusula de reserva deve ser invocada apenas quando os Estados-Partes tiverem esgotado todas as possibilidades de cumprir sua obrigação de buscar recursos necessários, seja por intermédio das políticas fiscais, seja por meio das políticas financeiras.

En general, la reserva no debería aplicarse, si el Estado no realiza serios esfuerzos para regular el sistema de producción y de distribución social de la riqueza así como para racionalizar técnicamente y controlar jurídicamente el empleo de los recursos disponibles²⁴.

No Brasil, a obrigação de priorizar as políticas públicas da infância e da juventude encontra-se estabelecida constitucionalmente, conforme previsão do art. 227 da Constituição Federal, que impõe prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente. Posteriormente, ao reafirmar o princípio constitucional da prioridade absoluta, o legislador ordinário, por intermédio do ECA, especificou em que situações a prioridade absoluta deve ser observada, determinando a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Demais disso, o art. 6º do ECA traz uma norma de interpretação que obriga ao aplicador dessa lei a observância dos fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente de pessoas em desenvolvimento.

O conceito de discricionariedade administrativa foi construído em torno da ideia de poder. Vale transcrever as palavras do francês

²⁴ BARATTA, 1998, p. 37.

Maurice Hauriou, citado por Ana Maria Moreira Marchesan, ao analisar a evolução do conceito do ato administrativo:

A administração não é animada, naquilo que ela faz, por uma vontade interior, mas, sim, por vontade executiva livre submetida à lei como um poder exterior. Segue-se que, de um lado, nas matérias de sua competência, enquanto seu poder não está ligado por disposições legais, ele é inteiramente autônomo e, por outro lado, nas matérias em que seu poder parece ligado pela lei, ele se conforma sempre a uma certa escolha de meios que lhe permite se conformar voluntariamente à lei. Esta faculdade de se conformar voluntariamente à lei é tanto mais reservada à administração das leis quanto ela goza constitucionalmente de uma certa liberdade na escolha dos momentos e das circunstâncias em que assegura esta aplicação. Conforme este ponto de vista, convém mostrar novamente que o poder discricionário da administração consiste na faculdade de apreciar a “oportunidade” que pode ter de tomar ou não tomar uma decisão executória, ou de não tomá-la imediatamente, mesmo que seja prescrita pela lei²⁵.

Marchesan arremata, sintetizando a concepção de Hauriou, do início do século, quando surge a compreensão da discricionariedade como “poder do administrador, que, nas matérias de sua competência, não delimitadas pela lei, estaria livre para agir de acordo com critérios de conveniência e oportunidade”²⁶.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a ideia de poder deve estar associada a mero instrumento para o cumprimento do dever, isto é, o “poder discricionário tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*”²⁷.

André Gonçalves Pereira assim distinguiu o poder do poder arbitrário:

²⁵ *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id155.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

²⁶ Idem.

²⁷ MELLO, 1998, p. 15.

O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de dada matéria, mas sim de uma forma possível de sua regulamentação: através de um poder, ou seja, do estabelecimento por lei de uma competência, cuja suscetibilidade de produzir efeitos jurídicos compreende a de dar validade a uma decisão, a uma escolha, que decorre da vontade psicológica do agente. Discricionariedade e vinculação são assim formas diversas de regulamentação por lei de certa matéria; mas quando a lei não contemple determinada situação de vida, e não o integre pelo menos genericamente na sua previsão, nenhum poder tem em relação a ela o agente – e sustentar o contrário seria pôr em dúvida o valor do princípio da legalidade²⁸.

A discricionariedade administrativa deve ser vista sob nova ótica no Estado Democrático de Direito. Reconhece-se que a lei não consegue abarcar todas as situações da vida, tornando-se impossível ao legislador prever e regular todas as ações administrativas necessárias ao exercício do poder, subsistindo, em algum momento, a discricionariedade. No entanto, é inegável que o conceito de discricionariedade deve ser entendido sob a ideia de dever e não mais de poder.

Ao se conceber a atividade administrativa como desempenho de função, consistente no cumprimento do dever jurídico de acertar a providência capaz de atingir a exata finalidade da lei, todo e qualquer ato administrativo deve estar em conformidade com o direito.

No presente trabalho, adota-se o conceito de discricionariedade a partir das concepções do constitucionalismo pós-positivista (especialmente o princípio da juridicidade), em que se compreende o direito não por regras, mas por princípios, os quais estão cada vez mais integrando o campo da normatividade.

Germana de Oliveira Moraes reconhece que já não existem atos administrativos completamente discricionários e que não mais

²⁸ PEREIRA, 1962, p. 222-223, apud MARCHESAN, 1998.

se sustenta a clássica distinção entre atos vinculados e atos discricionários, considerando-se discricionários apenas certos elementos do ato administrativo, permitindo o controle judicial destes, com exceção do mérito do ato, o qual também se encontra reduzido²⁹.

Para a autora acima citada, o mérito compreende os processos de valoração dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo, tendo como parâmetros critérios não positivados. O mérito do ato administrativo restringe-se ao núcleo da discricionariedade e somente sobre ele não há possibilidade de controle judicial. Os ditos critérios não positivados resumem-se aos critérios de conveniência e de oportunidade acerca da prática do ato administrativo. Os critérios de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, elevados a princípios constitucionais, no direito brasileiro, antes componentes do mérito do ato administrativo, migraram para o domínio da juridicidade ou legalidade em sentido amplo³⁰.

Conclui Germana de Oliveira Moraes que, na atual fase do constitucionalismo pós-positivista e da redefinição do princípio da legalidade administrativa, que teve suas origens no Estado Liberal e atualmente foi substituído pelo princípio da juridicidade da Administração Pública³¹ (mais condizente com o arcabouço teórico do Estado Social), permite-se o controle jurisdicional dos

²⁹ MORAES, 1999, p. 42.

³⁰ *Ibidem*, p. 45.

³¹ “A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da ideia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos da Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita. [...] A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição” (*Ibidem*, p. 23).

atos administrativos não vinculados, restando intocável pelo Poder Judiciário a análise apenas do mérito do ato administrativo.

Ao discorrer sobre o controle judicial da discricionariedade, Eduardo García de Enterría aduz que

[...] ni es abrir la posibilidad a una libre estimación alternativa por los jueces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la Ley corresponde legítimamente hacer a la Administración ni supone un desconocimiento de la función política que dentro del conjunto constitucional de poderes corresponde a ésta. Es, sencillamente, hacer efectiva la regla no menos constitucional de la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho – concepto este último que por sí sólo remite a los principios generales –, así como la de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principios ambos que sólo como principios generales del Derecho en sentido rigurosamente técnico pueden actuar y ser hechos valer por los Tribunales de justicia³².

No direito brasileiro, o controle judicial da atividade administrativa omissiva ou comissiva também se sustenta no princípio constitucional do direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal³³. Todos os atos administrativos responsáveis por lesão ou ameaça de lesão a direito são *a priori* passíveis de controle judicial.

A propósito, vale transcrever as conclusões de Germana de Oliveira Moraes acerca da compatibilidade dos princípios constitucionais do direito à inafastabilidade do controle judicial e da tripartição dos poderes:

Como ideia central e conclusiva deste estudo, sustenta-se que, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são compatíveis entre si, pois quando, da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadei-

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, 2000, p. 151-152.

³³ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

ramente indeterminados, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja de legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira), seja de juridicidade, em sentido estrito, à luz dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira), do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira) e dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito e, em certas situações mais raras, ir ao ponto extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro indicado judicialmente³⁴.

Na visão de Andreas J. Krell, no Estado Social de Direito, os assuntos relacionados com a formulação de políticas públicas sociais não são exclusivos do governo e da Administração Pública, pois estão fundamentados em normas constitucionais sobre direitos sociais e, por isso, o seu controle pode e deve ser feito pelos tribunais. Aduz ainda que a “essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade”, expressando as escolhas feitas pelos vários entes estatais, tendo por limite as normas constitucionais. Havendo falha ou omissão do Legislativo ou Executivo na “implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos”³⁵.

A possibilidade de se cobrar judicialmente do Estado a sua obrigação na implementação de políticas sociais que visam garantir os direitos sociais implica importante passo ao processo de democratização, em especial, nos países da América Latina³⁶.

³⁴ MORAES, 1999, p. 176.

³⁵ KRELL, 2002, p. 100-101.

³⁶ “A ineficiência do Poder Público no fornecimento de programas sociais que garantam melhores condições de saúde, educação, moradia, profissionalização, dentre outros, tornou gigantesca a dívida deste para com a infância e juventude brasileiras.

Conclui-se que, no direito brasileiro, o princípio constitucional da prioridade absoluta, materializado no art. 227 da Constituição Federal e detalhado no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, vincula o Poder Legislativo e o Poder Executivo a respeitar a preferência estabelecida na formulação e na execução das políticas públicas sociais e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Assim, a possibilidade de cobrança judicial das políticas públicas para a infância ultrapassa a simples garantia do “mínimo existencial”, abrangendo, ainda, todos os direitos sociais.

6 Conclusão

No cenário internacional, o documento que trouxe a mais significativa proteção aos direitos da criança foi a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 20 de novembro de 1989, a Convenção foi ratificada por mais de 180 países e representou quase um consenso de diferentes culturas e regimes jurídicos em prol da garantia dos direitos da criança. Foi um avanço significativo, na medida em que constitui um marco jurídico, pois contém todos os princípios vinculados à criança e prescreve deveres dos representantes legais das crianças e do Estado signatário.

De sorte que a possibilidade de cobrar judicialmente do Estado, por seu descaso na aplicação de políticas sociais condizentes, significa um passo importante nesse processo de democratização, de resgate efetivo da cidadania”. [...] “Por fim, na área que envolve os interesses difusos de crianças e adolescentes, sobreleva o ‘novo’ papel do juiz, que terá por objetivo a busca e a concretização da justiça e da equidade no lugar da fria aplicação dos textos legais; isto se dará, sobretudo, na esfera processual, tendo em vista que muitos dos instrumentos existentes, consoante o modelo clássico, não mais satisfazem a essas novas pretensões, que alcançam cada vez mais uma gama considerável de crianças e adolescentes” (VERONESE, 1997, p. 205-206).

Foram conferidos às crianças e aos adolescentes *status* de sujeitos de direito, além de ter apontado a família, a sociedade e o Estado como responsáveis pela efetivação desses direitos, dispondo claramente sobre a obrigação do Poder Público como garantidor das políticas públicas indispensáveis ao desenvolvimento sadio e harmônico desses sujeitos de direitos.

A mudança da dura realidade de milhares de crianças e adolescentes em situação de ameaça ou violação de direitos depende da conscientização da sociedade e dos governantes da necessidade de se estar constantemente identificando o real interesse desses sujeitos nas opções de implantação de políticas públicas.

Não cumprindo o Poder Executivo o seu papel, cabe ao Poder Judiciário o controle da atividade administrativa com o fim de obrigar o administrador a observar a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e os princípios correlatos, a saber, o do interesse superior da criança, o da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e, no Brasil, o da prioridade absoluta na destinação de recursos e implementação de políticas públicas. Com isso, não se estará atribuindo ao Poder Judiciário uma vontade de domínio ou um arbítrio bloqueador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular. Pelo contrário, ao obrigar o administrador a praticar os atos administrativos em conformidade com princípios basilares da Constituição, princípios especiais dispensados à população infanto-juvenil, estar-se-á garantindo um mínimo de inclusão social a uma população desprovida dos mais básicos direitos fundamentais positivados em nível nacional e internacional, em nível constitucional e infraconstitucional, e, não efetivados pelo Poder Público. Isso, na verdade, apenas retrata uma das formas de manifestação de articulação entre direito e política exposta pela Constituição, de modo que cada Poder (Judiciário, Executivo ou Legislativo) possa minimizar os efeitos nefastos do outro, causados por omissões ou ações inadequadas.

Referências

- BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. In: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (Comp.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Temis; Depalma, 1998. p. 31-57.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e o direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 34, n. 133, jan./mar. 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- EROLE, Carlos. *Políticas públicas de infância*. Buenos Aires: Espacio, 2001.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. [Trad. F. Fiore.] In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. [A constituição como aquisição evolutiva. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele de Giorgi, a partir do original *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, publicado no *Rechtshistorisches Journal*, v. 9, p. 176-220, 1990, cotejada com tradução italiana de F. Fiore].

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 749, p. 82-103, mar. 1998.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 58, nov. 2000. p. 183-202.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1990.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Serviço militar obrigatório: uma reflexão sobre alguns aspectos (in)constitucionais

Soel Arpini*

Sumário: 1 Introdução. 2 Do valor do soldo durante o serviço militar obrigatório. 2.1 Da violação ao princípio constitucional da proibição do retrocesso social. 3 Do serviço alternativo ao serviço militar obrigatório. 3.1 Da ofensa ao princípio da legalidade. 3.2 Da ofensa ao princípio da publicidade. 4 Considerações finais¹.

No ano em que o jovem brasileiro do sexo masculino completa 18 anos, ele deve comparecer a uma Junta de Serviço Militar para iniciar um processo que poderá culminar com a sua incorporação às Forças Armadas. É o serviço militar obrigatório.

Cerca de mais de um milhão de jovens alistam-se anualmente, dos quais quase cem mil irão efetivamente ser incorporados, passando a ostentar a condição de militar. Apesar de movimentar um percentual significativo da população brasileira, o serviço militar obrigatório parece-nos ainda pouco debatido na sociedade, razão pela qual decidimos tecer breves considerações acerca de algumas

* Soel Arpini é Promotor da Justiça Militar da União, lotado em Santa Maria-RS.

¹ Este trabalho foi desenvolvido a partir de dados e informações obtidos por meio de inquérito civil instaurado conjuntamente pelo Ministério Público Federal e Ministério Público Militar, visando a apurar o motivo do aumento do número de deserções na região de Santa Maria-RS, que resultou na interposição de duas ações civis públicas, cujos signatários são Rafael Brum Miron, Procurador da República, Jorge César de Assis e Soel Arpini, Promotores da Justiça Militar da União.

questões (in)constitucionais relativas a esse tema, em especial sobre o valor do soldo pago ao soldado-recruta, bem como sobre o serviço alternativo ao serviço militar obrigatório, previsto na Magna Carta, mas que até hoje não foi efetivamente implementado.

1 Introdução

O serviço militar obrigatório não é novidade nestas terras, pois ele já estava previsto na primeira Constituição republicana, nos seguintes termos: “Art. 86. Todo brasileiro é obrigado ao serviço militar, em defesa da Pátria e da Constituição, na forma das leis federais”.

Nas Constituições seguintes, o serviço militar obrigatório continuou a merecer menção, tendo o legislador constitucional apenas ressalvado, a partir da Constituição de 1946, a situação das mulheres e dos eclesiásticos:

Art. 181. Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à defesa da Pátria, nos termos e sob as penas da lei.

§ 1^o *As mulheres ficam isentadas do serviço militar, mas sujeitas aos encargos que a lei estabelecer.*

§ 2^o A obrigação militar dos eclesiásticos será cumprida nos serviços das forças armadas ou na sua assistência espiritual.

§ 3^o Nenhum brasileiro poderá, a partir da idade inicial, fixada em lei, para prestação de serviço militar, exercer função pública ou ocupar emprego em entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, sem a prova de ter-se alistado, ser reservista ou gozar de isenção.

§ 4^o Para favorecer o cumprimento das obrigações militares, são permitidos os tiros de guerra e outros órgãos de formação de reservistas [g.n.].

A vigente Constituição Cidadã, promulgada em 5 de outubro de 1988, manteve o serviço militar obrigatório, até mesmo com a ressalva referente às mulheres e aos eclesiásticos, porém o legislador constituinte originário inovou, prevendo a possibilidade de ser atribuído serviço alternativo àqueles que alegarem imperativo de consciência, decorrente de crença religiosa, convicção filosófica ou política:

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º *Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.*

§ 2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir [g.n.].

A Lei n. 4.375, de 17 de agosto de 1964, recepcionada pelo Caderno Constitucional, regulamenta o serviço militar obrigatório, prevendo que jovem do sexo masculino, no ano em que completar 18 anos, deverá dirigir-se à Junta de Serviço Militar de seu município para se alistar, momento em que será submetido a seleção, a qual compreende os aspectos físico, cultural, psicológico e moral.

Caso seja considerado apto, no ano seguinte ele poderá ser convocado para ser incorporado em uma organização militar das Forças Armadas, onde prestará o serviço militar, em regra, pelo prazo de doze meses, período em que receberá intenso treinamento militar que visa prepará-lo para eventual mobilização no caso de um conflito armado.

Como militar, esse jovem é submetido a rígidas regras de disciplina e hierarquia, pilares constitucionais das Forças Armadas. São inúmeros deveres, mas poucos direitos; sequer a garantia de uma justa remuneração lhe é proporcionada.

2 Do valor do soldo durante o serviço militar obrigatório

Durante a prestação do serviço militar, o soldado-recruta tem inúmeros deveres, recebendo, atualmente, um soldo bruto no valor de R\$ 453,00 (quatrocentos e cinquenta e três reais).

Em que pese o valor atual do soldo do recruta ser bem próximo àquele estabelecido para o salário mínimo, no valor de R\$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais), pôde-se constatar em passado recente que nem sempre esta paridade existiu, conforme demonstra a tabela abaixo.

	Valores do soldo e do salário mínimo a partir de 2001 (em reais)						
	Abr./2001	Abr./2002	Abr./2003	Maió/2004	Set./2004	Maió/2005	Abr./2006
Soldo do Recruta	153,00	153,00	153,00	153,00	168,00	168,00	168,00
Salário Mínimo (SM)	180,00	200,00	240,00	260,00	260,00	300,00	350,00
Proporção entre o soldo e o SM	85%	76,5%	63,75%	58,84%	64,61%	56%	48%

	Valores do soldo e do salário mínimo a partir de 2001 (em reais) (cont.)					
	Abr./2007	Mar./2008	Maió/2008	Fev./2009	Jan./2010	Fev./2010
Soldo do Recruta	207,00	207,00	417,00 ²	453,00	492,00	492,00
Salário Mínimo (SM)	380,00	415,00	415,00	465,00	465,00	507,00 ³
Proporção entre o soldo e o SM	54,47%	49,87%	100,48%	97,41%	105,80%	97,04%

² Por meio da Medida Provisória n. 431, de 14.5.2008, convertida na Lei n. 11.784/2008, foi reajustado o soldo dos militares, cujos aumentos escalonados estão previstos até janeiro de 2010, sendo que os efeitos financeiros retroagiram a janeiro de 2008. Deve-se ressaltar que os recrutas tiveram expressivos aumentos, aproximando os valores àqueles pagos ao salário mínimo, política que aplaudimos.

³ Valor do salário mínimo estimado na Lei de Diretrizes Orçamentária de 2010.

Conforme evidencia a tabela acima, o recruta prestador do serviço militar já recebeu menos do que a metade do salário mínimo.

Constatou-se, nesses momentos, que o baixo valor do soldo poderia estar influenciando os soldados recrutas a se ausentarem dos quartéis, incidindo no delito de deserção, que se consuma quando o militar não comparece na organização militar em que serve por mais de oito dias.

A deserção é crime militar próprio que atenta contra o serviço e o dever militares e, por assim ser, o seu cometimento é apenado de forma extremamente rigorosa: *em tempo de paz*, com detenção de 6 meses a 2 anos, *sem possibilidade de sursis*, por expressa vedação legal (CPM, art. 88, II, *a*); e, *em tempo de guerra* e na presença do inimigo, prevê o Código Penal Militar, no art. 392, *a pena de morte*, como grau máximo, e a reclusão de 20 anos, como grau mínimo.

Na época em que a proporção entre o soldo e o salário mínimo atingiu os menores percentuais, maior foi o número de deserções ocorridas, uma vez que os jovens viam-se quase que impelidos a se ausentar da organização militar em que serviam, na busca de melhor remuneração para auxiliar na renda de suas famílias, pois uma parcela significativa é oriunda das classes sociais mais carentes da população.

A tabela abaixo retrata a evolução da prática do delito de deserção na área de jurisdição da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar⁴.

	Ano 2002	Ano 2003	Ano 2004	Ano 2005	Ano 2006	Ano 2007	Ano 2008
IPD ⁵	6	28	35	77	64	33	31
Ação Penal	2	12	15	32	42	23	18 ⁶

⁴ Fonte: 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição da Justiça Militar, que tem jurisdição na área central e noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, sendo sua sede na cidade de Santa Maria-RS.

⁵ IPD: Instrução Provisória de Deserção; faz a função do inquérito policial militar no crime de deserção.

⁶ A partir de maio de 2008 o soldo do recruta teve um expressivo aumento, passando de R\$ 207,00 para R\$ 417,00.

Como sabemos, a Constituição Federal garantiu aos trabalhadores da iniciativa privada (art. 7º, IV) e aos servidores públicos civis (art. 39, § 3º) o direito de não receberem menos que o valor estipulado como salário mínimo.

Segundo a Lei Maior, o valor do salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

Todavia, em relação aos militares, o legislador constituinte originário silenciou, não lhes estendendo o direito ao salário mínimo como piso, como se conclui do inciso VIII do § 3º do art. 142 da Lei Maior.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, julgando doze recursos extraordinários, entre os quais o autuado sob o n. 570-177-8-MG, entendeu que os recrutas não tinham direito à garantia do salário mínimo. O fato de o soldo ser inferior ao salário mínimo não violaria, para o STF, o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, nem o valor social do trabalho, que configura um dos fundamentos da República.

Sustentou o acórdão, basicamente, que o serviço militar obrigatório é um *múnus* público, sujeito a um regime peculiar, sendo que o legislador constituinte não havia previsto a garantia do salário mínimo aos militares (art. 142, § 3º, VIII). Tampouco violaria a dignidade da pessoa humana seu valor ser inferior ao mínimo estabelecido para os trabalhadores e servidores públicos. Transcrevemos parte do acórdão do RE n. 570.177-8-MG, de relatoria do culto ministro Ricardo Lewandowski.

Também não vejo qualquer ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana ou a qualquer outro postulado constitucional no caso sob exame. Isso porque o serviço militar obrigatório, como

assentado acima, configura um *múnus público*, um dever do cidadão no tocante à defesa da sua pátria, ao qual todos os brasileiros estão sujeitos. Para isso, o cidadão-soldado submete-se a treinamento militar, por um tempo determinado, recebendo do Estado as condições necessárias para bem cumprir essa obrigação constitucional (alimentação, alojamento, vestuário, assistência médica e odontológica etc.). O mesmo raciocínio é válido, *mutatis mutandis*, para as praças especiais, que frequentam as escolas militares.

Apenas um registro. É verdade que, na teoria, o serviço militar é obrigatório para todos os cidadãos brasileiros do sexo masculino. Na prática, depois de vinte e seis anos como militar e quatro no MPM, posso afirmar que este serviço militar longe está de ser uma obrigação constitucional que incide igualmente para ricos e pobres, negros e brancos. Hoje, segundo dados das próprias Forças Armadas, mais de 97% dos recrutas incorporados são voluntários, quase todos provenientes das camadas mais humildes da população que acreditam ser o serviço militar obrigatório uma chance de emprego, sendo que alguns, quando a realidade se apresenta, frustam-se por vários fatores, inclusive o salarial, mas não podem mais “pedir para sair”. É a centelha que pode culminar no delito de deserção.

As decisões do STF nos julgamentos dos doze recursos extraordinários que ventilavam a garantia do salário mínimo ao recruta deram origem à edição da Súmula Vinculante n. 6, cujo teor transcrevemos abaixo.

Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

Em que pese não desconhecemos a força cogente de uma súmula vinculante, temos para nós que o Eg. Supremo Tribunal Federal não apreciou todas as especificidades da questão, senão vejamos.

O silêncio constitucional da garantia ao salário mínimo aos militares não deve ser interpretado como impedimento absoluto, como,

aliás, deixou registrado o culto ministro Lewandowski nos debates em plenário quando do julgamento do RE n. 570-177-8. Destacamos.

[...] Nada impede que a lei garanta o salário mínimo ou o soldo até superior a ele. O que digo apenas é que a Constituição não obriga (ministro Ricardo Lewandowski, durante os debates no julgamento do RE n. 570.177-8).

Segundo a Medida Provisória n. 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, ainda em vigor, os militares, à exceção das praças prestadoras do serviço inicial e das praças especiais, têm a garantia de não receber remuneração inferior ao salário mínimo. Transcrevemos o dispositivo.

Art. 18. Nenhum militar ou beneficiário de pensão militar pode receber, como remuneração, proventos mensais ou pensão militar, valor inferior ao do salário mínimo vigente, sendo-lhe paga, como complemento, a diferença encontrada.

§ 1º A pensão militar de que trata o *caput* deste artigo é a pensão militar tronco e não as cotas partes resultantes das subdivisões aos beneficiários.

§ 2º *Excluem-se do disposto no caput deste artigo as praças prestadoras de serviço militar inicial e as praças especiais, exceto o Guarda-Marinha e o Aspirante a Oficial.*

Ocorre que, em momento anterior, a lei já teria garantido a todos os militares, sem excepcionar os recrutas, o direito de não receber remuneração inferior ao salário mínimo. Com efeito, segundo a Lei n. 8.237, de 30 de setembro de 1991, nenhum militar poderia receber como remuneração mensal valor inferior ao salário mínimo, *in verbis*:

Art. 73. Nenhum militar da ativa, ou na inatividade remunerada, bem como beneficiário de pensão militar, poderá receber como remuneração mensal ou pensão militar valor inferior ao do salário mínimo mensal vigente, sendo-lhe paga, como complemento, a diferença encontrada.

Todavia, essa conquista social alcançada por todos os militares, referente ao direito ao salário mínimo, não durou muito, pelo menos em relação às praças prestadoras de serviço militar inicial e às praças especiais, pois, no ano de 1992, foi editada a Lei n. 8.460, de 17 de setembro, que acrescentou o parágrafo único ao art. 73 da Lei n. 8.237/1991, com a seguinte redação:

Art. 73. Nenhum militar da ativa, ou na inatividade remunerada, bem como beneficiário de pensão militar, poderá receber como remuneração mensal ou pensão militar valor inferior ao do salário mínimo mensal vigente, sendo-lhe paga, como complemento, a diferença encontrada.

Parágrafo único. Excluem-se do disposto neste artigo as praças prestadoras de serviço militar inicial e as praças especiais, exceto o Guarda-Marinha e o Aspirante a Oficial (parágrafo único incluído pela Lei n. 8.460/1992) [g.n.].

Assim, o direito das praças prestadoras de serviço militar inicial e das praças especiais de não receberem menos de um salário mínimo teve vigência entre 30 de setembro de 1991 e 17 de setembro de 1992.

A exclusão dos recrutas e das praças especiais ao direito de não receber remuneração inferior ao salário mínimo, trazida pela Lei n. 8.460/1992, ainda vigora, por meio do § 2º do art. 18 da Medida Provisória n. 2.215-10/2001, anteriormente transcrito.

Pode lei superveniente revogar um avanço social conquistado também por lei?

Como se demonstrou acima, durante quase um ano, mais especificamente no período entre 30 de setembro de 1991 e 17 de setembro de 1992, todos os militares, incluindo as praças prestadoras do serviço militar, tiveram a garantia de não receber remuneração inferior ao salário mínimo. Legislação superveniente reduziu essa garantia, afastando aqueles que mais a necessitavam. Tal exclusão merece ser analisada à luz dos princípios que fundamentam a Constituição, visando verificar sua compatibilidade.

2.1 Da violação ao princípio constitucional da proibição do retrocesso social

Como já se mencionou anteriormente, a Constituição Federal garantiu apenas aos trabalhadores da iniciativa privada e aos servidores públicos o direito a não receberem menos que um salário mínimo, tendo silenciado, mas não negado, sobre extensão de tal direito social aos militares.

Por assim ser, o legislador ordinário, por meio da Lei n. 8.237, de 30 de setembro de 1991, estendeu a todos os militares, sem exceção, o direito de não receberem remuneração menor que um salário mínimo, o que, em relação às praças prestadoras do serviço militar inicial e às praças especiais (ressalvados o Guarda-Marinha e o Aspirante a Oficial), permaneceu vigente até a publicação da Lei n. 8.460, de 17 de setembro de 1992, que acrescentou o parágrafo único ao art. 73 da Lei n. 8.237/1991.

Uma leitura apressada do Caderno Constitucional, com ênfase apenas na literalidade da lei, poderia levar o intérprete à conclusão de que o legislador ordinário (Congresso Nacional ou o Presidente da República, ao editar medidas provisórias) estaria na sua esfera de liberdade de conformação ao excluir, posteriormente, um grupo de militares (praças prestadoras de serviço militar inicial e praças especiais) do direito social de não receber menos que o salário mínimo.

Todavia, a moderna hermenêutica constitucional exige que o intérprete não se olvide da existência de princípios constitucionais implícitos. Nesse sentido, merece destaque a lição de Daniel Sarmiento⁷:

⁷ SARMENTO, 2003, p. 52-54.

O ordenamento constitucional não se resume ao somatório de todos os dispositivos inscritos no texto da Constituição. Muito mais do que isso, a Constituição representa um sistema aberto, onde devem se refletir os valores fundamentais partilhados por determinada comunidade, ao lado das decisões políticas capitais da Nação.

Assim, beira o truísmo a afirmação de que o intérprete está autorizado a inferir, a partir do sistema de valores agasalhados na Lei Maior, normas implícitas, que não perdem a estatura constitucional apenas por não se encontrarem enunciadas no texto magno.

Não é o caso de tomar-se, nesta sede, posição na interminável controvérsia a propósito da fonte destes princípios: se ela repousa no próprio ordenamento positivo, no mundo empírico das relações sociais ou numa ordem de valores suprapositiva e universal. É, porém, um denominador comum, entre as mais variadas concepções jusfilosóficas, a ideia de que o texto normativo não exaure a norma e que, portanto, é possível extrair norma mesmo onde não haja texto.

Não resta dúvida de que o legislador ordinário, ao promulgar a Lei n. 8.237, de 30 de setembro de 1991, estendeu a todos os militares um direito social que constitucionalmente estava previsto apenas para os trabalhadores da iniciativa privada e para os servidores públicos civis. Tampouco pode restar controverso o fato de esse direito possuir clara feição de uma conquista social, pois sem os recursos materiais para atingir um mínimo existencial, o militar perde a dignidade como pessoa.

Em oportuno, sobre o princípio da dignidade humana, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet⁸:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos

⁸ SARLET, 2001, p. 110-111.

demais não for garantida, bem como onde não houver limitação de poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.

A questão que se coloca neste momento é saber se o legislador ordinário, depois de ter estendido a todos os militares, por meio da Lei n. 8.237, de 30 de setembro de 1991, o direito social de não receber menos que o salário mínimo, extrapolou seu poder conformador, ao excluir as praças prestadoras de serviço militar inicial e as praças especiais, como o fez pela Lei n. 8.460, de 17 de setembro de 1992, e está fazendo por meio do § 2º do art. 18 da Medida Provisória n. 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, em evidente exemplo de retrocesso social.

Certamente com a Lei n. 8.237, de 30 de setembro de 1991, o legislador ordinário atingiu um maior grau de concretização fática do princípio da dignidade humana, ao garantir a todos os militares, independentemente do posto ou graduação, o direito social de não receber menos que um salário mínimo. Tal garantia, dada por lei ordinária a essa categoria de agentes públicos, garantiu a efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito ao trabalho, por meio de prestações materiais antes não previstas.

Sobre a maneira discricionária do Estado de concretizar prestações existenciais mínimas que garantam uma existência com dignidade, novamente tornam-se oportunos os esclarecimentos de Ingo Wolfgang Sarlet⁹ acerca desse tema:

Antes de os debruçarmos sobre o exemplo do direito à educação, julgamos oportuna a referência à experiência constitucional lusitana, da qual

⁹ SARLET, 2001, p. 303.

extraímos a sugestiva concepção de Gomes Canotilho, que, versando sobre a viabilidade de reconhecer-se um direito à obtenção de prestações públicas de condições mínimas de subsistência, se coloca a questão de saber se efetivamente existe, neste caso, um direito subjetivo originário a prestações com a mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa, isto é, que tenha por correspondente um dever jurídico do Estado de fornecer a prestação reclamada. Respondendo afirmativamente à pergunta, o conceituado publicista de Coimbra sustenta que, mesmo tendo o cidadão um direito a prestações existenciais mínimas, decorrente de um direito à vida, isto não implica, necessariamente, que disponha de um direito de ação contra o Estado, já que reconhecer um direito não significa impor ao poder público o modo de realizar este direito, porquanto os órgãos estatais dispõem de um indispensável espaço de discricionariedade, que no entanto não é absoluto, uma vez que condicionado pelo que o autor denominou de “determinantes heterônomas”. Por derradeiro, aderindo à posição já referida do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha e aproximando-se da concepção de seu colega lusitano Vieira de Andrade, o Prof. Canotilho conclui que “o Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio de prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efetivo este direito, e, no caso de só existirem de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio”. Que isto se aplica a todos os exemplos abordados até o presente momento (saúde, assistência e previdência social e salário mínimo) parece-nos incontestável.

Claro está, assim, que o Estado tem discricionariedade na escolha da forma com que irá progredir na realização de políticas públicas que garantam uma vida com dignidade. Todavia, se em determinado momento histórico o Estado avançou em matéria de direito social, poderia ele posteriormente permitir o retrocesso?

Não se nega a vigência constitucional do princípio da autonomia do legislador, em especial quando não há vedação expressa, porém, tratando-se de direitos sociais, a moderna doutrina constitucional reconhece a existência do *princípio da proibição de retrocesso, que impede*, depois de atingido determinado grau de concretização

fática, *a supressão injustificada*, por intermédio de legislação superveniente, *de prestações materiais antes já asseguradas aos cidadãos*.

Com sua clareza peculiar, novamente, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰ destaca as características do princípio da proibição de retrocesso social:

Para além dos exemplos citados, não se poderão negligenciar as hipóteses em que o direito fundamental prestacional se encontra inequivocamente consagrado em norma de cunho programático, isto é, que enuncie programas, fins e tarefas a serem implementados pelo poderes públicos, ou mesmo em normas de cunho impositivo em sentido estrito, as quais contêm uma ordem mais ou menos concreta dirigida precipuamente ao legislador. Em face do relativamente alto grau de indeterminação destas normas, ainda mais quando não concretizadas legislativamente, a determinação do conteúdo essencial destes direitos fundamentais revela-se especialmente problemática. Quando estivermos diante de um direito fundamental a prestações já concretizado em nível infraconstitucional, parece-nos que o limite do conteúdo essencial deverá ser interpretado no sentido dos elementos essenciais do nível prestacional legislativamente definido, entendimento que nos conduz diretamente ao já anunciado problema da proibição de retrocesso social.

Não se poderá, contudo, confundir o problema da concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais – em que pesem suas inequívocas similitudes e seus aspectos comuns – com o da manutenção dos níveis gerais de socialidade alcançados no âmbito do Estado Social, já que este abrange toda e qualquer forma de redução de conquistas sociais, mesmo quando realizadas única e exclusivamente ao nível de legislação infraconstitucional, na qualidade de densificação do princípio do Estado Social. Neste contexto pergunta-se – apenas a título exemplificativo – até que ponto é possível reduzir (ainda mais?) o valor outorgado pelo legislador ao salário mínimo ou à assistência social. Da mesma forma, poder-se-ia indagar a respeito da possibilidade de desmontar-se, parcial ou totalmente, o sistema de seguridade social e o acesso ao ensino público e gratuito.

¹⁰ SARLET, 2001, p. 373-374.

No âmbito da doutrina, constata-se, de modo geral, uma postura amistosa relativamente ao princípio da proibição de um retrocesso social, muito embora não se possa dizer que exista um consenso a respeito desta problemática. Os defensores desta concepção, dentre os quais merece destaque o nome do conceituado publicista lusitano Gomes Canotilho, sustentam que após a sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado. Esta proibição de retrocesso, ainda segundo Gomes Canotilho, pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.

O princípio da proibição do retrocesso, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão¹¹. Sobre o assunto, é destaque o voto proferido, com sua clareza habitual, pelo culto ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3.105/DF¹²:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inocorrente na

¹¹ MENDES; COELHO; BRANCO, 2002, p. 127-128.

¹² STF, ADI n. 3.105/DF, relatora ministra Ellen Gracie, relator para o acórdão ministro Cezar Peluzo, julgado em 18.8.2004, publicado no *DJ* de 18 fev. 2005.

espécie – em que políticas públicas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Lapidar, sob todos os aspectos, o *magistério* de J. Gomes Canotilho, cuja *lição*, a propósito do tema, *estimula* as seguintes reflexões (“*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 1998, Almedina, p. 320/321, item n. 3):

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição do retrocesso social.

A *ideia* aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contrarrevolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. *Com isto quer dizer-se* que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), *uma vez obtido* um determinado grau de realização, *passam a constituir*, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição do retrocesso’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), *mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos* (ex.: *segurança social*, subsídio de desemprego, prestações de saúde), *em clara violação* do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladora da chamada justiça social. Assim, p.ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionalmente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito a reforma [...] de qualquer modo, mesmo que se afirma sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. *O princípio da proibição do retrocesso* pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizados e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da

segurança social’, ‘lei do subsídio do desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade da conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado” [grifos no original].

Não obstante os argumentos acima terem a autoridade do também renomado Gomes Canotilho, o princípio da proibição de retrocesso, como todo direito, não é absoluto, podendo conquistas sociais já alcançadas serem posteriormente reduzidas ou até mesmo canceladas, desde que *motivadamente*. Momentos de exceção ou cláusulas compensatórias podem autorizar o retrocesso social.

Parece ser esta a posição do sempre citado Ingo Wolfgang¹³:

Também entre nós, ainda que se possa acolher a tese de um regime jurídico diferenciado e reforçado dos direitos de defesa, entendemos que não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra geral de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à exceção pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação integral das normas inconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste. A proibição de retrocesso assume, portanto, feições de verdadeiro princípio constitucional implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção de confiança e da estabilidade das relações jurídicas), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados.

[...]

¹³ SARLET, 2001, p. 375-376.

Em se levando em conta que o postulado da proibição de retrocesso social, por não ter caráter de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite a solução baseada na lógica do tudo ou nada, aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, por evidente, sua supressão pura e simples. Por outro lado, não se poderá desconsiderar que estas restrições não poderão, em hipótese alguma, ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais legislativamente concretizados, além da necessidade de se situarem sempre dentro dos limites fixados pelo princípio da proporcionalidade.

No presente caso, tendo em vista a exclusão do direito das praças prestadoras de serviço militar inicial e das praças especiais de não receberem menos que um salário mínimo, necessário se faz ponderar o princípio da autonomia do legislador com o da proibição de retrocesso social, ambos com assento constitucional, utilizando-se, para tanto, da proporcionalidade com o objetivo de identificar se há motivos que autorizam o retrocesso social verificado.

Inicialmente, deve-se esclarecer que, à época da edição da Lei n. 8.460, de 17 de setembro de 1992, não havia no cenário nacional nenhum momento de exceção, como uma guerra ou uma forte recessão econômica, que autorizasse tal medida supressiva de direitos sociais já alcançados.

Tampouco essas normas legislativas garantiram aos excluídos (praças prestadoras do serviço militar inicial ou praças especiais) políticas compensatórias. Simplesmente o legislador os afastou de tal direito social. Sob outro ângulo, excluiu aqueles que mais efetivamente necessitavam da proteção social, pois o tempo mostrou que, sem essa garantia, a remuneração desses militares alcançou em determinados momentos percentuais inferiores a 50% do salário mínimo. Merece ser lembrado que o soldado-recruta recebeu, durante todo o ano de 2006, módicos R\$ 168,00 (cento e sessenta e oito reais) de remuneração bruta, enquanto o valor do salário

mínimo era de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), ou seja, menos da metade do piso nacional.

Além disso, em matéria social, o princípio da autonomia constitucional do legislador não pode invadir, sem a devida necessidade, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizado em conquistas anteriormente obtidas – como é a situação do direito ao salário mínimo a todos os militares – sob pena de transformar-se em arbítrio legislativo. Repita-se: não se vivia, à época da exclusão dos recrutas, um momento de exceção econômica, tampouco o legislador preocupou-se em prever políticas compensatórias.

Facilmente, com tais constatações, ao se ponderar os princípios da autonomia legislativa e da proibição de retrocesso social, utilizando-se da proporcionalidade, percebe-se que aquele avançou injustificadamente no núcleo essencial deste, sem prever nenhuma cláusula compensatória. Daí a manifesta inconstitucionalidade da Lei n. 8.460/1992 e da norma do § 2º do art. 18 da Medida Provisória n. 2.215-10/01 que reproduziu tal exclusão, por afronta aos princípios da dignidade humana (art. 1º, III) e da confiança, que se encontram no âmbito da proteção do Estado de Direito (art. 1º, *caput*) e do Estado Social (art. 170), todos previstos na Lei Maior.

Em que pese o caráter abstrato da presente discussão, não se podem olvidar os fatos do mundo concreto.

O jovem incorporado às Forças Armadas para prestação do dever previsto no art. 143 da Lei Maior passa a ostentar a condição de militar, estando, dessa forma, sujeito ao regulamento disciplinar da Força em que servirá e ao Código Penal Militar.

Como afirmado anteriormente, constata-se que um dos fatores para o cometimento de delito de deserção está preponderantemente associado ao problema do baixo valor do soldo a eles pago.

Como se sabe, o serviço militar requer dedicação exclusiva, impedindo que o soldado tenha outra fonte de renda. Facilmente se constata, assim, o conflito pelo qual pode passar esse jovem. Ele sabe que tem a obrigação de prestar o serviço militar, todavia, sabe também que tem de auxiliar no sustento de sua família, mas como deve agir se o soldo que o Estado lhe paga for muito aquém do mínimo? Está correto ele se ausentar do quartel para tentar ter uma renda maior para poder auxiliar seus familiares? Como nós agiríamos? Há reprovação social em sua conduta? Não nos olvidemos que a dúvida, no processo penal, favorece ao réu.

Por tais questões, de fato atinentes ao interesse público, é que há de se reconhecer que, em determinado momento histórico, o legislador ordinário garantiu a todos os militares, sem exceção, o direito à percepção da remuneração em valores não inferiores ao do salário mínimo.

Tal conquista, contudo, não pode ser mais revogada, como fez a Lei n. 8.460/1992 e faz a Medida Provisória n. 2.215-10/01, sem a proposição de medidas compensatórias, sob pena de se incorrer em evidente retrocesso social, ferindo princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Uma justa remuneração nos parece essencial para que o jovem possa bem cumprir sua obrigação constitucional.

Hoje o valor do soldo é próximo àquele pago ao salário mínimo. Mas, será que tal situação persistirá no tempo?

Sem que a lei garanta expressamente tal conquista social anteriormente adquirida, é possível supor que os valores possam voltar a se distanciar. Nesse caso, qual seria o menor percentual que a

sociedade toleraria para remunerar seus filhos? Quarenta, trinta, vinte por cento do salário mínimo?

Sabemos que o STF já firmou seu entendimento acerca deste assunto por meio da Súmula Vinculante n. 6, mas acreditamos que esta relevante questão social mereça novas reflexões por parte da Corte Suprema, tendo em vista que os acórdãos que embasam a súmula não abordaram a eventual aplicação do princípio da proibição do retrocesso social à matéria. As súmulas vinculantes, nos termos da Lei n. 11.417/2006, podem ser revistas ou canceladas de ofício, ou por proposta de um dos legitimados, pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, essa não parece ser a única questão acerca da (in) constitucionalidade do serviço militar obrigatório que merece maior reflexão, pois, apesar de previsto há quase vinte anos na Magna Carta, ainda hoje não foi efetivado o serviço alternativo aos jovens que aleguem imperativo de consciência para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. Essa manifesta inação não pode persistir no tempo.

3 Do serviço alternativo ao serviço militar obrigatório

Inovação trazida na vigente Constituição, a previsão do serviço alternativo àqueles que alegarem escusa de consciência para se eximirem de prestar o serviço militar obrigatório é uma norma de eficácia plena e limitada, ou seja, o direito pode ser imediatamente arguido; a obrigação, decorrente dessa opção, necessita de lei para se tornar efetiva.

A Lei n. 8.239/1991 veio a suprir a exigência do § 2º do art. 143 da Constituição Federal, estabelecendo, em apenas oito artigos, as normas necessárias para que as Forças Armadas atribuam o serviço alternativo.

Com uma simples leitura da lei, percebe-se que às Forças Armadas, por meio do Ministério da Defesa, compete atribuir serviço alternativo àqueles que alegarem imperativo de consciência para se eximir ao serviço militar obrigatório, esclarecendo a lei, ainda, que esse serviço será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação da reserva das Forças Armadas ou em órgãos de Ministérios civis, mediante convênios.

A regulamentação exigida pelo art. 6º da Lei n. 8.239/1991 foi atendida pela Portaria n. 2.681 – COSEMI, de 28 de julho de 1992.

Assim, evidente está que vige todo o arcabouço legal necessário à efetiva implementação do preceito constitucional que determina a prestação de serviço alternativo àqueles que aleguem imperativo de consciência para se eximir da prestação do serviço militar obrigatório.

Em que pese a regulamentação legal necessária à sua efetivação já estar vigendo há mais de quinze anos, até a presente data, nenhum cidadão prestou o serviço alternativo, apesar de mais de quarenta mil jovens já terem manifestado a objeção de consciência.

A tabela abaixo mostra a quantidade anual de jovens que alegaram imperativo de consciência, segundo o Departamento de Mobilização do Ministério da Defesa¹⁴.

	Ano da eximção						Total
	Anos anteriores	2002	2003	2004	2005	2006	
Quantidade de eximidos	28.678	11.082	3.637	170	3	36	43.606

¹⁴ Dados extraídos do Ofício n. 6892/07/DISEMI/DEPMOB/SELOM-MD, de 16.7.2007, do Departamento de Mobilização do Ministério da Defesa.

Como o serviço alternativo não está implantado, os jovens que alegam imperativo de consciência são automaticamente eximidos da obrigação constitucional.

Apesar de as normas necessárias para efetivação do serviço alternativo estarem em vigor há mais mais uma década, essa desídia administrativa demonstra claramente que não há interesse na sua implementação, fazendo tábula rasa do preceito constitucional. A mora das Forças Armadas salta aos olhos.

Ainda segundo o Departamento de Mobilização do Ministério da Defesa¹⁵, nenhum jovem teria prestado o serviço alternativo, em função de este não estar implementado:

a) O Serviço Alternativo ao Serviço Militar Inicial não está efetivamente implementado porque ainda não foram estabelecidas as instruções e normas para a sua execução pelos Ministérios Cíveis. Visando atender o que prescreve o § 1º do art. 143 da Constituição Federal, foi criado o Certificado de Dispensa do Serviço Alternativo (CDSA). Dessa forma, os alistados que alegaram imperativo de consciência decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política receberão o referido certificado e estarão em dia com o Serviço Militar;

[...]

c) Nenhum cidadão prestou o Serviço Alternativo, de acordo com as informações apresentadas na letra *a*.

Equivoca-se o Ministério da Defesa ao sustentar que a não implementação do serviço alternativo deve-se à falta de normas para a sua execução nos Ministérios civis.

A Constituição e a Lei n. 8.239/1991 estabelecem, com todas as letras, que às Forças Armadas compete atribuir o serviço alternativo aos que alegarem imperativo de consciência para

¹⁵ Informações extraídas do Ofício n. 6892/07/DISEMI/DEPMOB/SELOM-MD, de 16.7.2007, do Departamento de Mobilização do Ministério da Defesa.

não servir. Havendo interesse dos Ministérios civis pode ser feito convênio, mas este não é essencial à implementação do serviço alternativo.

O não cumprimento da Constituição leva a seu desprestígio. Nesse sentido, em face da sua inquestionável atualidade, oportuno citar os ensinamentos do mestre Pontes de Miranda¹⁶:

Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior [...]. No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem na cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça *crédito*. *Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer* [g.n.].

Sobre a gravidade de a Lei Maior não ser cumprida pelo Poder Público poderíamos citar diversos doutrinadores, todavia traremos à reflexão as sábias palavras do eminente ministro Celso de Mello¹⁷:

É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanção normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, 1987, p. 15-16.

¹⁷ STF, MI 712-PA, relator ministro Eros Grau, julgado em 15.10.2007, publicado no DJ de 23 nov. 2007.

pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se revelarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores *dos cidadãos*.

Na verdade, o que se pode concluir no presente caso é que não há interesse por parte das Forças Armadas na efetivação do serviço alternativo, o que ocasiona o descumprimento de vários princípios constitucionais obrigatórios à administração pública, senão vejamos.

3.1 Da ofensa ao princípio da legalidade

A Magna Carta estabelece, no *caput* do art. 37, que a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade aplica-se de forma mais rigorosa ao administrador público do que ao particular. Enquanto este pode fazer tudo o que a lei não vede, aquele somente pode fazer o que a lei expressamente autorize.

Contudo esse princípio vai mais além, vinculando, em muitos casos, o modo de agir da administração pública, afastando qualquer discricionariedade no seu proceder.

Se a Constituição Federal determina o serviço alternativo, se a Lei n. 8.239/1991 estabelece as normas necessárias e se a Portaria n. 2.681 – COSEMI, de 28 de julho de 1992, o regulamenta exaustivamente em 73 artigos, pergunta-se: o que falta à implementação efetiva do serviço alternativo, passados quinze anos?

Evidente está, portanto, que o princípio da legalidade está sendo violado pela não efetivação do serviço alternativo como

determina a Magna Carta. Todavia, esse não é o único princípio não respeitado.

3.2 Da ofensa ao princípio da publicidade

A administração pública deve sempre agir de modo transparente, tendo o dever de esclarecer aos cidadãos seus direitos e deveres.

Não por outra razão que há campanhas publicitárias alertando o jovem para sua obrigação de servir à Pátria. Age com acerto o administrador ao divulgar esse dever, cujo inadimplemento pode constituir, em tese, crime militar, além de trazer ao cidadão diversos empecilhos em sua vida diária, como a suspensão dos direitos políticos.

Todavia, deveria divulgar, também, que o cidadão tem o direito de alegar imperativo de consciência para se eximir do serviço militar obrigatório, ficando sujeito, evidentemente, à prestação do serviço alternativo.

A escusa de consciência é um direito individual garantido ao cidadão (CF, art. 5º, VIII), o que não implica, automaticamente, a isenção de prestar serviço à Pátria, mas simplesmente permite que o jovem o preste de outra maneira, sem a condição de militar.

Todavia, não quis o constituinte criar um salvo-conduto àqueles que quisessem “fugir” do serviço militar alegando imperativo de consciência, prevendo a Lei Maior uma contraprestação, sob a forma de serviço alternativo, cuja recusa a cumpri-la autoriza, até mesmo, a suspensão dos direitos políticos (CF, art. 15, IV), demonstrando o legislador constituinte originário apego à igualdade material, obrigando a todos, indistintamente, a prestar serviço à Pátria, na condição de militar ou não.

O princípio da publicidade exige que a administração divulgue também os direitos e não apenas os deveres, principalmente quando se sabe que nessa fase da vida, quando estão completando 18 anos, esses brasileiros ainda estão no seu processo de formação, e uma parcela considerável não tem um grau elevado de escolaridade, havendo ainda, infelizmente, analfabetos entre eles.

A falta de publicidade à escusa de consciência está dizimando esse direito fundamental.

Como se percebe pela tabela anteriormente transcrita, o número de cidadãos que alegaram imperativo de consciência para se eximir do serviço militar vem diminuindo drasticamente, sendo que nos anos de 2005 e 2006 apenas 39 o fizeram, quando foram mais de dez mil no ano de 2002. Por que tamanha redução? A resposta é também fornecida pelo Departamento de Mobilização do Ministério da Defesa¹⁸.

e) as campanhas para o Serviço Militar Inicial, em âmbito nacional, são realizadas pelo Ministério da Defesa, em parceria com a Secretaria de Comunicação Social do Governo federal. Os meios de comunicação mais empregados são: a televisão; o rádio; e a distribuição de cartazes, sendo que os cartazes contêm as orientações pertinentes ao alistamento, à seleção geral e ao exercício de apresentação de reserva. As divulgações em rádio e televisão ocorrem dentro do tempo gratuito destinado ao Governo federal e dependem da disponibilidade da grade de programação das emissoras;

f) não há uma campanha institucional diretamente voltada para o serviço alternativo. A legislação sobre tal serviço está disponibilizada nos endereços eletrônicos do Ministério da Defesa e das Forças Singulares.

Os órgãos de serviço militar das Forças, bem como os órgãos alistadores de cada município do território nacional prestam as infor-

¹⁸ Informações extraídas do Ofício n. 6892/07/DISEMI/DEPMOB/SELOM-MD, de 16.7.2007, do Departamento de Mobilização do Ministério da Defesa.

mações necessárias aos cidadãos interessados, no momento do alistamento. Todos os esforços nas campanhas convocatórias são orientados para que o cidadão cumpra seu dever constitucional (art. 143 da Constituição Federal) e assegure seu direito de cidadania.

Além da falta de divulgação do serviço alternativo, outro óbice existente é a falta de transparência no momento do alistamento do jovem por parte da administração militar, pois sequer lhe é perguntado se ele tem alguma escusa de consciência que o impeça de cumprir o serviço militar obrigatório.

A Diretoria de Serviço Militar do Exército¹⁹ assim se manifestou a respeito de se, na fase de seleção ou em qualquer outro momento do recrutamento, o alistado era informado do seu direito constitucional à escusa de consciência (art. 5º, VIII, e art. 143, § 1º, da CF), desde que prestasse serviço alternativo, e se, em caso afirmativo, tal advertência constava do formulário de entrevista:

g) quanto à letra “g)”, pressupõe-se que os alistados, no que se refere à escusa de consciência, são alertados do serviço alternativo por suas próprias religiões, assertiva reforçada pela inaceitabilidade do desconhecimento da lei; do contrário, abrir-se-ia a perspectiva de submeter a Administração Militar a interpretações de práticas sectaristas ou de proselitismo religioso, bem como ensejaria que pessoas de má-fé pudessem valer-se da possibilidade para se furtar a essa obrigação constitucional, aspectos indesejáveis ao cumprimento dos fins colimados à Força Terrestre.

Evidente está que, agindo dessa forma, a administração militar não quer, no momento do alistamento, indagar ao jovem se ele tem algum imperativo de consciência porque isso poderia ser uma “válvula de escape” à prestação do serviço militar obrigatório. Mas essa possibilidade só existe porque as Forças Armadas não imple-

¹⁹ Informação extraída do Ofício n. 370-SSMI.Adj1, de 16.5.2007, da Diretoria de Serviço Militar do Exército.

mentaram efetivamente o serviço alternativo conforme determina expressamente a Magna Carta.

O princípio da publicidade exige que as campanhas publicitárias sobre o serviço militar divulguem o direito do jovem de alegar imperativo de consciência, decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximir de atividades de caráter essencialmente militar, ficando, evidentemente, sujeito à prestação do serviço alternativo.

Exige, ainda, o princípio da publicidade que no momento do alistamento seja indagado ao jovem se ele tem alguma escusa de consciência que o impeça de prestar o serviço militar, devendo tal resposta ficar registrada na “Ficha de Entrevista” ou no documento análogo, confeccionado nesse momento.

Clama o princípio da transparência, também, que no local de alistamento haja cartazes esclarecendo aos jovens sobre o seu direito à escusa de consciência, o que não significa não prestar serviço à Pátria, mas realizá-lo sem a condição de militar.

O desiderato implícito da administração militar, passados quase vinte anos da promulgação da Constituição, parece estar sendo alcançado. Agindo deliberadamente, as Forças Armadas aniquilaram, antes mesmo de ter efetivado, o serviço alternativo. Tornaram letra morta, assim, a própria Constituição.

Àqueles poucos jovens que aleguem imperativo de consciência será expedido o Certificado de Dispensa de Serviço Alternativo (CDSA) pela sua inexistência, estando, assim, o cidadão quite com a obrigação a todos imposta, sem ter nada prestado.

Mas era isso o que o legislador constituinte originário pretendia?

Não podemos crer, e tampouco permitir, que a previsão constitucional de prestação de serviço alternativo àqueles que aleguem

imperativo de consciência nunca saia do papel, ficando fadada apenas a mero objeto de questões de concursos públicos.

Relembremos. O jovem que alegue imperativo de consciência não está dispensado da sua obrigação constitucional, pois ele deve submeter-se ao serviço alternativo. Não tem ele uma porta aberta à não prestação de servir à Pátria.

Todavia, que culpa tem esse jovem se, passados quase vinte anos da promulgação da Lei Maior, as Forças Armadas não cumpriram a ordem que o povo, por seus representantes reunidos em Assembleia Constituinte, determinou?

Se o desconhecimento da lei é inaceitável, como alega a administração militar para não divulgar o serviço alternativo, por que há diversas campanhas institucionais lembrando aos jovens sua obrigação de servir a Pátria e nenhuma mencionando seu direito à escusa de consciência?

Indo mais além, os indícios são claros no sentido de apontar uma desídia administrativa proposital das Forças Armadas na implementação do preceito constitucional. Quiçá má-fé administrativa, pois, aparentemente, a situação atual estaria atendendo perfeitamente aos anseios das Forças Armadas.

Como não há divulgação desse direito, poucos o exercem. Para esses poucos, emite-se um Certificado de Dispensa, e a norma constitucional continua “apenas para inglês ver”. E, por consequência, como são poucos os que alegam o imperativo de consciência, as Forças Armadas mantêm-se na desídia de não implementar o serviço alternativo. Há completa implicância entre as duas questões, ambas respaldadas pelo descaso (involuntário?) administrativo.

4 Considerações finais

Não se negam a necessidade e a importância do serviço militar obrigatório, todavia, neste singular trabalho, pretendeu-se demonstrar que essa obrigação constitucional precisa de maior reflexão acerca de alguns aspectos (in)constitucionais que têm sido olvidados, quais sejam:

- ☛ deve ser garantido aos jovens durante a prestação do serviço militar obrigatório o direito a não receber remuneração inferior ao salário mínimo, conquista social anteriormente alcançada e que foi inconstitucionalmente retirada, violando o princípio da proibição do retrocesso social;
- ☛ deve ser amplamente divulgado o direito do jovem à escusa de consciência para se eximir de atividades de caráter essencialmente militar, ficando obrigado ao serviço alternativo, o qual deve ser efetivamente implementado pelas Forças Armadas, conforme determina a Magna Carta.

Referências

- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Seção II

Interesses Difusos e Coletivos

Inconstitucionalidade do artigo 5º, II, da Lei n. 7.347/1985: afrenta à unidade e indivisibilidade do Ministério Público

Anderson Lodetti Cunha de Oliveira*

Sumário: 1 Introdução. 2 Unidade e indivisibilidade sob o ponto de vista externo. 3 Atividade típica do Ministério Público. 4 Inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985. 5 Conclusão.

1 Introdução

O objetivo deste artigo é demonstrar que a legitimidade conferida à Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas é inconstitucional, por ofender os princípios institucionais da unidade e indivisibilidade do Ministério Público.

A Lei n. 11.448/2007 alterou a redação do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, atribuindo à Defensoria Pública a legitimidade para a proposição de ações civis públicas para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Essa alteração modificou completamente a natureza da Defensoria Pública, transformando-a em ente legitimado para atuar, em nome próprio, em defesa da ordem jurídica, legal e constitucional. Atribuiu à Defensoria Pública atividade exclusiva do Ministério Público, ocorrendo, na prática, a criação de

* Anderson Lodetti Cunha de Oliveira é Procurador da República em Santa Catarina, mestre em Criminologia e Políticas Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina e professor da Unoesc/Joaçaba.

outra Instituição com a mesma natureza deste. Duplicação vedada pelo art. 127, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Para demonstrar que a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a tutela coletiva é ofensiva aos princípios da unidade e indivisibilidade, necessário passar por alguns aspectos. Em primeiro lugar, demonstrar que a unidade e a indivisibilidade são princípios que devem ser analisados sob o ponto de vista interno e externo. Depois, dissertar sobre em que consiste a atividade típica do Ministério Público, que é una e indivisível tal qual a atividade jurisdicional.

Por fim, demonstrar que a legitimação dada pelo novel art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985 ofendeu a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público ao atribuir a outro órgão o exercício de atividade que lhe é privativa. Criar outra instituição com a mesma atribuição de defesa da ordem jurídico-constitucional, de forma autônoma e imparcial, é criar outra “magistratura ativa” (*Parquet*), o que foi vedado pelo art. 127, § 1º, da Constituição da República.

2 Unidade e indivisibilidade sob o ponto de vista externo

A indivisibilidade e a unidade costumam ser abordadas, pela doutrina especializada e pelos próprios tribunais, como aspectos internos da organização do Ministério Público. Comum encontrar definições pouco esclarecedoras sobre o assunto, porque restritas ao âmbito interno do Ministério Público.

Cito a definição de Hugo Nigro Mazzilli e de José Eduardo Sabo Paes:

Unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa

que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, mas segundo forma estabelecida na lei¹.

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

Pelo princípio da indivisibilidade quem está presente em qualquer processo é o Ministério Público, ainda que seja por intermédio de um determinado promotor ou procurador de justiça. Por isso, a expressão “representante do Ministério Público” não é tecnicamente adequada para a eles se referir. Esse princípio permite que os membros da Instituição possam ser substituídos uns por outros no processo, não de uma maneira arbitrária, senão nos casos legalmente previstos (promoção, remoção, aposentadoria, morte etc.) sem que isso constitua qualquer alteração processual².

Nelas está consignado que a indivisibilidade e a unidade institucionais são regras para a divisão interna de atribuições. Inclusive, nesse conceito, a própria ideia de unidade não fica muito clara, porque asseverar que o Ministério Público é uma só instituição sob uma só chefia e com um único objetivo é assemelhar o princípio da unidade à unidade que existe em qualquer órgão da Administração. Afinal, sempre que um fiscal da Receita Federal, por exemplo, está atuando, considera-se que é a própria Receita Federal que está atuando³.

¹ MAZZILLI, 2007a, p. 71.

² PAES, 2003, p. 52.

³ O direito administrativo costuma trabalhar com a teoria organicista, na qual o agente público é parte da própria Administração, como os pés e as mãos são parte do corpo humano.

Esse conceito de unidade é de pouca utilidade para diferenciar da unidade inerente a todos os órgãos públicos.

O conceito de indivisibilidade ainda apresenta algumas peculiaridades, sob o ponto de vista interno, que são interessantes. O principal deles é o da possibilidade de que todos os membros do Ministério Público sejam substituídos, uns pelos outros, sem ofensa a direito algum das partes. Mesmo assim, esse princípio parece muito com o princípio da unidade, em que cada membro é visto como integrante de um todo.

Hugo Nigro Mazzilli, tolhido por essa visão restritiva, que só aborda o ponto de vista interno, chega ao ponto de afirmar que não existe unidade no Ministério Público brasileiro, porque há o Ministério Público dos Estados e o da União, sendo este dividido em quatro ramos⁴.

Essa abordagem não é equivocada, mas apenas limitada. A indivisibilidade e a unidade do Ministério Público também são princípios institucionais sob uma *perspectiva externa*, em sua posição institucional no cenário político-administrativo desenhado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O que significa definir que o Ministério Público é uma instituição una e indivisível? Significa atribuir à atividade do Ministério Público a mesma qualidade que goza a manifestação judicial: unidade e indivisibilidade. O que é uno e indivisível é a natureza da atividade do Ministério Público, como é una e indivisível a natureza da atividade do Poder Judiciário (jurisdição).

O Poder Judiciário quando decide um caso concreto o faz de forma definitiva, porque a jurisdição é una e indivisível. Está em todas as doutrinas processuais, quando abordam a competência, o

⁴ MAZZILLI, 2007a, p. 72.

chamado de atenção para essa característica da jurisdição: unidade e indivisibilidade.

A jurisdição, que integra as faculdades da soberania estatal, ao lado do poder de legislar e de administrar a coisa pública, vem a ser, na definição de Couture, a função pública, realizada por órgãos componentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de execução. *Como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, una.* Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público. A competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição⁵.

Também Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini:

Jurisdição é a função do Estado, decorrente de sua soberania, de resolver os conflitos, na medida em que a ela sejam apresentados, em lugar daqueles que no conflito estão envolvidos, através da aplicação de uma solução contida no sistema jurídico. Enquanto se trate de uma das formas de exercício do poder do Estado, a jurisdição é una⁶.

Então, quando um juiz de Direito do interior de Alagoas absolve um réu, quem o fez foi o Judiciário. O que se diz é que “o Judiciário absolveu o réu”. O réu mesmo vai afirmar: “o Judiciário me absolveu”. O mesmo ocorre quando um juiz do Trabalho condena uma empresa ou um tribunal julga um recurso e decide o caso. Em todos esses casos, a jurisdição, que é a fração de poder político dada ao Judiciário, é aplicada de forma una e indivisível.

O mesmo acontece com o Ministério Público na sua parcela de poder político. Ao Ministério Público foi dado, com exclusividade,

⁵ THEODORO JR., 2005, p. 176.

⁶ WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 93.

a decisão acerca da formação da *opinio delicti* e da persecução penal contra os cidadãos e a exclusividade da ação civil para a defesa da ordem jurídico-constitucional de forma autônoma e imparcial. Nenhum outro órgão de Estado tem esse poder. E essa é fração do poder político estatal também, tanto quanto a jurisdição, a legislação e a administração.

Logo, quando um promotor de Justiça do Estado de São Paulo determina o arquivamento do inquérito, quem o fez foi o Ministério Público, não o Ministério Público do Estado de São Paulo. O Ministério Público entendeu que aquele cidadão não deve ser processado criminalmente. Assim também ocorre quando o procurador da República apela em favor de uma parte incapaz, visando obter a reversão de uma decisão de primeiro grau. Quem está a tutelar o interesse indisponível, no caso, é o Ministério Público.

Também ocorre essa situação quando o Ministério Público do Trabalho, por exemplo, após verificar que trabalhadores estão sujeitos a situação degradante ou insalubre, propõe uma ação civil pública visando paralisar uma fábrica. Foi o Ministério Público que decidiu utilizar da ação civil para tutela dos direitos coletivos.

A atividade do Ministério Público é sempre o exercício, no caso concreto, da parcela de poder que o constituinte lhe atribuiu, de forma una e indivisível. Quem arquiva, recorre, propõe ação civil é o Ministério Público.

Equívocada a ideia de que somente os ramos do Ministério Público é que são unos e indivisíveis. Seria o mesmo que asseverar que somente os ramos do Judiciário é que exercem atividade una e indivisível. Na verdade, a atividade do Ministério Público, assim como a jurisdição, é una e indivisível, sendo os ramos mera distribuição de atribuições/competências.

O que existe é a parcela de poder dada ao Ministério Público pela Constituição de 1988. Identificada essa parcela de poder, toda vez que ela for exercida o será de forma una e indivisível, como é a jurisdição (parcela de poder do Judiciário). Mais fácil visualizar a unidade da parcela de poder do Judiciário, porque ela tem um nome que já se tornou clássico: jurisdição. A parcela de poder do Ministério Público não tem nome (“ministeriança”, com o devido respeito, seria um nome um tanto estranho), mas esse “ministério público” que exerce é também uno e indivisível.

Denise Neves Abade sustenta que o membro do Ministério Público é agente político, porque exerce parcela de poder estatal soberano com autonomia e independência funcional:

[...] há de se inquirir sobre o exercício com exclusividade de uma função do Poder de Estado com independência funcional. Quanto ao exercício exclusivo de uma função do Poder de Estado, no caso do membro do Ministério Público, assinala Mazzilli que o Ministério Público, mesmo não sendo Poder de Estado reconhecido pelo artigo 2º da Constituição de 1988, exercita parcela significativa da soberania, ao condicionar o desencadear do *jus puniendi* estatal ao seu único convencimento, porque é titular privativo da ação penal pública. Essa titularidade da ação penal pública é ainda de maior relevo no Brasil, uma vez que predominam na legislação penal os crimes de ação penal pública. Como preleciona Scarance Fernandes, a repulsa à iniciativa do ofendido e o estabelecimento do sistema acusatório fez com que ao Estado, por meio do Ministério Público, coubesse a legitimidade para acusar. Salienta o autor, ainda, que tal exclusividade do *Parquet* retirou dos demais órgãos da Administração Pública a legitimidade de ofertar a acusação⁷.

Francisco Dias Teixeira aponta que a função do Ministério Público é função de soberania e relembra as palavras de Alfredo Valladão, já em 1914:

⁷ ABADA, 2003, p. 42.

As funções do Ministério Público subiram, pois, ainda mais, de autoridade em nossos dias. Ele se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje *O Espírito das Leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a “Divisão dos Poderes”. Ao órgão que “legisla”, ao que “executa”, ao que “julga”, um outro órgão acrescentaria ele – o que “defende” a Sociedade e a Lei perante a Justiça, parta a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado!⁸

Então, assentado que o Ministério Público exerce parcela do poder soberano estatal com exclusividade, cabe analisar em que consiste essa atividade.

3 Atividade típica do Ministério Público

Qual a parcela de poder que a Constituição da República Federativa do Brasil definiu para o Ministério Público? Está no art. 127 e art. 129 da CRFB, consagrando a tradição de “advogado da lei e da ordem pública”, dividindo-se em duas grandes matrizes: a) exercício exclusivo da ação penal pública; b) defesa autônoma e independente da ordem jurídico-constitucional. O item “b” materializa-se por meio de várias ações, judiciais e extrajudiciais, para: b.1) defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis; b.2) defesa dos valores constitucionais, como patrimônio histórico, artístico, cultural, patrimônio público e social, o meio ambiente, a ordem econômica, os direitos sociais e de minorias; b.3) defesa da legalidade e lisura do processo eleitoral. Por essa natureza o Ministério Público é conhecido como o fiscal da lei, ou o defensor da legalidade, *custos legis*.

Essa natureza de defensor autônomo e imparcial da ordem jurídica nasceu há muito, como lembra Roberto Lyra, ao asseverar que no Decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890, o Ministério Público já figurava como:

⁸ VALLADÃO apud TEIXEIRA, 2003, p. 11.

o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais, o promotor da ação pública contra toda violação de direito, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asilados e dos mendigos, requerendo o que for a bem da justiça e dos deveres de humanidade⁹.

A leitura do art. 127, *caput*, da CRFB não deixa dúvidas de que a função de defensor autônomo e imparcial da ordem jurídico-constitucional (constituição e seus valores e da lei válida) foi atribuída ao Ministério Público.

O Estado Democrático de Direito é aquele no qual os poderes constituídos estão todos sujeitos às regras constitucionais, seus princípios e valores. Não há Estado Democrático de Direito onde a Constituição seja mero documento declaratório, sem força vinculante. O Ministério Público foi colocado, pelo constituinte de 1988, na condição de guardião ativo da ordem jurídico-constitucional, ao lado do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário deve garantir que sempre, em qualquer hipótese, o julgamento da lide seja de acordo com os ditames constitucionais. Mas o Judiciário é poder inerte por natureza, jamais podendo tomar iniciativa, sob pena de comprometer sua imparcialidade. Segundo Sérgio Porto:

[...] em hipótese alguma pode o Estado-Jurisdição ter sua imparcialidade comprometida, sob pena de resultar injustificada sua existência. Daí se afirmar que a jurisdição – com o fito de ter garantida a imparcialidade – é inerte. Contudo, não pode este mesmo Estado quedar inerte frente a determinadas situações que lhe cabe solver. Não podendo omitir-se nem mesmo outorgar iniciativa à jurisdição, pena de comprometer sua imparcialidade, legitimou outra instituição integrante de sua estrutura política para a tomada de iniciativas. Desta forma, como consequência da inércia dos órgãos judiciários e frente à necessidade de o Estado agir em determinadas

⁹ LYRA apud PAES, 2003, p. 50.

hipóteses, foi legitimado o Ministério Público para fazê-lo ou, dito de outro modo, para exercer o direito de agir do Estado¹⁰.

Por isso a Constituição da República atribuiu ao Ministério Público a função de ser o guardião ativo das normas constitucionais, dando-lhe o mesmo estatuto dos membros do Poder Judiciário, garantindo sua independência funcional, vitaliciedade, autonomia administrativa e orçamentária. O Ministério Público é o *Parquet*, ou seja, o magistrado que atua de pé, no sentido de que tem compromisso único e exclusivo com a lei (em sentido de norma válida), tal qual o magistrado “sentado” (Poder Judiciário).

Até mesmo a própria legitimidade exclusiva para a persecução penal na ação penal pública é decorrente dessa natureza de defensor autônomo e imparcial da ordem jurídica. A persecução penal tinha por base a imposição de pena àquele que violou a lei, atentou contra a ordem jurídica, sendo o Ministério Público o responsável pela sua defesa.

Essa matriz criminal, de defesa da lei, evoluiu com o tempo e a sociedade, indo à condição de *custos legis* em casos que envolvessem incapazes, questões de especial interesse social (direito de família), até os dias atuais, quando se sabe que existem outras agressões contra a lei que ofendem coletividades, determinadas ou não.

Então, ao entregar a função de fiscal da ordem jurídica ao Ministério Público o constituinte apenas consolidou a vocação desse órgão, que nasceu para a defesa da lei por meio da acusação criminal, da intervenção no processo civil e das ações civis de toda ordem.

Por isso Hugo Nigro Mazzilli denomina essas tarefas de “funções típicas”, que, segundo ele,

¹⁰ PORTO, 1998, p. 26.

É o caso da promoção da ação penal pública, da promoção da ação civil pública, da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, do zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição etc.¹¹.

Segundo Alexandre de Moraes,

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública, quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública¹².

O constituinte conhece a realidade do cenário político e sabia que de pouca valia seria determinar vários deveres aos poderes responsáveis pela implementação de seus ideais (Executivo e Legislativo), sem que houvesse um órgão autônomo e independente para fiscalizar esse cumprimento. De nada adiantariam normas constitucionais que dependessem unicamente da vontade dos políticos para sua implementação. Para garantir seu cumprimento, o constituinte dotou o membro do Ministério Público de independência funcional para que a iniciativa na defesa da ordem jurídica não fosse contaminada por interesse algum, seja de governo, seja de particulares. Dotou a instituição de independência administrativa, financeira e orçamentária.

Novamente as palavras de Alexandre de Moraes:

Analisando estas importantes funções do Ministério Público, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que o legislador constituinte concedeu uma “*titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e da eficácia da Constituição*”, e mais adiante, comenta a introdução da legitimação para “*uma proteção a patrimônio*”

¹¹ MAZZILLI, 2007a, p. 126.

¹² MORAES, 2004, p. 520.

público”, concluindo que a Constituição introduziu ao Ministério Público “*vigilância ativa com legitimação processual, sob a legalidade da administração*”. Esta atuação do Ministério Público visa adequar o nosso ordenamento jurídico à tendência contemporânea de todo o Direito Constitucional universal, que é impedir, de todas as formas possíveis, o desrespeito sistemático às normas constitucionais, que conduz à erosão *da própria consciência constitucional*¹³.

A independência funcional, consagrada no art. 127, § 1º, da CRFB, deu aos membros do Ministério Público o instrumental necessário para atuar, judicial e extrajudicialmente, na implementação dos valores, princípios e normas constitucionais, defendendo a ordem jurídica contra todo o tipo de agressão (o crime, a lesão ambiental, o dano civil ao erário etc.). Sem nenhuma vinculação e sem nenhum interesse prévio, a independência funcional transformou o Ministério Público no guardião ativo da Constituição e das leis válidas (o Judiciário é o guardião passivo, também com independência funcional).

Como assevera Francisco Dias Teixeira, a defesa da ordem jurídico-constitucional, por meio da ação civil pública para proteção de um direito ou interesse difuso ou coletivo, traz consigo uma decisão política que somente pode ser tomada por um órgão com independência funcional e plena autonomia. Afinal, as ações coletivas sempre resultam em choque de direitos e valores, sendo política a decisão dos termos e dos objetivos que serão perseguidos com ela¹⁴.

Sem dúvida o constituinte colocou o Ministério Público ao lado dos outros três Poderes clássicos, dando-lhe as mesmas garantias pessoais e institucionais e atribuindo-lhe uma tarefa específica: a defesa da ordem jurídico-constitucional¹⁵. Para garantir que essa

¹³ MORAES, 2004, p. 523.

¹⁴ TEIXEIRA, 2003, p. 13.

¹⁵ Há alguns autores que descaracterizam o Ministério Público como poder, asseverando que as agências controladoras (ANEEL, ANATEL etc.) também têm independência funcional e

parcela de poder fosse exercida somente pelo Ministério Público, definiu-o como “uno e indivisível” (CRFB, art. 127, § 1º).

Alexandre de Moraes aduz que as garantias e prerrogativas não são privilégios, mas sim instrumentos para o bom desempenho das funções-deveres do Ministério Público:

As garantias constitucionais dos membros do Ministério Público, portanto, são garantias da própria sociedade, de que a Instituição, incumbida pela Constituição de ser a guardiã da legalidade formal e material das liberdades públicas, do regime democrático e da Separação dos Poderes, contra os abusos do poder Estatal, não sofra pressões odiosas no exercício de seu mister¹⁶.

Esta é a natureza da atividade do Ministério Público: atuação autônoma, independente e imparcial, para garantia da manutenção da ordem jurídica. Não existe outra instituição pública no ordenamento jurídico constitucional que tenha recebido essa incumbência.

Essa natureza de sua atividade é de unidade e indivisibilidade semelhante à natureza da atividade do Judiciário. Ninguém cogitaria possível instituir outro órgão público com competência para decidir uma lide com caráter definitivo. Por que não? Porque é inerente à ideia de jurisdição a unidade e a indivisibilidade. Se assim procedesse, estar-se-ia criando um outro “judiciário”, o que não existe, porque Judiciário é um só.

A mesma questão se coloca para o Ministério Público. É possível instituir outro órgão público para exercer a ação penal? É possível instituir outro órgão público para ser o fiscal da ordem jurídico-constitucional, de forma independente e imparcial? A res-

autonomia administrativa e financeira. O equívoco do raciocínio está em não perceber que as autarquias são criadas pelo legislador ordinário e têm seu regime jurídico todo sujeito à lei ordinária. O Ministério Público não está sujeito ao legislador ordinário.

¹⁶ MORAES, 2004, p. 537.

posta há de ser negativa, porque essa atribuição é do Ministério Público, uno e indivisível.

Esse é o correto entendimento de Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Marcio Elias Rosa e Marisa F. Santos:

o princípio da unidade do Ministério Público, previsto no art. 127, § 1º, da Constituição Federal, *corresponde à impossibilidade de atribuição das funções ministeriais a mais de uma carreira do Estado; a instituição é una; única a desempenhar o papel confiado ao Ministério Público. Na estrutura material do Estado não haverá outra Instituição com idênticas funções ou perfil constitucional*¹⁷.

A unidade é da natureza da atividade ministerial, que somente compete ao Ministério Público, por sua qualidade de instituição permanente e essencial à atividade jurisdicional do Estado, conforme prevê o art. 127 da Constituição da República.

4 Inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985

A nova redação do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985, alterada pela Lei n. 11.448/2007, afronta a Constituição da República em seu art. 127, § 1º. Ao atribuir a outro órgão público a mesma legitimidade do Ministério Público, o legislador ordinário rompeu com a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público. Instituiu, em duplicidade, órgão com legitimidade para, em seu próprio nome, defender a ordem jurídico-constitucional por meio da ação civil pública.

A Defensoria Pública é órgão público instituído pela Constituição de 1988 com uma atribuição bem definida: a orientação jurídica e a defesa judicial dos necessitados na forma do art. 5º,

¹⁷ CHIMENTI; CAPEZ; ROSA; SANTOS, 2006, p. 435 [grifo nosso].

LXXIV. A função da Defensoria Pública é o suprimento da capacidade postulatória daqueles que não têm condições econômicas de contratar um advogado. O defensor público é um advogado cedido pelo Estado para o cidadão necessitado.

Tanto que a Defensoria Pública está colocada ao lado da Advocacia, na Seção III do Capítulo IV do Título IV. *O defensor público não tem legitimidade nem interesse processual, porque jamais pode atuar em seu nome.* O defensor público atua com mandato, em nome do cidadão necessitado, este sim se sujeitará ao crivo das condições da ação: ser parte legítima e ter interesse processual.

O art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985 deu à Defensoria Pública uma legitimidade autônoma para, *em seu próprio nome*, atuar em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, independentemente da existência de mandato, ou seja, o novel inciso transformou a Defensoria Pública em órgão público com legitimidade autônoma, independentemente de mandato, para a defesa da ordem legal e constitucional.

Como exposto *supra*, essa atividade, desde os primórdios do *custos legis*, é da natureza do Ministério Público. Ao permitir que outro órgão ingresse com ação em defesa de interesses difusos/coletivos/individuais homogêneos, de forma independente, sem vinculação com nenhum interesse (público ou particular), a lei ordinária dividiu o Ministério Público, porque dividiu a parcela de poder que lhe foi atribuída com exclusividade.

A divisão do Ministério Público significa atribuir a outro órgão a atividade que, até então, era exclusiva do *Parquet*. O fato de não ser atribuído o nome “Ministério Público” ao outro órgão é irrelevante, uma vez que a natureza da atividade que passou a ser desenvolvida pela Defensoria Pública é de Ministério Público.

Com essa inovação no art. 5º da LACP o legislador ordinário transformou a Defensoria Pública em Defensoria do Interesse Público, Defensoria da Ordem Pública, não mais em Defensoria do necessitado tão-somente (como determinou o constituinte originário). Essa divisão do Ministério Público, com a nova natureza jurídica da Defensoria Pública, atenta contra os princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade postos pelo Poder Constituinte Originário (CRFB, art. 127, § 1º).

Não vale o argumento de que o art. 129, § 1º, da CRFB foi muito claro ao não fechar o rol de legitimados para a ação civil pública. O que o referido dispositivo fez foi permitir que terceiros sejam legitimados para a propositura de ação civil pública, *mas não que outro órgão público pudesse ser criado para, nos moldes do Ministério Público* (de forma independente, sem vinculação específica e em nome próprio), propor ação civil pública. Se assim o fizesse, seria contraditório com o art. 127 e seu § 1º.

O que o constituinte permitiu com o § 1º do art. 129 da CRFB foi a democratização do acesso à justiça. Permitiu ainda que associações, fundações, órgãos públicos, entes da Administração Indireta e Direta pudessem também tutelar os interesses difusos e coletivos em juízo, por meio da ação civil pública.

Como efeito desse permissivo, o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública legitimava o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, a empresa pública, a fundação ou a sociedade de economia mista e a associação que cumprisse alguns requisitos.

Da análise do dispositivo ficava evidente que o único órgão público legitimado de forma autônoma, sem necessidade de demonstrar pertinência temática da ação com os objetivos/interesses próprios era o Ministério Público. Essa legitimidade automática

do Ministério Público decorre de sua natureza de guardião ativo da ordem jurídico-constitucional (o Judiciário, repita-se, é o guardião passivo, inerte).

Todos os outros entes da Administração Direta e Indireta devem demonstrar, no caso concreto, interesse específico (pertinência temática) para a propositura da ação civil pública.

Eis as palavras de Hugo Nigro Mazzilli:

Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se liga às associações civis ou se também alcançaria fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais ou menos literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão há de se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação das associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para a defesa coletiva de seus interesses. [...] Tomemos, por exemplo, uma empresa pública ou uma autarquia. Não nos parece possa despender recursos públicos para defesa de interesses transindividuais que não guardem relação alguma com o seu objeto. Assim, uma empresa de transportes públicos não se pode pôr a defender assinantes de linha telefônica... Em suma, cremos que analogicamente ao que sucede com as associações civis, se deve aplicar o requisito da pertinência temática a esses outros colegitimados. Só não tem sentido exigir pertinência temática do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal¹⁸.

Ainda que pareça que o autor deu o mesmo tratamento à legitimidade do Ministério Público e dos entes da Administração Direta, mais adiante ele assevera que só o Ministério Público tem

¹⁸ MAZZILLI, 2007b, p. 293.

legitimidade e interesse presumidos, sendo que “os demais legitimados, e até mesmo, a nosso ver, União, Estados, Municípios e Distrito Federal deverão ter *interesse concreto* na defesa do interesse objetivado na ação civil pública ou coletiva. Assim, por exemplo, não teria um município interesse em defender um bem dominial da União nem o contrário”¹⁹.

João Batista de Almeida segue o mesmo raciocínio, asseverando que União, Estados, DF e Municípios são legitimados em abstrato, mas não têm condições de propor qualquer ação civil pública na defesa de qualquer interesse (como o Ministério Público). Há que se verificar se os entes da Administração Direta têm *interesse de agir no caso concreto*:

É essencial que a ofensa ao bem jurídico tutelado relacione-se direta ou indiretamente com os entes públicos enumerados ou com um deles, para que se caracterize o interesse e justifique o ingresso em juízo. [...] Assim, o Município deverá proteger interesse difuso ligado exclusivamente a sua população, mas não o terá de forma indiscriminada para atuar em defesa dos habitantes de outro Município²⁰.

No mesmo sentido, José Marcelo Menezes Vigliar:

Quanto ao Ministério Público, não há mesmo grandes problemas, lembrando que ele constitui, diante de sua destinação institucional, o substituto processual por excelência, inclusive dos demais colegitimados integrantes dos mencionados róis. [...] O mesmo não se pode afirmar em relação à União, aos Estados-membros, aos Municípios e ao Distrito Federal. Com efeito, há que se verificar sim, no caso concreto, a presença de um vínculo entre os substituídos e os substitutos, para que se possa concluir pela legitimação dessas pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa de determinado interesse supraindividual²¹.

No mesmo sentido, também, Pedro da Silva Dinamarco²².

¹⁹ MAZZILLI, 2007b, p. 296.

²⁰ ALMEIDA, 2001, p. 110.

²¹ VIGLIAR, 1998, p. 71.

²² DINAMARCO, 2001, p. 227.

Então, uma coisa é a legitimidade dos órgãos da Administração Direta para tutela de interesses específicos, outra é a legitimação do Ministério Público para a tutela de interesses difusos e coletivos sem nenhuma análise de pertinência temática ou especial vinculação do interesse. O Ministério Público propõe a ação civil pública porque percebe que há ofensa à ordem jurídico-constitucional por parte da ação de alguma pessoa (física, jurídica, de direito público ou privado), em ofensa a direitos da comunidade (difusos, coletivos e indisponíveis).

A União pode propor ação civil pública para recompor parque nacional degradado por uma empresa poluidora, mas não pode propor ação civil pública contra si mesma, para que o Ministério da Saúde, por exemplo, inclua determinado remédio na lista de medicamentos excepcionais. Isso porque, nesse caso, não tem interesse processual, uma vez que o problema se resolve na esfera administrativa. Essa é, também, uma limitação da Advocacia-Geral da União, que não pode ir contra seu constituinte (a União).

Também não pode o Estado propor ação civil pública para anular determinada portaria da Secretaria da Educação, por exemplo, em defesa dos interesses dos alunos do ensino médio – falta-lhe interesse de agir – ou propor ação civil pública em benefício dos alunos do ensino médio de outro Estado da Federação.

Essa situação não ocorre com o Ministério Público, legitimado nato à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis. *O Ministério Público é, com certeza, o único legitimado com independência funcional, sem vinculação com nenhum ente público, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.* E assim é porque é da natureza, da ontologia, do “ser” Ministério Público a defesa da ordem jurídico-constitucional de forma independente, ativa e imparcial, configurando-o como verdadeira “Magistratura de Pé” (*Parquet*).

A inclusão da Defensoria Pública (Lei n. 11.448/2007) entre os legitimados ativos da ação civil pública veio duplicar essa atribuição, até então exclusiva do Ministério Público, porque a Defensoria Pública não é órgão de governo (vinculado ao Executivo e às suas políticas de governo), mas sim órgão de Estado com independência funcional de seus membros (Lei Complementar n. 80/1994, art. 3º).

A Defensoria Pública com legitimação para propor ação civil pública, em nome próprio, significa um órgão público criado para, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade (decorrentes da independência funcional), proteger a ordem jurídica e o regime democrático, por meio da defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, de forma autônoma, sem vinculação específica.

Não resta dúvida de que o legislador ordinário dividiu o Ministério Público, porque dividiu com outro órgão público atribuição que lhe era exclusiva. Essa é a verdadeira divisão que o constituinte de 1988 quis evitar, pois somente ao Ministério Público caberia, segundo sua vontade, o exercício de ação civil em defesa da ordem jurídico-constitucional.

A liberalidade do art. 129, § 1º, da CRFB não legitimou o legislador ordinário a constituir outro órgão público para a defesa da ordem jurídico-constitucional por meio de ações civis. Apenas ressaltou que, pelo maior acesso ao Judiciário, deveriam haver outros legitimados (entes da Administração, entes da sociedade civil, particulares etc., conforme melhor entender a lei), mas sem, jamais, uma duplicação do Ministério Público, visto que ente uno e indivisível.

Como pode a Defensoria Pública atuar sem mandato, senão igualando-se ao Ministério Público e fazendo da defesa da ordem jurídico-constitucional e da legalidade o único fim perseguido?

A questão da duplicação das instituições é ainda mais perceptível quando se analisa a estrutura atual da Defensoria Pública da União. Por meio da Portaria n. 560, de 30 de agosto de 2007, instituíram-se as Câmaras de Coordenação na DPU, incluindo uma câmara criminal, uma câmara cível, uma câmara previdenciária e *uma câmara de tutela coletiva e direitos humanos*. Tal qual ocorre no âmbito do Ministério Público Federal, onde há a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e as demais câmaras, com atribuições de tutela coletiva (exceção da Segunda Câmara, que é criminal).

E a duplicação é agravada pela novel redação do art. 5º, II, da LACP (ora inquinada de inconstitucional), uma vez que dá atribuição à Defensoria Pública para a tutela coletiva. Ora, dar atribuição é definir competência no âmbito do direito público. E, como se sabe, a competência é *irrecusável e obrigatória*, sendo que a Defensoria Pública será *obrigada* a se estruturar para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos nos mesmos moldes do Ministério Público (que tem essa atribuição por força do Poder Constituinte Originário).

Não se está aqui a defender que a Defensoria Pública não possa propor ação civil pública. Pode fazê-lo sim, desde que tenha o mandato de um ente civil (associação, por exemplo) que se enquadre no conceito de necessitado econômico, como exige o art. 134 da CRFB.

O que se quer insistir é que a Defensoria Pública é órgão sem legitimidade própria, visto que sua função é a de “advogado do necessitado”. Quem tem legitimidade e interesse processual é a parte, não a Defensoria Pública.

Defensoria Pública com legitimidade própria e interesse processual próprio, atuando sem mandato, é órgão público autônomo com incumbência de defesa da ordem legal, constitucional e dos direitos em abstrato, ou seja, é uma duplicação do Ministério Público.

Essa atribuição de legitimidade própria, conferida à Defensoria Pública pelo legislador ordinário, traz outras consequências que demonstram, às claras, a ofensa à unidade e indivisibilidade do Ministério Público.

A primeira delas é a posição que a Defensoria Pública passa a gozar no cenário político-institucional. Se tem competência (que em direito público é dever) para tutela da ordem jurídica, em nome próprio, deve também exercer a função de *custos legis* no processo civil. Afinal, o que fundamenta a intervenção do Ministério Público conforme o art. 82, III, do CPC é justamente a existência de interesses coletivos em litígio. O Ministério Público é chamado a intervir, sendo-lhe atribuídos os poderes e ônus das partes, porque é o órgão com legitimidade autônoma para a defesa das coletividades e da ordem jurídica. Se a Defensoria Pública também tem o dever-poder de tutelar direitos difusos e coletivos, por certo terá o dever de intervir em todas as causas em que vislumbrar (a independência funcional do Defensor Público lhe concede os poderes privativos para essa valoração) interesses coletivos ou de dimensão pública.

Essa inovação também força a reconsideração do assento ao lado direito dos magistrados, desde o Supremo Tribunal Federal até os juízos de primeiro grau. O que justifica essa posição do Ministério Público é justamente a sua natureza de magistrado ativo na defesa da ordem jurídico-constitucional. Se a Defensoria Pública passou a ter a mesma atribuição, sem dúvida deve ter o mesmo assento, pois deixou de ser representante da parte e de se identificar com os interesses de seu constituinte, para defender a ordem jurídica de forma autônoma e imparcial, em seu próprio nome.

Outra questão é que a Defensoria Pública poderá ingressar em qualquer ação civil em andamento, uma vez que se lhe concedeu autonomia funcional para avaliar se há interesse público no objeto

da lide. E, se no mesmo processo houver intervenção do Ministério Público, haverão os seus membros de se sentar, lado a lado, à direita do magistrado.

Essa configuração espacial da sala de audiências, no futuro breve – se não for declarada a inconstitucionalidade do art. 5º, II, da LACP –, é elucidativa dos argumentos até aqui expostos. Ficará evidente a duplicidade de órgãos no exercício da função do art. 127, *caput*, da CRFB. Ficará evidente que aquilo que deveria ser uno e indivisível (o Ministério Público) foi duplicado.

5 Conclusão

A legitimidade para a defesa da ordem jurídico-constitucional, de forma autônoma, independente e imparcial, foi atribuída exclusivamente ao Ministério Público pelo constituinte originário, por meio do art. 127 da Constituição da República.

Essa atividade constitucionalmente definida delimita o âmbito ontológico do Ministério Público, o seu “ser”. Ser Ministério Público é defender a ordem jurídico-constitucional por meio da ação penal ou das ações civis, sempre com independência funcional diante de uma valoração política. A equiparação do Ministério Público com os membros do Judiciário decorre da semelhança das atividades, que são complementares (uma ativa e outra passiva) e têm por finalidade última manter válidas e eficazes as normas constitucionais e legais.

Os princípios da unidade e indivisibilidade são abordados, em regra, somente sob o ponto de vista interno. Todavia são princípios institucionais que também servem de garantia institucional ao Ministério Público, na medida em que impedem que outra instituição pública possa receber as suas atribuições constitucionais.

Atribuir a outra instituição as mesmas atividades do Ministério Público é duplicar a instituição, violando o princípio da unidade e da indivisibilidade.

O legislador ordinário extrapolou seu poder de legislar por meio do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985, inserido pela Lei n. 11.448/2007. Essa alteração violou o art. 127, § 1º, da Constituição da República, pois concedeu à Defensoria Pública o poder de exercer atividade típica e exclusiva do Ministério Público.

A legitimidade para propor ação civil pública jamais poderia ser da Defensoria Pública, que exerce atividade de assistência judiciária dos necessitados. A Defensoria Pública é atividade de advocacia gratuita aos que não têm condições de contratar os serviços de um advogado. O defensor público não tem legitimidade e interesse processual, pois não pode litigar em nome próprio, apenas em nome de seu mandatário.

Ao conceder à Defensoria Pública a legitimidade para, em nome próprio e independente de mandato, propor ações civis públicas em defesa de interesses difusos e coletivos, o legislador ordinário criou a defensoria da ordem jurídica, da ordem pública, dando-lhe poderes para defender interesses sociais de forma autônoma, independente e imparcial, ou seja, permitiu que a Defensoria Pública exerça a mesma atividade típica do Ministério Público, dividindo esta instituição.

Além de ser inconstitucional, essa alteração da Lei n. 7.347/1985 legitimará a Defensoria Pública a ingressar em qualquer ação civil na qual vislumbre que esteja havendo litígio envolvendo interesses coletivos, na forma do art. 82, III, do CPC. Também a legitimará a sentar ao lado direito dos juízes, uma vez que exercerá defesa da ordem jurídica, não mais comprometida com os interesses da parte que a constituiu.

Referências

ABADE, Denise Neves. O membro do Ministério Público como agente político. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília (DF), ano 2, n. 7, abr./jun. 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Marcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público na Constituição Brasileira: sua natureza, princípios e estrutura. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília (DF), ano 2, n. 7, abr./jun. 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TEIXEIRA, Francisco Dias. O Ministério Público e o poder. *Boletim Científico do Ministério Público da União*, Brasília (DF), ano 2, n. 7, abr./jun. 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

Intervenção assistencial nas ações coletivas

Ronaldo Lima dos Santos*

Sumário: 1 Intervenção assistencial no direito processual. 2 Intervenção assistencial nas ações coletivas. 3 Assistência na ação civil pública. 3.1 Dos colegitimados e outros. 3.2 Dos interessados individuais. 4 Assistência nas ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos. 4.1 Dos colegitimados e outros. 4.2 Dos interessados individuais. 4.3 Impossibilidade de litisconsórcio originário (*ab initio*) com interessados individuais. 4.4 Limitação do objeto da intervenção individual. 4.5 Natureza *sui generis* da intervenção assistencial individual. 5 Assistência nas ações de cumprimento.

1 Intervenção assistencial no direito processual

A intervenção assistencial figura no direito processual desde o período romano da *extra ordinem cognitio*. Sua finalidade era impedir que, por negligência, dolo ou conluio entre as partes, a sentença ferisse interesse de terceiros¹. No processo civil brasileiro, o Regulamento 737, de 1850, bem como os Decretos n. 848, de 11 de outubro de 1890, e 3.084, de 5 de novembro de 1898, e a Consolidação de Ribas, já consagravam o instituto. O Código de Processo Civil de 1939 o previu em seu art. 93, inserindo-o no Livro I do Capítulo II do Título VIII, denominado: “Dos Litisconsortes”².

* Ronaldo Lima dos Santos é Procurador do Trabalho, mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP) e professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).

¹ RAGAZZI, 2005, p. 271.

² OLIVEIRA, 2006, p. 61-63.

O atual Código de Processo Civil prevê o instituto da assistência no Capítulo V do Título II do Livro I, intitulado “Do Litisconsórcio e da Assistência”, regulamentando-a, em seus arts. 50 a 55³, e definindo-a como a faculdade de terceiro, que tenha interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes, de intervir em demanda pendente entre duas ou mais pessoas.

Trata-se de hipótese de intervenção de terceiros – daquele que não é parte na relação jurídico-processual –, cujo objetivo é coadjuvar uma das partes na obtenção de um provimento jurisdicional favorável, em razão de o terceiro vir a sofrer reflexos na sua esfera jurídica, embora não fazendo parte da lide.

Conquanto a sentença, por via de regra, produza efeitos somente entre as partes do processo, não beneficiando ou prejudicando terceiros (art. 472 do CPC), há situações em que o resultado da demanda para uma das partes tem consequências ou efeitos reflexos sobre outras relações jurídicas existente entre a(s) parte(s) e terceiros, de forma que o terceiro passa a ter um interesse em que a solução da demanda seja no sentido que favoreça, e não cause prejuízos, à sua posição jurídica⁴. Diante dessa hipótese, o legislador possibilitou a intervenção na lide do terceiro interessado na condição de assistente, sendo *conditio sine qua non* para a intervenção a existência de verdadeiro interesse jurídico, e não meramente patrimonial.

A doutrina, de modo geral, classifica a assistência em simples ou adesiva (*ad adiuvandum tantum*) e litisconsorcial (*interventio ad infringendum iura unius competitoris*).

³ Embora a assistência constitua uma hipótese de intervenção de terceiros, o atual Código de Processo Civil, não obstante tenha-se distanciado do Código anterior desequiparando-a do litisconsórcio, manteve a tradição de discipliná-la fora das figuras de intervenção de terceiros, regulamentadas no Capítulo VI do mesmo Título.

⁴ THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 160.

Na assistência simples, o interveniente participa de alguma relação jurídica com a parte assistida, e na litisconsorcial o terceiro interveniente possui relação jurídica com a parte *ex adversa* do assistido⁵. No primeiro caso, o terceiro intervém simplesmente com o objetivo de auxiliar uma das partes na obtenção de uma sentença favorável a esta (art. 50 do CPC), sem tutela de direito próprio. Na segunda hipótese, o terceiro exerce a defesa de direito próprio contra uma das partes, uma vez que mantém relação jurídica própria com o adversário da parte assistida, de modo que poderia figurar na lide desde o início como litisconsorte facultativo (art. 54 do CPC)⁶.

Ao contrário do que ocorre em face da relação jurídica pre-estabelecida entre o assistente com o assistido na assistência adesiva, na assistência litisconsorcial a relação jurídica do assistente com o adversário do assistido sofrerá os efeitos a coisa julgada da decisão do processo no qual houve a respectiva intervenção⁷.

Na assistência simples, o assistente não se torna parte do processo. Quanto à condição de parte do assistente litisconsorcial, há uma relativa controvérsia doutrinária. Aliás, como acentua Ovídio A. Baptista da Silva, há certa obscuridade na doutrina a respeito de pontos essenciais da figura do interveniente adesivo litisconsorcial, uma vez que nem a lei nem a doutrina são seguras quanto ao alcance dos efeitos da coisa julgada em relação ao assistente. Para o autor, em sendo essa influência da coisa julgada somente referente à eficácia do julgado, o assistente litisconsorcial não figuraria como parte no processo, permanecendo como terceiro auxiliar da parte; já na hipótese de ele sofrer influência equivalente ao efeito da própria coisa julgada, sua situação se confundiria com a de um litisconsorte, sendo a sua condição equivalente à da parte⁸.

⁵ SILVA, 2000, p. 281.

⁶ Ibidem, p. 161.

⁷ OLIVEIRA, 2006, p. 66.

⁸ SILVA, 2000, p. 281-282.

A decisão sobre a condição ou não de parte do assistente litisconsorcial sofre grande influência da presença do instituto do litisconsórcio ulterior – predominantemente admitido em nossa doutrina –, embora haja certa controvérsia nesse sentido⁹. A doutrina encontra-se dividida quanto à condição de parte do assistente litisconsorcial, pois, para uma parcela predominante, somente o litisconsorte superveniente atua como parte, com poderes inclusive de aditar a inicial ou defender-se, ao passo que o assistente litisconsorcial permanece na condição de terceiro, não formulando pedidos ou tendo contra si pedidos formulados, embora se sujeite aos efeitos da coisa julgada. A própria disposição, no Código de Processo Civil, do instituto da assistência ao lado do litisconsórcio demonstraria a diretriz do direito brasileiro nesse sentido, com filiação ao entendimento derivado do direito alemão (§ 69 da ZPO). Porém, para outra parte da doutrina, o assistente litisconsorcial, por ser necessariamente atingido pela coisa julgada, atua como parte na relação jurídico-processual¹⁰.

⁹ Vicente Greco Filho, por exemplo, não admite a existência da intervenção litisconsorcial ou principal (vide a próxima nota) em nosso ordenamento, diferenciando-a das duas formas de assistência (adesiva e litisconsorcial). Segundo o autor, na intervenção litisconsorcial, o interveniente exerce verdadeira ação, paralela a uma das partes e contra a outra, com ampliação da lide, hipótese em que a sentença abrangeria o objeto da nova ação proposta. No entanto, “É comum a confusão das duas figuras, a assistência litisconsorcial, especialmente em virtude da doutrina estrangeira, às vezes trazidas como argumento sem a devida adaptação. Não é admissível a intervenção litisconsorcial porque viola o princípio do juiz natural, porque permite ao interveniente a escolha do juiz” (GRECO FILHO, 2000, p. 129).

¹⁰ SILVA, 2000, p. 285. Consideram o assistente litisconsorcial terceiro, não parte no processo, Lopes da Costa, Arruda Alvim, Celso Agrícola Barbi, Athos Gusmão Carneiro, Sérgio Ferraz, Cândido Rangel Dinamarco. Entre os adeptos da sua condição de parte figuram Ovídio Baptista da Silva, Luiz Antônio de Andrade, Modestino Martins Neto, Humberto Theodoro Júnior, J. J. Calmon de Passos (SILVA, 2000, p. 285). Francesco Carnelutti, com base no direito processual italiano, nega a existência da figura da assistência litisconsorcial. Segundo o autor, não faz sentido a diferenciação entre assistência simples e litisconsorcial com base nos poderes atribuídos a cada uma. Ele faz distinção entre a intervenção adesiva (*ad adiuvandum*) e a intervenção principal (*ad infringendum iura utriusque competitoris*), cujo traço diferenciador é a existência ou não de litígio próprio do interventor; na primeira hipótese, o interventor ingressa como parte material, dando ensejo ao litisconsórcio ou à intervenção litisconsorcial; na segunda, o interventor participa do processo como parte formal, não sendo um novo sujeito do litígio, mas um novo sujeito da ação (CARNELUTTI, 2004, p. 835-836).

Como elucida José Sebastião de Oliveira,

De um modo geral, o assistente não tem sido considerado como parte no processo. A nossa lei processual civil, no art. 54, ao nominar a parte assistida de parte principal deu a entender que o assistente simples ou litisconsorcial é parte não principal do feito. Donde se deduzir que assistente não é parte, na acepção jurídica do termo da palavra, como se viu o conceito no sentido material ou formal anteriormente¹¹.

A assistência possui cabimento em qualquer tipo de procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontra (parágrafo único do art. 54 do CPC), atuando como auxiliar da parte principal, com exercício dos mesmos poderes e sujeição aos mesmos ônus processuais (art. 52 do CPC).

O assistente adesivo figurará numa posição processual subordinada à parte a que assiste. Dessa sua posição subalterna resulta que não pode desistir da ação, reconhecer o pedido, confessar, praticar qualquer ato contrário à vontade do assistido, obstar que a parte principal reconheça o pedido, desista da ação ou transija, recorrer autonomamente¹². Essas limitações não alcançam o assistente litisconsorcial, tendo em vista que este assume a qualidade de parte (acrescentamos – ou equivalência à posição de litisconsorte, nos termos do art. 54 do CPC) –, sendo-lhe facultado prosseguir na defesa do seu direito, mesmo que a parte originária tenha desistido da ação, reconhecido a procedência do pedido ou transacionado com o outro litigante, bem como interpor recurso autonomamente¹³.

¹¹ OLIVEIRA, 2006, p. 78.

¹² SILVA, 2000, p. 277-278.

¹³ THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 163. Conquanto haja divergência doutrinária a respeito da condição de parte do assistente litisconsorcial, observa-se uma certa convergência de entendimento quanto aos seus poderes entre os juristas, sendo, no mínimo, equiparado ao litisconsorte no que se refere aos seus poderes e faculdades.

Diversamente da situação do assistente litisconsorcial, o assistente simples não será abrangido pelos efeitos da *res iudicata*, sendo-lhe vedado, porém, discutir a justiça da decisão, salvo se, em razão do estado em que recebera o processo ou dos atos e declarações do assistido, fora impedido de produzir provas capazes de influir na sentença, ou na hipótese de desconhecimento da existência de alegações ou provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (art. 55 do CPC).

2 Intervenção assistencial nas ações coletivas

Consoante a norma do parágrafo único do art. 50 do Código Processo Civil, a assistência tem lugar em qualquer tipo de procedimento e em todos os graus de jurisdição. Embora se trate de uma norma de direito processual individual, ela possui aplicação em sede de tutela de interesses transindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – por meio das ações coletivas *lato sensu*, tendo em vista que tanto o art. 19 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) quanto o art. 90 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) determinam a aplicação das normas do Código de Processo Civil à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, naquilo que não contrariar as disposições do microsistema processual coletivo, cujo núcleo é formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, não obstante o § 2º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 tenha disposto somente sobre a possibilidade de litisconsórcio a quaisquer das partes, silenciando-se a respeito do instituto da assistência, esta é perfeitamente aplicável em sede de ação civil pública e também nas demais ações coletivas, por força da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, como acima exposto.

Por outro lado, a admissão expressa do litisconsórcio entre colegitimados na ação civil pública (Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 1º) implica a admissão da assistência, uma vez que um dos modos de formação do litisconsórcio consiste exatamente na figura da intervenção assistencial litisconsorcial. O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, prevê a possibilidade de intervenção litisconsorcial do lesado individualmente (Lei n. 8.078/1990, art. 103, § 2º).

Nesse diapasão, vale ressaltar que a assistência em ações para a defesa de interesses transindividuais já não era novidade em nosso ordenamento, pois a Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) já previa o cabimento da assistência nas ações populares (art. 6º), abrindo um horizonte para a aceitação da assistência nas demais ações para tutela de interesses transindividuais.

Desse modo, da conjugação dos dispositivos do microsistema das ações coletivas (Leis n. 7.347/1985 e 8.078/1990), com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, constata-se ser perfeitamente cabível a assistência nas ações coletivas *lato sensu*. Ante a inexistência de incompatibilidade, são aplicáveis subsidiariamente os arts. 50 a 55 do Código de Processo Civil, consoante a permissão do art. 19 da Lei n. 7.347/1985 e art. 90 da Lei n. 8.078/1990, com a observância das peculiaridades inerentes aos princípios, institutos e finalidades das ações coletivas e suas consequentes adaptações.

3 Assistência na ação civil pública

3.1 Dos colegitimados e outros

A legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública é extraída da integração das Leis n. 7.347/1985 e 8.078/1990. São legitimados ativos para o acionamento da ação civil pública: a) Ministério Público; b) União, estados, municípios e Distrito

Federal; c) autarquias, empresa pública, fundação e sociedade de economia mista ou entidades da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica; d) associação civil que esteja constituída há pelo menos um ano e que inclua entre as suas finalidades institucionais a defesa do direito metaindividual levantado (Lei n. 7.347/1985, art. 5º, e Lei n. 8.078/1990, art. 82).

A legitimação para as ações civis públicas é concorrente e disjuntiva: concorrente porque a legitimação processual é concedida, por lei, a diversas entidades, de modo que uma mesma pretensão material pode ser deduzida em juízo por entes igualmente legitimados; disjuntiva porque cada um dos entes legitimados pode atuar isoladamente em juízo, independentemente da anuência, da autorização ou da participação dos demais¹⁴.

Assim, tratando-se de legitimidade concorrente e disjuntiva, e uma vez observada a *adequacy representation* (pertinência temática e pré-constituição), os entes legitimados para a propositura de ação civil pública, diante da lesão de determinado interesse transindividual, poderão implementar conjunta (litisconsórcio) ou separadamente a tutela coletiva.

A atuação em conjunto, sob a forma de litisconsórcio, dá-se sempre de modo voluntário, caracterizando o denominado litisconsórcio ativo facultativo e unitário, sendo previsto no § 2º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985. A formação do litisconsórcio facultativo pode ocorrer *ab initio*, desde a propositura da demanda, com a união de dois ou mais colegitimados, ou posteriormente, formando-se no curso do processo, na hipótese em que colegitimado ingressa em ação inicialmente proposta por outro legitimado. Também poderá haver litisconsórcio entre Ministérios Públicos (Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 5º).

¹⁴ SANTOS, 2003, p. 372.

Hugo Nigro Mazzilli, com base na diferenciação de Cândido Rangel Dinamarco, distingue a hipótese de litisconsórcio ulterior, quando o interveniente, colegitimado, possui poderes para, inclusive, modificar o objeto da demanda, ampliando-a subjetiva ou objetivamente, da simples assistência litisconsorcial, na qual o interveniente não altera o objeto da demanda proposta¹⁵. Rodolfo de Camargo Mancuso observa, nesse sentido, a possibilidade de formação de litisconsórcio ulterior, na hipótese em que um colegitimado intervém em ação em curso, formulando pedido próprio que guarda afinidade com a pretensão original, tratando-se de verdadeira intervenção litisconsorcial voluntária¹⁶.

Também é plenamente cabível a intervenção assistencial na ação civil pública, que poderá ser exercida em qualquer de suas formas, a simples (*ad adiuvandum tantum*) – art. 50 do CPC – e a litisconsorcial (*interventio ad infringendum iura unius competitoris*) – art. 54 do CPC.

Desse modo, por exemplo, diante da propositura de uma ação civil pública por um legitimado, será perfeitamente possível a assistência litisconsorcial dos demais colegitimados ao polo ativo da ação civil pública, desde que o ente interveniente goze da mesma legitimidade e interesse de agir necessários para a propositura singular da demanda. *In casu*, se possui poderes para atuar como parte na propositura de ação civil pública, com muito mais razão, pode atuar na condição de assistente, uma vez que existente o interesse jurídico.

Poderá, por exemplo, uma entidade sindical profissional intervir, na condição de assistente litisconsorcial, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, para a regularização das condições de saúde, higiene ou segurança do trabalho, em face de determinada empresa, componente do seu âmbito de representação.

¹⁵ MAZZILLI, 1995, p. 255-260.

¹⁶ MANCUSO, 1999, p. 179.

Embora em sede de ação civil pública a assistência litisconsorcial (*interventio ad infringendum iura unius competitoris*) pelos demais legitimados seja a forma mais comum de intervenção assistencial, há que não descarte a possibilidade de ocorrência de intervenção assistencial simples ou adesiva (*ad adiuvandum tantum*). Rodolfo de Camargo Mancuso, por exemplo, após discorrer sobre a assistência simples, elucida, à guisa de exemplificação, que “[...] nada impede e é perfeitamente compreensível que uma entidade ambientalista (v.g., a SOS Mata Atlântica) requeira sua admissão como assistente, naquela modalidade, junto à ‘OIKOS’, que ajuizara a ação”¹⁷.

Quanto ao polo passivo da ação civil pública, será possível a assistência, desde que presente o necessário interesse jurídico, uma vez que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, poderá figurar como ré numa ação civil pública, responder pelos ônus dela decorrentes ou sofrer os reflexos da coisa julgada.

José Luiz Ragazzi cita como exemplo de assistência simples em ação de consumo a hipótese em que o Poder Público concedente ingressa como assistente numa ação civil pública promovida por um legitimado em face de um concessionário de serviço público, com vistas na discussão da legalidade do preço cobrado pelo serviço prestado previsto em contrato de concessão, pois,

em caso de procedência da ação impedindo o aumento dos preços cobrados pelo concessionário do consumidor final, o concessionário poderia se voltar contra o concedente, pleiteando indenização pelos prejuízos suportados na decisão da ação civil pública, o que por si só já autoriza o Poder concedente a ingressar na lide como assistente simples, já que de forma indireta poderá ser atingido pela decisão judicial¹⁸.

¹⁷ MANCUSO, 1999, p. 180.

¹⁸ RAGAZZI, 2005, p. 277.

3.2 Dos interessados individuais

A ação civil pública, diversamente de outras lides coletivas, como as ações para a defesa de interesses individuais homogêneos e a ação de cumprimento, não tem por objetivo principal a reparação de lesão a direitos individuais, com a conseqüente persecução do ressarcimento dos danos sofridos pelos indivíduos lesionados, mas a reparação dos danos aos interesses difusos e coletivos, indivisíveis e coletivamente considerados, o que retira o interesse processual do indivíduo para atuar como assistente do polo ativo da ação civil pública.

Na esfera de proteção dos direitos difusos e coletivos, o interesse é aferido na sua dimensão metaindividual, com objeto indivisível e titulares indeterminados, e o produto pecuniário de eventual condenação é revertido para um fundo de reparação do bem lesado (Lei n. 7.347/1985, art. 13)¹⁹; não sendo divisível em quotas-partes nem tampouco diretamente direcionado para os indivíduos.

Diante da natureza dos interesses tutelados, os lesados individuais não possuem legitimidade ativa para propositura de ação civil pública, pois não constam do rol de legitimados previsto pelos arts. 5º da Lei n. 7.347/1985 e 82 da Lei n. 8.078/1990, sendo, outrossim, incabível a intervenção a título individual no âmbito das ações coletivas para a tutela de interesses difusos e coletivos. A única hipótese processual de tutela de interesses difusos e coletivos pelo indivíduo consiste na Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965)²⁰.

¹⁹ RAGAZZI, 2005, p. 186.

²⁰ José Marcelo Menezes Vigliar (1999, p. 162) acredita como única hipótese de o próprio interessado figurar no polo ativo da demanda coletiva, como litisconsorte, nos casos específicos em que também pudesse propor ação popular, com igual objeto, considerando o autor a única hipótese de participação do interessado na demanda coletiva, uma vez que não estaria agindo em nome próprio, na defesa do seu direito. Esse entendimento é controvertido, uma vez que o cidadão não está incluído no rol dos legitimados para a ação civil pública. O próprio autor admite que, na hipótese de o litisconsorte-assistido desistir da demanda coletiva, o cidadão não poderia dar continuidade à demanda, por não se incluir no rol de legitimados, devendo propor a sua própria ação popular. Ricardo

Como assinala Rodolfo de Camargo Mancuso,

a legitimação prevista no art. 5º da Lei n. 7.347/1985 é ordinária, já que cada qual dos legitimados exercita direito próprio, assegurado numa norma legal, embora o objeto da ação por sua larga extensão abranja outros cidadãos e instituições. Situação de resto análoga à da ação popular. De todo modo, cremos que há um impedimento para se admitir o ingresso do cidadão como litisconsorte originário ou ulterior ou ainda assistente, no polo ativo em ação civil pública cujo objeto seja interesse difuso ou coletivo (CDC, art. 81, I e II): é que faltaria, a nosso ver, interesse processual, já que o objeto da ação não lhe pertence individualmente, nem poderá, em execução, ser “fracionada” para que lhe seja atribuída sua “quota-parte”, como se dá no pleito envolvendo interesses individuais homogêneos — CDC, art. 97²¹.

No mesmo sentido é o entendimento de Nelson Nery Júnior, para quem

particular não pode ingressar na ACP como assistente simples, pois sua esfera jurídica privada, individual, não será atingida pela sentença. Somente nas ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos (CDC, arts. 81, parágrafo único, III, 91 e ss.) é que pode haver o ingresso do particular, na qualidade de litisconsorte (CDC, art. 94), porque o direito discutido em juízo é dele também²².

Francisco Antônio de Oliveira manifesta-se pelo não cabimento da assistência individual e assinala que se tem “pela legitimação restrita em âmbito de ação civil pública que o cidadão não poderá integrar a lide no polo ativo, na qualidade de litisconsorte ou de assistente. Esse direito está restrito aos entes legalmente legitimados”²³.

Ricardo de Barros Leonel elucida que,

Barros Leonel também considera possível a atuação do indivíduo como litisconsorte ou assistente na hipótese em que a demanda coletiva possua objeto passível de ação popular (LEONEL, 2002, p. 244).

²¹ MANCUSO, 1999, p. 186.

²² NERY JÚNIOR; NERY, 1999, p. 1517.

²³ OLIVEIRA, 1999, p. 102.

Na demanda ajuizada em defesa de interesses difusos ou coletivos, não é possível a intervenção como litisconsorte ou assistente (simples ou qualificado) de pessoa jurídica ou física não legitimada a *spon*te própria propor a mesma demanda, por inexistência de interesse jurídico, e conseqüentemente processual, a viabilizar a participação. Não há razão que justifique a atuação, v.g., do indivíduo, para defender seus interesses simplesmente individuais, que não integram o objeto litigioso do processo²⁴.

Quanto ao polo passivo da ação civil pública, será possível a assistência individual, desde que presente o necessário interesse jurídico, uma vez que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, poderá figurar como ré numa ação civil pública, responder pelos ônus dela decorrentes ou sofrer os reflexos da coisa julgada.

4 Assistência nas ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos

4.1 Dos colegitimados e outros

A ação civil coletiva, prevista no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), tem como objetivo a reparação de lesão a interesses individuais homogêneos, por meio da obtenção de um provimento judicial de natureza condenatória. A preocupação é com o ressarcimento dos danos sofridos pelos indivíduos lesionados. Não se destina ao ressarcimento do dano globalmente considerado, como no caso da ação civil pública, cuja condenação em dinheiro é revertida a um fundo gerido na forma do art. 13 da Lei n. 7.345/1985.

Os interesses individuais homogêneos distinguem-se dos meramente individuais em virtude da origem comum, isto é, um fato jurídico que atinge diversos indivíduos concomitantemente

²⁴ LEONEL, 2002, p. 244.

e os coloca em situação assemelhada, propiciando o tratamento uniforme das várias relações jurídicas que se formam em torno da mesma situação. Em sua essência constituem interesses individuais; o que adquire feição coletiva é a forma processual pela qual podem ser tratados, dada a homogeneidade decorrente da origem comum. A sua uniformidade confere-lhes a possibilidade de um tratamento processual coletivo.

Interesses individuais homogêneos, portanto, são aqueles interesses individuais de pessoas determinadas, comumente disponíveis e de fruição singular, mas decorrentes de uma origem comum, que lhes concede homogeneidade e possibilita o seu tratamento conjunto e uniforme, sem que, por tal fato, percam a nota da sua individualidade.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) enfatizou a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos com a permissão de propositura de uma única ação, proposta por um autor ideológico (ente representativo), para a proteção desses interesses, com o objetivo de fortalecer seus titulares e de evitar sua defesa de forma pulverizada.

Possuem legitimidade ativa para a propositura da ação coletiva:

- a) o Ministério Público;
- b) a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal;
- c) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses previstos no CDC;
- d) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses transindividuais invocados (CDC, art. 82).

Como na ação civil pública, é perfeitamente cabível o litisconsórcio e a assistência em sede de ação coletiva para a de defesa de direitos individuais homogêneos, que poderá ser exercida em qualquer de suas formas, a simples (*ad adiuvandum tantum*) – art. 50

do CPC – e a litisconsorcial (*interventio ad infringendum iura unius competitoris*) – art. 54 do CPC. Aqui, como na ação civil pública, se os demais colegitimados possuem poderes para atuar como partes na propositura de ação coletiva, igualmente poderão atuar na condição de assistentes, desde que existente o interesse jurídico a justificar sua intervenção.

Pode, por exemplo, o sindicato intervir em ação coletiva proposta pelo Ministério Público do Trabalho com o objetivo de obrigar à satisfação do pagamento do adicional de insalubridade devido a uma coletividade de trabalhadores que laboraram num setor insalubre de determinada empresa num respectivo período. *In casu*, tanto o sindicato como o Ministério Público do Trabalho possuem legitimidade para a propositura da respectiva ação coletiva.

Quanto ao polo passivo da ação civil coletiva, será possível a assistência, desde que presente o necessário interesse jurídico, uma vez que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, poderá figurar como ré numa ação coletiva, responder pelos ônus dela decorrentes ou sofrer os reflexos da coisa julgada.

4.2 Dos interessados individuais

Diversamente do que ocorre nas ações civis públicas, em sede de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, a doutrina, de um modo geral, admite a intervenção litisconsorcial do lesado individual, uma vez que, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a esfera jurídica do indivíduo é suscetível de ser diretamente atingida pelo provimento jurisdicional que encerra a lide coletiva.

Como afirmado alhures, os interesses individuais homogêneos são essencialmente individuais, com titulares determinados e

divisíveis em quotas-partes, somente diferenciando-se destes últimos por sua origem comum, que lhes concede a mesma natureza e possibilita a sua tutela de forma coletiva. Assim, o indivíduo saberá exatamente a extensão do seu direito que será atingida pela decisão judicial, tendo interesse imediato na sua tutela.

Embora o provimento jurisdicional da ação coletiva tenha natureza genérica (Lei n. 8.078/1990, art. 95) – não se reportando diretamente (nominalmente) aos lesados individuais –, e a coisa julgada tenha eficácia *erga omnes* (Lei n. 8.078/1990, art. 103, III) somente no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (*secundum eventum litis*), são inegáveis os reflexos maléficos de eventual decretação de improcedência da ação coletiva sobre as futuras lides individuais, o que dificultaria a tutela individual dos direitos dos trabalhadores ante a existência de provimento jurisdicional desfavorável sobre a matéria debatida em juízo, ainda que este tenha-se pronunciado sob o aspecto coletivo da questão, o que faz surgir o interesse jurídico do lesado individual em assistir à parte autora.

O art. 94 da Lei n. 8.078/1990 dá azo a essa intervenção individual ao prescrever que “Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”, sendo corroborado pelo § 2º do art. 103 do mesmo diploma normativo, o qual prevê a sujeição à eficácia de eventual coisa julgada desfavorável daqueles indivíduos que tiverem intervindo na demanda coletiva.

O Código de Defesa do Consumidor, ao exigir a ampla publicidade da demanda coletiva aos interessados individuais, acompanhou, nesse aspecto, o sistema das *class actions* do direito norte-americano,

cuja *rule 23, c 2*, das *Federal Rules of Civil Procedure* dispõe: “the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort”²⁵.

No entanto, há aqui uma diferença essencial entre o sistema brasileiro e o das *class actions*. Neste último, a notificação dos indivíduos tem como objetivo conceder-lhes a opção de exclusão dos efeitos da coisa julgada (*opt out*), dispensando os demais da necessidade de expresse consentimento para integrar a demanda (o que corresponderia ao critério do *opt in*), de forma que “adotado o critério do *opt out*, os que deixam de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa, mas desde que tenha havido notícia pessoal do ajuizamento da ação”²⁶.

O direito brasileiro, por sua vez, consagrou a liberdade de o titular do direito individual aderir ou não ao processo coletivo²⁷. O titular do interesse individual não será abrangido pelos efeitos da coisa julgada desfavorável (sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*), salvo se intervir na lide como litisconsorte, não havendo necessidade de pedido de exclusão, como no direito norte-americano, em que a coisa julgada, favorável ou não, alcança os lesados individuais (*opt in*).

Pelo regime da coisa julgada do Código de Defesa do Consumidor, os interessados que tiverem intervindo na demanda coletiva como litisconsortes (assistência litisconsorcial) serão abrangidos pelos efeitos da coisa julgada na hipótese de improcedência da demanda coletiva, ao contrário dos demais interessados individuais (não interventores), que poderão propor suas demandas a título indi-

²⁵ MANCUSO, 1999, p. 184.

²⁶ GRINOVER et al., 2004, p. 792.

²⁷ ZAVASCKI, 2006, p. 172.

vidual (CDC, art. 103, § 2º). Trata-se de uma das exceções ao princípio da intangibilidade da vida individual em nome da coletiva.

Cite-se, por exemplo, ação coletiva proposta por uma associação de consumidores em face de indústria farmacêutica com vistas na reparação dos danos materiais e morais decorrentes de problemas de saúde, ocasionados aos consumidores pela inserção equivocada de determinado princípio ativo em um medicamento. Em sendo julgada improcedente a demanda, o consumidor individual que interveio no feito sofrerá os efeitos da coisa julgada, não podendo propor ação de reparação a título individual, ao passo que todos os demais consumidores poderão rediscutir a questão em ações individuais, inclusive como produção probatória específica, sem interferência da decisão desfavorável na lide coletiva.

À guisa de exemplificação nas relações de trabalho, cite-se o exemplo de uma ação coletiva proposta pelo sindicato profissional da categoria com o objetivo do pagamento de determinado abono salarial pelo empregador. Em caso de improcedência da demanda coletiva, o trabalhador que estiver intervindo estará na mesma situação do consumidor individual da ilustração anteriormente citada.

Como exemplifica Ada Pellegrini Grinover, há duas possibilidades para o interessado individual:

- a) o interessado não intervém no processo coletivo. Sendo a sentença procedente, será igualmente beneficiado pela coisa julgada, mas se a demanda for rejeitada, pelo mérito, ainda poderá ingressar com sua ação individual de responsabilidade civil; b) o interessado intervém no processo a título de litisconsorte: será normalmente colhido pela coisa julgada, favorável ou desfavorável, não podendo, neste último caso, renovar a ação a título individual²⁸.

²⁸ GRINOVER et al., 2004, p. 812-813.

Em relação ao polo passivo da ação coletiva, será possível a assistência individual, desde que presente o necessário interesse jurídico, uma vez que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, poderá figurar como ré nessa espécie de demanda, podendo, outrossim, sofrer os efeitos de eventual decisão desfavorável ao potencial assistido.

4.3 Impossibilidade de litisconsórcio originário (*ab initio*) com interessados individuais

Como vimos, no âmbito das ações coletivas para tutela de interesses individuais homogêneos, o legislador possibilitou a intervenção assistencial litisconsorcial dos interessados individuais, determinando que, após a propositura da demanda, haja publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes (CDC, art. 94), os quais, em se tratando de interessados individuais, sofrerão os efeitos de eventual decisão desfavorável (CDC, art. 103, § 2º).

Da conjugação dos arts. 82, 94 e 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor conclui-se, inexoravelmente, que o interessado individual não constitui parte legítima para a formação de litisconsórcio originário (*ab initio*), cujo pressuposto é a mesma legitimidade para a propositura da própria demanda coletiva. Desse modo, o interessado individual somente poderá intervir supervenientemente na lide na condição de assistente litisconsorcial, nos termos dos arts. 94 e 103 supracitados.

Uma vez que a legitimação dos interesses transindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – é aferida a partir dos fins institucionais ou do interesse dos entes legitimados, os diversos beneficiários não podem atuar como litisconsortes, tendo em vista que não são partes nos processos em que são autonomamente repre-

sentados, embora experimentarão da coisa julgada. Desse modo, só é cabível o litisconsórcio no processo coletivo entre as diversas entidades legitimadas²⁹. A menção do art. 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor à possibilidade de litisconsórcio trata-se, na realidade, de referência à mera assistência litisconsorcial³⁰.

4.4 Limitação do objeto da intervenção individual

Como visto, estando os interessados (lesados) individuais diretamente ligados aos aspectos fático-jurídicos do conflito, poderão ingressar como assistentes nas ações coletivas para tutela de interesses individuais homogêneos, com vistas em auxiliar o autor coletivo na obtenção de um provimento jurisdicional favorável, contribuindo para o sucesso da lide.

Não obstante a possibilidade de intervenção individual na ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos (CDC, art. 94), essa intervenção difere essencialmente do instituto das intervenções assistenciais do direito processual individual, em razão das limitações e adaptações dessa figura processual aos princípios, regras e objetivos das ações coletivas.

No âmbito coletivo, a intervenção individual não pode retirar o caráter molecular da demanda coletiva, de modo a atomizá-la, transformando-a num conjunto aglutinado de lides individuais e aproximando-a da figura do litisconsórcio multitudinário.

A assistência litisconsorcial individual, na hipótese, somente deve ser admitida à medida que seja benéfica para o conflito coletivo. Por meio dela não se admite a formulação de pretensões individuais nem a discussão de peculiaridades da situação individual, uma vez que as questões individuais podem/devem ser discutidas em ação individual

²⁹ ADAMOVICH, 2005, p. 281.

³⁰ MELO, 2004, p. 140.

ou quando da habilitação na execução. A formulação de pretensões individuais sob a figura da assistência litisconsorcial leva inexoravelmente à ausência de interesse de agir em face da lide coletiva, suscitando a exclusão do indivíduo da lide.

Conforme Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich,

O artigo 94, do CDC, outrossim, fala em publicação de editais após a propositura da ação para permitir a intervenção de litisconsortes, hipótese que só se pode reputar de habilitação para assistência litisconsorcial de algum ou alguns dos demais colegitimados coletivo ou dos diversos titulares individuais que, no caso, deveriam apenas vir ao processo como assistentes, qualificados que sejam, mas assistentes, sabendo-se que nada pediriam para si mesmos, senão o mesmo que genericamente já pedira o autor, para futuro desdobramento em liquidação de sentença³¹.

Desse modo, o ingresso dos interessados individuais como litisconsortes (assistentes litisconsorciais) nas lides coletivas para tutela de interesses individuais homogêneos deve ser aceito com cautela e somente quando reverter em benefício para a lide coletiva, não podendo a intervenção servir de instrumento para a tutela de direito individual do interveniente, de modo que retire o caráter molecular da demanda, transformando-a num conjunto de lides individuais, com prejuízo para a celeridade do processo e para o exercício do direito de defesa do réu³².

³¹ ADAMOVICH, 2005, p. 282-283. Embora o autor, num primeiro momento, reporte-se expressamente ao conteúdo genérico da intervenção, em momento posterior da sua obra (p. 283), admite que, na pendência de ação civil pública para tutela de direitos individuais disponíveis, é possível a renúncia ou transação pelo assistente individual, com o seu afastamento do litígio por perda de interesse ou exclusão da sua parte do valor da condenação. Porém, como afirmamos, não é possível a análise de pretensões individuais em sede de ação coletiva, de forma que não cabe ao assistente individual renunciar ou transacionar na lide coletiva, máxime tendo em vista a natureza genérica da decisão, que não admite exclusão ou acréscimo de direitos individuais.

³² Vale ressaltar que o modelo das *class actions* do direito norte-americano, previsto nas *Federal Rules of Civil Procedure*, exige, entre os requisitos de cabimento da ação coletiva, a predominância das questões comuns sobre as individuais em uma controvérsia coletiva e

Deparando-se o julgador com pedido de intervenção assistencial individual com pretensões particulares, deve proceder ao seu indeferimento, por falta de interesse de agir, uma vez que o interesse jurídico a justificar a intervenção deve concernir à lide coletiva e não aos aspectos peculiares da situação de cada cidadão.

4.5 Natureza *sui generis* da intervenção assistencial individual

Embora possa, em princípio, ser classificada como uma assistência litisconsorcial, a intervenção assistencial individual nas ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos adquire natureza *sui generis*, uma vez que o interessado individual que tiver intervindo no processo será atingido pela eficácia da coisa julgada, restando prejudicada a propositura de eventual ação individual para a obtenção da reparação devida (CDC, art. 103, § 2º).

Desse modo, embora não se admita que por meio de eventual intervenção individual na lide coletiva o interessado formule pretensões individuais, nem discuta peculiaridades da sua situação individual ou direito próprio, sob pena de retirar-se o caráter coletivo da demanda, ainda assim o indivíduo será alcançado por eventual sentença desfavorável, sujeitando-se aos efeitos da coisa julgada, com óbice à via da demanda individual para discussão de seu direito.

Ao assim se considerar, o interessado individual, como o assistente simples, não sustenta defesa em favor de direito próprio, mas,

a superioridade da tutela coletiva como meio de resolução da controvérsia (GIDI, 2007, p. 165-171). Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 796-797), após estudo da regra da superioridade na *class action*, considera que no direito brasileiro ela revela-se sob os aspectos do interesse de agir e da efetividade da tutela coletiva, de forma que eventual heterogeneidade das situações individuais, com complexidade das provas causais, nos casos concretos, torna ineficaz a sentença condenatória genérica, tornando-a excessivamente a comprovação individual dos danos na liquidação, e qualifica como inadequada a via coletiva.

como o assistente litisconsorcial, fica sujeito aos efeitos da coisa julgada, figurando numa assistência litisconsorcial *sui generis*, em contraponto à assistência litisconsorcial das lides individuais.

5 Assistência nas ações de cumprimento

A ação de cumprimento, prevista no art. 872 da Consolidação das Leis do Trabalho, consiste no meio processual adequado para dar-se cumprimento aos preceitos decorrentes de sentença normativa, convenções e acordos coletivos quando não satisfeitos pelo(s) empregador(es). Trata-se de um instrumento jurídico para a salvaguarda de direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, sendo mais um mecanismo de tutela coletiva de direitos³³.

Como uma típica ação coletiva, a ação de cumprimento enquadra-se no denominado direito processual coletivo, que vem delineando-se a partir dos preceitos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor, além de conferir contornos mais precisos ao objeto da ação civil pública, delineou uma série de conceitos cruciais para a celeridade e segurança desse universo de proteção coletiva, como a definição e a enunciação dos atributos essenciais e específicos de cada um dos interesses transindividuais (art. 81, I, II e III), a previsão da tutela processual de interesses individuais homogêneos (art. 91 e seguintes), a reformulação do alcance e efeitos da coisa julgada (art. 103, I, II e III) e da litispendência com ações individuais (art. 104) etc. Contém, assim, regras genéricas e princípios jurídicos aplicáveis a todo instrumento processual de proteção de direitos coletivos.

Desse modo, tratando-se de autêntica ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos dos trabalhadores, à ação de

³³ SANTOS, 2003, p. 335.

cumprimento aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, em face de determinação expressa do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, acrescentado pela Lei n. 8.078/1990; aplicação corroborada pelo art. 769 da CLT, que determina a aplicação do direito processual comum nos casos omissos e no que for compatível com as normas processuais do trabalho. Direito processual comum não significa Código de Processo Civil, mas qualquer diploma processual, cujos princípios e normas sejam compatíveis com a natureza do instituto processual que invoca a aplicação subsidiária.

Em razão da natureza de ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos de trabalhadores, previstos em acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas, aplicam-se, quanto ao instituto da assistência, à ação de cumprimento, as mesmas regras e observações alhures expostas para as ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor, máxime no que se refere à intervenção assistencial individual e às suas limitações. Quanto à intervenção dos colegitimados, no âmbito da ação de cumprimento, ressalvando-se a atuação do Ministério Público do Trabalho, dever-se-á observar igualmente, no contexto da pertinência temática, o direito de representação sindical, o que limita a assistência litisconsorcial entre colegitimados na ação de cumprimento, uma vez que o legislador constituinte consagrou o regime de unicidade sindical (Constituição Federal de 1988, art. 8º, II).

Nesse diapasão, a ação de cumprimento, assim como a ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, não admite a intervenção individual dos titulares dos interesses com a finalidade de discussão de sua situação específica e peculiar, tendo em vista que a sentença proferida será genérica, não apreciando situações particulares, cuja discussão fica relegada à fase de liquida-

ção de sentença. O ingresso na lide como litisconsorte limita-se a auxiliar a obtenção de sentença genérica favorável à classe.

Assim, em matéria de intervenção assistencial individual, era totalmente equivocado, e incongruente com o microsistema da jurisdição coletiva, o entendimento esposado no item IV da cancelada Súmula n. 310 do Tribunal Superior do Trabalho, pelo qual se admitia o ingresso do trabalhador individual na ação de cumprimento com a finalidade de acordar, transigir ou renunciar, uma vez que as questões particulares (individuais) não são suscetíveis de discussão no seio de uma demanda coletiva.

Referências

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. v. 2.

GIDI, Antonio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, José Sebastião. O instituto da assistência nos seus aspectos históricos e dogmáticos no direito processual civil nacional e estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 142, p. 59-87, dez. 2006.

RAGAZZI, José Luiz. Da assistência simples na ação civil pública em defesa de direitos difusos de consumo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 270-278.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Responsabilidade da União pela atuação do Ministério Público no âmbito criminal

Ludmila Tito Fudoli*

Sumário: 1 Introdução. 2 Da ilegitimidade passiva da União. Do estrito cumprimento do dever legal. Da dupla função do Ministério Público: parte e fiscal da lei. Do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Persecução penal x perseguição. 3 Teoria abstrata do direito de ação. Do pleno atendimento das condições da ação. 4 Conclusão.

1 Introdução

O exercício das atribuições do cargo de Advogado da União, na área contenciosa, envolve a elaboração de contestações em ações nas quais os autores, invocando o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, pleiteiam o recebimento de indenização por danos morais em razão de atos ou omissões perpetradas por agentes públicos, dentre os quais se encontram os membros do Ministério Público da União.

Nos autos da ação indenizatória registrada sob o n. 2006.34.00.027.702-4, que tramitou perante a 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, uma médica requereu a condenação da União ao pagamento de indenização por supostos danos morais por ela suportados no valor de R\$ 500.000,00.

* Ludmila Tito Fudoli é Advogada da União, bacharel em Direito pela UFMG e mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas.

Alegou a autora que foi denunciada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios como incurso no artigo 121, §§ 3º e 4º, c/c o artigo 13 do Código Penal. Afirmou que a referida instituição, “com o desiderato único e exclusivo de perseguir e causar danos”, insistiu na continuidade do feito e apresentou alegações finais, tendo requerido a desclassificação para o crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal.

Aduziu que, ao final do processo criminal, a magistrada singular a absolveu nos termos do inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, sentença da qual o Ministério Público recorreu, não tendo a referida apelação sido conhecida em virtude da configuração da prescrição da pretensão punitiva. E concluiu afirmando que o processo causou “estragos” em sua vida pessoal e profissional e que em razão disso perdeu sua “clientela”, passando por graves crises de depressão.

2 Da ilegitimidade passiva da União. Do estrito cumprimento do dever legal. Da dupla função do Ministério Público: parte e fiscal da lei. Do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Persecução penal x perseguição

Em casos como o ora narrado, imprescindível suscitar a ilegitimidade da União para figurar no polo passivo, tendo em vista a falta de configuração de ato ilícito por agentes estatais que ensejasse a pretendida responsabilização do Estado.

Os atos de oferecimento de denúncia, juntada de documentos, comparecimento a interrogatórios e audiência para oitiva de testemunhas, apresentação de alegações finais e interposição de recurso, praticados pelos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, são manifestações legítimas do exercício das funções

daquele órgão, no âmbito penal, descritas na Constituição Federal e na Lei Complementar n. 75/1993.

Não se vislumbra em nenhum deles viés algum de ilicitude, negligência, imprudência ou imperícia, que, frise-se, poderia configurar ato hábil a ensejar a responsabilização civil do Estado.

No caso concreto, o Ministério Público não perseguiu a autora (no sentido pejorativo do termo), mas simplesmente promoveu a persecução criminal, função que lhe é atribuída até mesmo em sede constitucional.

No exato sentido da ilegitimidade do Estado para figurar em casos nos quais não há comportamento ilícito por parte de seus agentes, cumpre destacar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em caso análogo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO COMPORTAMENTO ILÍCITO ESTATAL – REINTEGRAÇÃO AOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR – ABSOLVIÇÃO CRIMINAL – IRRELEVÂNCIA. – *Ausente prova do comportamento ilícito do Estado, requisito indispensável para caracterizar a sua responsabilidade, inexistente a obrigação de indenizar, mesmo que tenha ocorrido absolvição criminal da parte [...].*

Do voto do relator, cumpre destacar o seguinte:

*A responsabilidade objetiva, inserida no artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988, possibilita a reparação, bastando a vítima demonstrar o nexo de causalidade entre a atividade ou omissão do Estado e o dano suportado pelo administrado. Entretanto, essa regra não quer significar que a Administração seja sempre obrigada a reparar todo e qualquer dano sofrido pelo particular, pois lhe é permitido provar uma das excludentes de responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima), ou, então, que inexistente o nexo de causalidade. A propósito, esclarecedora ementa do colendo Supremo Tribunal Federal: os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem: a) a alteridade do dano; b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente*

público; c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636); e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. (RTJ 55/50 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417). (RE n. 109.615-2-RJ – 1ª Turma, relator ministro Celso de Mello, DJU, 2.8.1966). *Especificamente, na responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, devem ficar comprovados, pelo interessado, a ofensa normativa, o erro de conduta, ou a omissão (comportamento ilícito estatal), o efeito danoso daí advindo (dano), e a relação de causa-efeito entre estes. [...] Entrementes, como asseverou o nobre Juiz singular, não há prova do comportamento ilícito do Estado, requisito esse indispensável para caracterizar a sua responsabilidade. De fato, a propositura e o próprio trâmite da ação penal, pelo que consta, deu-se nos limites legais, sendo as medidas judiciais (interrogatórios, prisões, júris) direcionadas à elucidação dos fatos e ao justo desfecho da questão, inexistindo, a meu sentir, a obrigação do Estado de reparar (TJMG, Apelação Cível n. 1.0035.01.002.738-7/001, relator desembargador Silas Vieira, DJ de 1º nov. 2006).*

Além disso, é necessário frisar que o fato de a autora ter figurado no polo passivo de uma ação penal não causa, por si só, qualquer dano a ela, mormente em se tratando de processo no curso do qual foram fielmente atendidos os princípios da ampla defesa, do contraditório e da dignidade humana.

De se notar ainda que vigora entre nós o princípio da presunção de inocência, que condiciona a caracterização de culpa ao trânsito em julgado de decisão condenatória, tendo sido este, como sempre, respeitado pelo Ministério Público.

Não há como se imputar ao Estado a responsabilidade pelo fato de particulares (no caso, pacientes e colegas da autora) terem eventualmente se comportado ao arrepio de tal diretriz constitucional, afastando-se dela ou com ela evitando contato pessoal ou profissional, *fatos estes que, registre-se, não restaram comprovados nos autos.*

No mérito, revelou-se imperioso discutir a questão de os membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

terem agido no estrito cumprimento do dever legal, atendendo-se aos princípios da independência funcional e da obrigatoriedade da ação penal.

O Ministério Público foi definido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 127, como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Nos termos do artigo 24 da Lei Complementar n. 75/1993, o Ministério Público da União foi dividido em quatro grandes braços, sendo um deles justamente o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, cuja organização cabe à União, nos termos do artigo 21, XIII, da Constituição Federal.

No âmbito penal, detém o Ministério Público a atribuição privativa para a promoção da ação penal pública, nos precisos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal, e do artigo 6º, V, da Lei Complementar n. 75/1993, devendo, para tanto, atender ao princípio da obrigatoriedade, segundo o qual,

[...] o Ministério Público deve propor ação penal pública, sempre que estiver com um fato típico, ilícito e culpável nas mãos, devidamente comprovado ou com elementos que autorizem a iniciar a persecução penal. Pois a obrigatoriedade da ação penal é uma exigência lógica do aforismo de que os delitos não podem ficar impunes (*nec delicta maneat impunita*). Ora, como punir (*jus puniendí*) se não houver provocação jurisdicional? Como sustentar o monopólio da administração da justiça se não for criado um órgão estatal incumbido de exercer a persecução penal?¹

Ainda sobre o referido princípio, é

¹ RANGEL, 2005, p. 211.

De suma relevância salientar que a *deflagração da ação penal pública pelo Parquet não admite valoração com base em critérios administrativos, vinculada que está ao princípio da obrigatoriedade. Destarte, vislumbrando o agente ministerial justa causa (indícios de autoria, prova lícita da materialidade e demonstração da ilicitude e da culpabilidade da conduta), não poderá abrir mão da propositura da ação penal, no que é fiscalizado pelo magistrado de forma anômala e intermediária, na forma do já referido artigo 28 do Código de Processo Penal*² [g.n.].

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira,

estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade de iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal³.

No caso concreto, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios limitou-se a atender ao referido princípio da obrigatoriedade.

Após o exame do Processo Administrativo n. 027.000.103/2001 (em trâmite perante a Diretoria Regional de Saúde de Taguatinga), dos depoimentos tomados pela Comissão Regional de Sindicância e de prontuários médicos colacionados ao feito, o Ministério Público, verificando a existência de indícios de autoria e certeza da materialidade delitiva, ofereceu denúncia, imputando à autora da ação de indenização a prática da conduta delitiva descrita no artigo 121, §§ 3º e 4º, c/c o artigo 13 do Código Penal.

No caso dos autos, em atitude tipicamente fiscalizadora da observância ao aludido princípio da obrigatoriedade, o Poder Judiciário chancelou tal juízo de valor e recebeu a denúncia nos seguintes termos: “R. A. Recebo a denúncia porque caracterizados seus requisitos legais. Designem data para o interrogatório.

² NUNES, 2001, p. 22-23.

³ OLIVEIRA, 2005, p. 99.

Citem-se. Intime-se o MP. Taguatinga/DF, 2.8.2002. Dr^a Leila Cury – Juíza de Direito”.

De se registrar que a autora não se insurgiu contra tal ato por qualquer via legal, seja habeas corpus, mandado de segurança ou reclamação.

Não se vislumbra qualquer viés de perseguição (no sentido pejorativo, frise-se) contra a autora, notando-se que o Ministério Público tão-somente exerceu seu papel na persecução criminal, que é o de valorar os elementos de prova existentes para formação de seu convencimento jurídico.

Concluída a instrução judicial sob os auspícios do contraditório e da ampla defesa, e instado a apresentar suas alegações finais, o Ministério Público alterou seu convencimento jurídico fixado por ocasião da denúncia e houve por bem requerer a desclassificação do fato de homicídio culposo para omissão de socorro.

Tal alteração no convencimento jurídico é não só plenamente cabível como também decorre da dupla função desempenhada pelo Ministério Público no processo penal, qual seja a de autor e a de fiscal da lei. Como *custos legis*, cabe ao Ministério Público postular a medida apropriada ao caso concreto, exatamente o que ocorreu na hipótese dos autos.

Tal convencimento deve ser respeitado por força de mandamentos e princípios constitucionais e infraconstitucionais e, ainda, em atenção ao princípio da independência funcional, assim definido:

O princípio da independência funcional significa que os membros do Ministério Público no exercício de suas funções atuam de modo independente, sem vínculo de subordinação hierárquica, inclusive em relação com a chefia da instituição, guiando sua conduta somente pela lei e suas convicções⁴.

⁴ PAES, 2003, p. 184.

Dessa forma, a conduta do Ministério Público foi pautada pelo estrito cumprimento do dever legal, culminando com a instauração de processo penal contra a autora, ficando afastada, de forma inequívoca, a responsabilidade civil da União.

O fato de a autora ter sido posteriormente absolvida não torna injusta a imputação a ela feita nem tampouco cria responsabilidade estatal, já que o caso sequer chegou a receber uma solução de mérito, tendo o processo sido extinto por ocasião do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Ressalte-se que mesmo que houvesse sentença definitiva, de mérito, absolvendo a autora por insuficiência de provas, ainda assim não seria caso de reconhecimento de qualquer responsabilidade estatal, conforme já se decidiu diversas vezes:

PRISÃO PREVENTIVA – DECRETAÇÃO – INDENIZAÇÃO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. A prisão preventiva, quando fundamentada, não gera ao Estado obrigação de indenizar o acusado, em face a sua absolvição por insuficiência de provas, posto ser ato de persecução criminal que repousa em juízo provisório. Recurso provido (STJ, REsp n. 139.980, relator ministro Garcia Vieira, DJ de 16 fev. 1998).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA E ABSOLVIÇÃO, POR FALTA DE PROVAS, PELO TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO E DO CONSEQUENTE DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. A absolvição por insuficiência de provas (CPP, art. 386, VI) não configura o erro judiciário previsto no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição. Precedentes do TJSP. 2. Apelação provida. Remessa prejudicada (TRF da 1ª Região, Apelação Cível n. 1997.01.00.016024-7, relator juiz Leão Aparecido Alves, DJ de 27 jun. 2002).

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATOS DE PERSECUÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. Não há responsabilidade civil do Estado, em face de danos eventualmente causados por atos de persecução penal, quando o acusado vem a ser

absolvido por falta de prova e sua participação na infração penal, pois que, *tanto a decretação da prisão preventiva, quanto a admissibilidade da denúncia repousam em juízo provisório da prática delituosa, de todo legítimo* (TJPR, Apelação Cível n. 115.557-9, relator desembargador Ulysses Lopes, DJ de 29 abr. 2002) [g.n.].

RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTADO. PRISÃO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. BENEFÍCIO DA DÚVIDA. HIPÓTESE QUE NÃO TRADUZ INOCÊNCIA DO DESTINATÁRIO DA ORDEM OU ERRO JUDICIÁRIO. *A decisão penal absolutória, fulcrada no art. 386, VI, do CPP, não traduz, por si só, inocência do destinatário da prisão, ou erro judiciário na decretação do encarceramento, indispensáveis para atrair responsabilidade civil do Estado pelos danos correspondentes.* SENTENÇA MANTIDA (TJRS, Apelação Cível n. 70003087707, relatora desembargadora Mara Larsen Chechi, DJ de 17 dez. 2003).

INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil do Estado – Danos morais e materiais por prisão e processo crime injustificados – Inadmissibilidade – Absolvição por insuficiência de provas – Injustiça da persecução penal não comprovada – Inexistência de qualquer fundamento seguro da inocorrência do fato – Investigação e processo penal legalmente procedidos – Recursos não providos. O autor não produziu prova de que a sua prisão teria sido injusta ou arbitrária nem que não haverá justa causa para instauração da ação penal, tanto que sua absolvição não se deu por inexistência do ato a ele imputado ou negativa de sua autoria, mas sim por insuficiência de provas, descabendo pleitear verbas indenizatórias por ter sido preso e processado criminalmente (TJSP, Apelação Cível n. 6.919-5, relator desembargador Celso Bonilha, DJ de 5 nov. 1997).

Fixou-se que o erro judiciário (e, analogamente, eventual erro praticado pelo Ministério Público) pressupõe a prática de ato desconforme com a lei, mediante dolo de agente público, o que não se verificou na espécie.

Acrescente-se que a simples persecução penal, efetuada dentro dos ditames legais, nos quais se inclui a previsão legítima de ajuiza-

mento da ação, não enseja qualquer tipo de reparação, até porque configura exercício regular de direito, nos termos do artigo 188 do Código Civil, e estrito cumprimento do dever legal (poder-dever).

Entender o contrário seria abrir perigoso precedente no sentido de que toda pessoa processada criminalmente, cujo julgamento não implicou exame do mérito, devesse ser indenizada pelo Estado.

A concessão de indenizações da natureza pleiteada pela autora implicaria retirar do Ministério Público a possibilidade de exercício de suas funções em prejuízo do Estado Democrático de Direito e da defesa do interesse social de que é incumbido.

Vale frisar que o Ministério Público brasileiro, diferentemente do que se vê em outros sistemas jurídicos, não possui discricionariedade para, diante de suporte probatório mínimo, deflagrar ou não a ação penal, sendo, na verdade, obrigado a tanto, em atendimento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, segundo o qual “nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída da apreciação do Poder Judiciário”.

3 Teoria abstrata do direito de ação. Do pleno atendimento das condições da ação

Ao formular seu pedido indenizatório, insistiu a autora, em várias passagens da petição inicial, no fato de não ter o Poder Judiciário reconhecido sua responsabilidade criminal, quando, na verdade, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios se limitou a reconhecer a configuração da prescrição da pretensão punitiva, causa de extinção da punibilidade, nos precisos termos do artigo 107 do Código Penal, não tendo promovido incursão no mérito propriamente dito.

O atendimento ao pleito da autora, formulado nesses moldes, revelaria total desconhecimento acerca de qual foi a teoria sobre natureza jurídica do direito de ação adotada pelo sistema processual pátrio.

Ultrapassada a concepção civilista ou imanentista de Savigny sobre o direito de ação e plasmada no artigo 75 do Código Civil de 1916, e com a contribuição das ideias desenvolvidas e debatidas por célebres estudiosos tais como Bernard Windscheid, Theodor Müther, Adolph Wach, Giuseppe Chiovenda, Plòsz, Degenkolb, Von Bülow, entre tantos outros, chegou-se à teoria abstrata do direito de ação, adotada majoritariamente no Brasil, segundo a qual:

A ação é, pois, um direito subjetivo (posto que inerente a cada indivíduo), autônomo (pois não se confunde com o direito material, que irá se deduzir em juízo), abstrato (pois independe de o autor ter ou não razão ao final do processo), instrumental (serve de meio para se alcançar um fim que é a satisfação da pretensão insatisfeita ou resistida) e público (porque se dirige contra o Estado e em face do réu)⁵.

José Frederico Marques assim discorre sobre o direito de ação:

A ação penal é o direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo e como dela se serve o Estado para tornar efetivo seu ministério penal, a ação é também um momento de persecução criminal. A ação penal é o direito que tem o Estado-Administração, em face do Estado-Juiz, ao julgamento sobre o mérito de uma pretensão punitiva regularmente deduzida na acusação⁶.

Assim, segundo a teoria abstrata, o direito de ação pode ser exercido mesmo por aqueles que não possuem o direito material a ser discutido em juízo, donde se conclui que, mesmo no caso em que tenha havido o reconhecimento da improcedência do pedido, ali também

⁵ RANGEL, 2005, p. 209.

⁶ MARQUES, 1997, p. 287-291.

terá havido exercício do direito de ação, que existe por si só, independentemente da existência de direito material.

Nesse sentido, cumpre destacar lição de Paulo Rangel, para quem:

O interesse processual não pode ser confundido com o interesse material que ficou insatisfeito e, portanto, exige, do prejudicado o ingresso em juízo para exigir do Estado a prestação jurisdicional. Assim, uma coisa é o bem da vida, outra, bem diferente, é a busca no Judiciário da prestação jurisdicional que o Estado se obrigou a dar todas as vezes que uma pretensão ficasse insatisfeita ou fosse resistida.

Se confundirmos o interesse material com o interesse processual, estaremos adotando a teoria do direito concreto por nós repelida, pois ausente o interesse material, porque o autor não o tem, não haveria também interesse processual. Errado, o raciocínio deve ser repellido. O fato de o autor não ter o direito (material) alegado não significa que não possui o interesse (processual) de ir a juízo para reclamar o que entende lhe seja devido⁷.

Consoante ensina José Frederico Marques, o direito de ação, embora autônomo e abstrato, “se liga a uma situação jurídica concreta sobre a qual deve incidir a prestação jurisdicional invocada” e, por isso, “o *jus actionis* subordina-se a condições que se relacionam com a pretensão a ser julgada”⁸.

As referidas condições da ação – cujo estudo foi desenvolvido pelo italiano Enrico Tulio Liebman, que viveu no Brasil da década de 1940 – constituem um *plus* à teoria abstrata e são consideradas requisitos mínimos para o exercício regular do direito de ação.

No âmbito do direito processual civil, as condições da ação e a consequência de sua ausência (o fenômeno da carência de ação) são expressamente mencionadas no Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973), cuja elaboração foi fortemente influenciada

⁷ RANGEL, 2005, p. 263.

⁸ MARQUES, 1997, p. 292.

por Liebman, o mesmo não ocorrendo em relação ao Código de Processo Penal, já que, quando de sua elaboração e edição, em 1941, a chamada teoria eclética (que conjuga o aspecto abstrato do direito de ação e desenvolve a exigência das condições da ação) ainda não havia sido concebida.

A falta de previsão legal não afasta, contudo, a exigência feita pela doutrina processual penal e pela jurisprudência pátrias quanto ao cumprimento das condições da ação para seu exercício válido e regular.

No caso concreto, não restam dúvidas de que todas as condições da ação, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, *legimatio ad causam* e interesse de agir, foram atendidas quando da propositura da ação penal pelo Ministério Público. Senão vejamos.

A possibilidade jurídica do pedido é patente, já que a denúncia descreveu um fato notadamente típico, conforme exige o Código de Processo Penal.

Segundo Paulo Rangel, a possibilidade jurídica do pedido significa que “o fato narrado na petição inicial deve ser típico (descrito em norma penal incriminadora) e o pedido ministerial deve ser admissível no direito”⁹.

Sobre o tema, importante destacar a lição de Hélio Tornaghi, que esclarece que “não se trata de saber se, na hipótese, o autor tem realmente o direito, o que é matéria de direito a ser decidida na sentença, mas de saber se os fatos que enuncia em seu pedido são típicos, isto é, adequados à descrição legal de um direito”¹⁰.

Quanto à *legitimatio ad causam*, isto é, a pertinência subjetiva do direito de agir, consagrada expressão de Alfredo Buzaid, tem-se que o Ministério Público é a parte legítima para promover a ação penal

⁹ RANGEL, 2005, p. 264.

¹⁰ TORNAGHI, 1977, p. 314.

pública, já que, no crime de homicídio culposo, não há qualquer regra especial sobre ação penal acompanhando o tipo do artigo 121 do Código Penal.

A legitimidade passiva cabe ao infrator, titular do direito de liberdade, isto é, aquele que, à luz de indícios suficientes, aparentemente, é autor do fato criminoso, e deve ser aferida no momento da propositura da ação, sendo irrelevante que, ao final, o réu seja absolvido ou que o processo seja encerrado sem resolução do mérito (como é o caso dos autos).

Segundo lição de Paulo Rangel, “é a sociedade (representada pelo Ministério Público) que quer ver reintegrada a ordem pública violada com a prática do injusto penal pelo réu, que, por sua vez, tem legitimidade para resistir a esta pretensão, para não se ver privado da sua liberdade de locomoção”¹¹.

Por fim, quanto ao interesse de agir, temos que este se traduz na necessidade e na utilidade de obter a tutela jurisdicional do Estado mediante o julgamento da pretensão deduzida em juízo ou na necessidade de se ir a juízo para reclamar alguma providência jurisdicional que se entende devida.

Para que haja interesse de agir, é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo de que se diz titular, exatamente como ocorreu no caso em tela.

Tal interesse descansa na idoneidade do pedido, ou seja, a pretensão deve ser apresentada como digna de ser julgada: viabilidade da pretensão punitiva, e pressupõe, portanto, a existência de elementos de convicção sobre o fato e a autoria.

¹¹ RANGEL, 2005, p. 260-261.

Para os partidários da existência de uma quarta condição da ação denominada *justa causa*, tema desenvolvido por Afrânio Silva Jardim¹² (para quem a denúncia só pode ser oferecida quando há um suporte mínimo de provas, sem os quais faltam à acusação requisitos mínimos de admissibilidade¹³), tem-se que essa também foi atendida na hipótese dos autos, já que a denúncia ofertada pelo MPDFT baseou-se na documentação constante do processo administrativo supramencionado, que continha o chamado “lastro probatório mínimo” relacionado com indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua ilicitude e de culpabilidade do agente.

4 Conclusão

Com efeito, o oferecimento, pelo Ministério Público, de denúncia calcada em elementos indiciários é ato de persecução criminal inspirado em juízo provisório, a ser confirmado ou não após a instrução criminal, e não pode jamais implicar responsabilização estatal. Tais argumentos foram acatados pelo Juiz da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que houve por bem julgar improcedente o pedido indenizatório formulado pela autora no caso acima narrado, sendo os autos remetidos ao Tribunal Regional Federal para exame do recurso de apelação por ela interposto.

Referências

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. v. 1.

¹² JARDIM, 2007, p. 93.

¹³ A Lei n. 11.719/2008 introduziu no Código de Processo Penal (art. 395, III) a hipótese de rejeição da denúncia quando faltar *justa causa*.

NUNES, Ricardo Pieri. *Manual de princípios institucionais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PAES, José Eduardo Sabo. *O MP na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

O Ministério Público e a legitimidade para investigar

Maira Véris Dellai Ferreira*

Sumário: 1 Introdução. 2 O que é investigação criminal? Qual a sua finalidade? 3 As funções do Ministério Público. 4 Sistemas processuais. 4.1 Introdução. 4.2 Sistema acusatório. 4.3 Processo inquisitivo. 4.4 Processo misto. 5 As atribuições do Ministério Público no direito estrangeiro. 5.1 Introdução. 5.2 Alemanha. 5.3 Espanha. 5.4 França. 5.5 Itália. 5.6 Portugal. 6 Artigo 144 da Constituição Federal. 7 A posição jurisprudencial acerca da legitimidade do Ministério Público para investigar. 8 Conclusão.

1 Introdução

A discussão acerca da legitimidade de o Ministério Público participar de investigações preliminares é assunto polêmico, abordado desde longa data no Brasil, e tem sido alvo de crescentes debates nos dias atuais. Juristas, profissionais e acadêmicos divergem em suas opiniões.

A polêmica em torno do assunto tem como pano de fundo a latente impunidade constatada em nosso país, pois é notório o descompasso existente entre a atuação dos agentes públicos e as empreitadas realizadas pelos criminosos.

* Maira Véris Dellai Ferreira é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Leme, São Paulo, especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, advogada e assessora jurídica no Ministério Público Federal.

Por sua vez, temos visto que a atuação mais direta do Ministério Público em investigações de crimes de corrupção, sonegação, lavagem de dinheiro, crimes do colarinho branco e do crime organizado tem apresentado excelentes resultados.

É certo, porém, que muitas vezes a atuação do Ministério Público nesses tipos de crime contraria interesses econômicos e políticos e talvez por isso ainda haja muita resistência em se admitir a participação do *Parquet* durante as investigações criminais.

O emperrado e burocrático sistema brasileiro de investigação criminal, tradicionalmente realizado com exclusividade pela polícia, nem sempre é suficiente e eficaz para prevenir ou reprimir a prática de crimes.

No entanto, como veremos no decorrer deste artigo, não há nas leis brasileiras, inclusive na Constituição Federal, nenhuma norma que impeça a atuação do Ministério Público nas investigações preliminares.

Não se trata de afastar a atividade da polícia, nem de abolir o inquérito policial, mas sim de repensar o atual sistema brasileiro de investigação, buscando mais celeridade e resultados que garantam a efetiva aplicação da justiça.

2 O que é investigação criminal? Qual a sua finalidade?

Conforme os dicionários de língua portuguesa, investigar significa pesquisar, indagar, inquirir, diligenciar para achar, examinar com atenção, esquadrinhar, seguir os vestígios de¹.

Investigação criminal, na lição de José Frederico Marques, trata-se da “atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a pre-

¹ FERREIRA, 2006.

parar a ação penal, apresentando caráter preparatório informativo, visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*².

A atividade de investigação criminal tem como escopo fornecer elementos mínimos de autoria e materialidade de um crime para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público; desencadear ou não a ação penal pública; embasar o recebimento da denúncia; embasar a concessão de medidas cautelares, além de servir como subsídio para a queixa-crime da vítima nos crimes de ação penal privada ou de ação penal subsidiária.

Historicamente podemos dizer que a investigação surgiu no Egito, por volta do ano 4.000 a.C., onde funcionários reais desempenhavam múltiplas funções, tais como: ser a língua e os olhos do rei, castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger as pessoas pacíficas, tomar parte nas instruções para descobrir a verdade, entre outras.

Na Grécia, havia aquele que cumpria um papel parecido e efetuava um trabalho semelhante ao da polícia, ou seja, denunciava os delitos à Assembleia do Povo ou ao Senado para que em seguida fosse designado um acusador.

Já em Roma, o povo ou o ofendido tomava a iniciativa do procedimento criminal, tendo liberdade de acusar, mediante autorização do pretor, procedendo-se em seguida aos trabalhos de investigação do crime e da autoria.

Com o passar dos tempos, por volta do século V, a Igreja passou a influenciar a jurisdição criminal e o processo eclesiástico evoluiu de tal forma que, no século XV, foram criados os tribunais do Santo Ofício, para decisão de matérias espirituais, eclesiásticas, cíveis e criminais.

² MARQUES, 1980, p. 180.

No Brasil, a investigação criminal, a princípio, era regida pelas Ordenações do Reino – por volta de 1500 – até serem superadas pelas legislações imperiais (Código Criminal e Código de Processo Penal Imperial) republicanas e, posteriormente, pelo Código Civil, já em 1916.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a investigação criminal em nosso país passou a ser disciplinada de acordo com as regras do artigo 144 da Carta Magna, que confere às polícias federal, civil e militar o trabalho de investigação de crimes.

Atualmente, em nosso país, as investigações criminais são realizadas pela polícia (federal, civil ou militar) e, em alguns casos, pelo Ministério Público.

A investigação criminal representa a primeira fase da persecução penal estatal e é materializada na maior parte dos casos por meio do inquérito policial, que é a forma mais comum de documentar as investigações criminais estatais.

Existem, contudo, outras formas de investigação, chamadas extrapoliciais, que são aquelas efetuadas por agentes públicos não vinculados ao organismo policial. São elas: investigações parlamentares, investigações judiciais, investigações administrativas e a investigação efetuada pelo Ministério Público.

Podemos ainda citar a investigação privada, que é aquela preparada pela vítima, pelo indiciado, por qualquer cidadão, pela imprensa ou por outro meio de comunicação. É facultativa e funciona de forma dependente e subsidiária, com o objetivo de auxiliar a polícia e o Ministério Público.

No que tange à forma, a investigação criminal deve ser documentada, ou seja, todos os elementos colhidos que deverão acompanhar a denúncia ou queixa-crime deverão ser escritos,

datilografados, impressos ou compilados em qualquer outra forma de instrumentalização de áudio, som, imagem ou dados computadorizados para serem juntados aos autos.

3 As funções do Ministério Público

Também historicamente, é sabido que a persecução criminal era privativa do Estado e que este, por sua vez, não demonstrava preocupação com o resultado das lides. Contudo, com o passar do tempo, o Estado passou a demonstrar interesse na repressão dos crimes e conferiu ao Ministério Público – órgão oficial do próprio Estado – tal função.

Dessa forma, o Ministério Público ficou conhecido como o “órgão acusador” do próprio Estado, pois a política da instituição pautava-se necessariamente no pensamento do governo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o perfil do Ministério Público foi substancialmente alterado, principalmente no que tange à sua independência do Estado. A Constituição transformou o “órgão acusador” em fiscal da lei, imputando-lhe o dever de zelar pelo respeito aos direitos assegurados na Carta Maior e pela defesa dos interesses sociais.

No âmbito criminal, o Ministério Público é o titular da ação penal, ou seja, a iniciativa da ação dá-se por meio da denúncia que é oferecida de acordo com a existência de indícios de autoria e materialidade em relação ao delito investigado.

Por outro lado, não existindo indícios suficientes de autoria e materialidade, o órgão ministerial pode deixar de oferecer a denúncia e promover o arquivamento do caso. Saliente-se, contudo que o *Parquet* não pode desistir da ação proposta.

Conforme o conceito insculpido no artigo 127 da Constituição Federal, 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. Trata-se de instituição una, indivisível e com autonomia funcional.

No que tange à sua estrutura, o Ministério Público divide-se em: 1) Ministério Público da União, que é composto pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e 2) Ministério Público Estadual.

As funções institucionais do Ministério Público também estão elencadas na Carta Maior (artigo 129 da Constituição Federal) e são elas:

- ☛ promover, privativamente, a ação penal pública;
- ☛ zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública;
- ☛ promover o inquérito civil e a ação civil pública;
- ☛ promover a ação de inconstitucionalidade ou a representação para fins de intervenção da União e dos Estados;
- ☛ defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- ☛ expedir notificações nos procedimentos administrativos;
- ☛ requisitar informações e documentos;
- ☛ exercer o controle externo da atividade policial;
- ☛ requisitar diligências investigatórias;
- ☛ requisitar a instauração de inquérito policial.

É certo que o inquérito policial é atribuição da autoridade policial, podendo também ser atribuição de autoridades adminis-

trativas. Não é peça obrigatória para o início da ação penal, sendo possível a colheita de indícios dar-se de outras maneiras, tais como encaminhamento de informações ou documentos pela vítima ou por qualquer pessoa do povo ou por autoridades judiciais ou ainda por entes públicos.

Atualmente o Ministério Público tem participado das investigações preliminares e tal fato tem sido objeto da seguinte discussão: o Ministério Público, à luz da legislação pátria, possui legitimidade para atuar na investigação criminal?

Entendemos que sim, pois, conforme pretendemos demonstrar, não há no direito brasileiro nenhuma norma que impeça o Ministério Público de atuar nas investigações criminais.

Em suma, podemos afirmar que a atuação do Ministério Público nas investigações criminais é inerente à sua qualidade de órgão fiscalizador, promotor de justiça e defensor dos interesses sociais, e que privá-lo desse “direito-dever” seria desnaturar a sua essência.

4 Sistemas processuais

4.1 Introdução

A atividade jurisdicional que se desenvolve visando à descoberta da verdade real e, em última análise, a aplicação da sanção àquele que praticou o fato infringente da norma penal incriminadora, é concretizada no processo.

São três os sistemas estruturais de processo: o acusatório, o inquisitivo e o misto, delimitados por características muito particulares.

É bem verdade que a regulamentação dos processos apresenta diferenças sensíveis de país para país e de época para época, o que não

impede, contudo, sua classificação, tendo-se em conta, principalmente, suas peculiaridades e seus traços distintivos³.

4.2 Sistema acusatório

No sistema acusatório, que é o que mais diretamente interessa ao presente trabalho, as funções de acusar (pública ou privada), defender e julgar são incumbidas a diferentes pessoas. A apreciação das provas incumbe a um juiz imparcial que deverá necessariamente fundamentar sua decisão, de acordo com o bom-senso, a experiência e os elementos informativos coligidos pela acusação e pela defesa. Consagra-se, portanto, o método da persuasão racional. É certo que, de qualquer forma, à medida que se diminuem os poderes de ofício do juiz, vedando-lhe, v.g., a iniciativa da ação – ou qualquer outro procedimento persecutório –, mais nos aproximamos do *sistema acusatório puro*⁴.

Em nosso país, principalmente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 (que revogou os chamados procedimentos judicialiformes), adota-se, em tese, um processo de estrutura acusatória.

Há separação clara nas funções de acusar, defender e julgar e é garantida a igualdade de partes na presença de um juiz imparcial⁵. Estabelece-se, enfim, o *actum trium personarum*.

³ Nesse sentido, CONSO, 1985.

⁴ ALMEIDA, 1938, p. 31; ver também nesse sentido CARNELUTTI, 1933, p. 355-356.

⁵ Como se verá mais adiante, a imparcialidade do juiz não é incompatível com o uso de suas faculdades instrutórias. Como salienta José Carlos Barbosa Moreira (1989, p. 48), no momento em que o juiz determina uma diligência, não lhe é dado adivinhar o êxito, que poderá beneficiar a este ou àquele litigante, ou seja, “[...] se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro”. Em outras palavras, qualquer que seja a sua postura, o magistrado acabará favorecendo uma das partes.

Na precisa observação de Hermínio Alberto Marques Porto⁶, a preocupação de reforçar o sistema acusatório, no âmbito do anteprojeto Frederico Marques, podia ser sentida no aparelhamento do Ministério Público, no reforço das garantias constitucionais para o pleno e efetivo exercício do direito de defesa e, também, na revogação dos chamados procedimentos de ofício, colocando-se o juiz numa situação de equidistância em relação às partes.

É inerente, portanto, a um autêntico sistema acusatório a investigação prévia incumbida à polícia judiciária, que, funcionando como órgão auxiliar do juízo e do Ministério Público, reúne num inquérito policial uma série de informações que devem servir, exclusivamente, para a formação do convencimento do *dominus litis* quanto à viabilidade da ação penal. Essa fase “prepara a persecução penal que vai ser levada a juízo por meio da ação penal”⁷.

É ínsita a um processo de estrutura acusatória a necessária previsão do contraditório, como será analisado a seguir. De qualquer modo, parece importante salientar, desde logo, que não se pode confundir sistema acusatório e contraditório.

Convém assinalar, outrossim, que o nosso sistema acusatório não apresenta afinidade, quanto à iniciativa instrutória do magistrado, com o chamado *adversarial system*, que predomina no direito anglo-americano, embora ali não seja adotado, atualmente, na sua plenitude e inteireza.

O sistema *adversarial* – que efetivamente não representa um contraponto ao processo de estrutura acusatória⁸ – é plasmado sobre a premissa de que a verdade é mais facilmente descoberta quando há duas partes em litígio e cada uma delas conduz a própria inves-

⁶ PORTO, 1995, p. 206.

⁷ Cf. MARQUES, 1965, p. 189.

⁸ Cf. GRINOVER, 1999; ver ainda FEELEY, 1987, p. 753-766.

tigação, apresentando diferentes teorias sobre a lei e sobre o caso concreto ao tribunal. Nesse sistema o juiz é efetivamente neutro e inerte, só intervindo quando a lei assim o determina ou, por outro lado, quando é solicitado por uma das partes.

Na verdade, como já se disse, o sistema *adversarial* não é empregado na sua pureza no direito norte-americano⁹, pois dos juízes se espera a supervisão do procedimento para assegurar a efetiva justiça (*fairness*)¹⁰.

Esse modelo processual conta, nos Estados Unidos, com muitos críticos. Seus detratores argumentam que a verdade não é encontrada porque o sistema encoraja as partes a apresentar narrativas deturpadas, enganosas e, não raro, inverídicas sobre fatos.

O *adversarial system* é também acoimado injusto, pois, embora esteja baseado na teoria de que haverá duas partes em igualdade de condições, essa premissa é questionável, já que dependerá das habilidades específicas do advogado e do promotor, além do seu próprio aparato e força de investigação. Pondera-se, por exemplo, que os órgãos estatais incumbidos da persecução estão mais bem aparelhados do que os acusados, o que torna irreal aquele ideal de igualdade de condições¹¹.

No *inquisitorial system*¹², por outro lado, o processo não é encarado como uma disputa, mas sim como uma indagação, uma perquirição, na qual a corte é instada a reunir elementos de prova e, de maneira independente, avaliá-las e proferir o julgamento.

⁹ Como salienta Malcolm Feeley (1987, p. 764), pelo menos nos casos mais sérios e graves, uma vez que no *adversarial system* os juízes frequentemente determinam que o acusador reveja o *caso* e advirta o acusado do seu direito ao julgamento.

¹⁰ HALL, 1996, p. 270-271.

¹¹ Nesse sentido, HALL, 1996, p. 280; LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 36.

¹² Como adverte Ada Pellegrini Grinover (1999), não se pode confundir o *inquisitorial system* com sistema inquisitivo; as expressões não apresentam qualquer sinonímia.

Nesse sistema não interessa, por exemplo, se o acusado admitiu ou não a culpa, ou o que o promotor ofereceu em troca. O procedimento pode ser conduzido indiferentemente à atitude ou ao pedido da acusação. O tribunal não está preso à disputa entre as partes.

De qualquer modo, o sistema *adversarial* está longe de ser abolido, pois é ele que melhor propicia as variadas formas de *plea negotiation*, nas quais se espera do juiz grande dose de neutralidade e inércia. Esse fato é muito relevante, especialmente quando se sabe que cerca de 90 a 95% das condenações no sistema norte-americano provêm da *justiça negociada*¹³.

4.3 Processo inquisitivo

O processo do tipo inquisitivo¹⁴ constitui o verdadeiro reverso da medalha do sistema anteriormente analisado. Nele, o juiz é o diretor do procedimento e concentra as funções de acusar e julgar. O direito de defesa é limitado – como regra – e inexistente, em algumas oportunidades. Não há publicidade e isso conduz a uma instrução escrita do princípio ao fim. A decisão é entregue ao arbítrio do magistrado.

No autorizado magistério de Giovanni Conso, o sistema inquisitivo, tal como praticado no tempo de Diocleciano, dos imperadores do Oriente e no direito canônico, tem como principais características:

- a) intervenção *ex officio* do juiz; b) caráter sigiloso do processo com relação não apenas aos cidadãos, mas ao próprio acusado; c) procedimento e defesa totalmente escritos; d) desigualdade de poderes

¹³ Nesse sentido, FEELEY, 1987, p. 763.

¹⁴ A etimologia da expressão “inquisitivo”, como observou Francesco Carrara (1957, p. 317), tem seu berço nos *quaesitores* dos romanos, que eram “cidadãos excepcionalmente encarregados pelo Senado de investigar certos delitos especiais”.

entre o juiz-acusador e o acusado; e) total liberdade do juiz na colheita da prova; f) encarceramento preventivo do acusado¹⁵.

Por suas características, não é difícil inferir que o acusado é, na verdade, objeto do processo (e não sujeito de direitos) e não tem, como consequência, a proteção de nenhuma garantia substancial.

4.4 Processo misto

O processo misto deita raízes na Revolução Francesa, mais especificamente na luta dos *enciclopedistas* contra os abusos propiciados por processos de estrutura inquisitiva então vigentes¹⁶. Como ensina Carrara¹⁷, situa-se “entre o processo acusatório puro e o inquisitório, do mesmo modo que a monarquia constitucional se encontra entre a república e o governo despótico”. Não se trata, contudo, da fusão dos dois sistemas anteriores, pois não há “interpenetração dos dois processos”, mas sim a adaptação, “a reunião e a alternância” das formas já estudadas¹⁸.

Sua estrutura híbrida não facilita a definição taxativa de todos os seus aspectos. É certo, de qualquer forma, que ele se desenvolve de maneira escalonada e bipartida. A primeira fase – a instrutória – é secreta e escrita, presidida por um juiz “armado de poderes inquisitivos”¹⁹. Na segunda fase – a contraditória –, em que se dá o julgamento propriamente dito, admite-se o amplo exercício do direito de defesa, com todas as garantias dele emergentes.

¹⁵ CONSO, 1985, p. 288.

¹⁶ Cf. TOURINHO FILHO, 1997, p. 89.

¹⁷ CARRARA, 1957, p. 324.

¹⁸ Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1938, p. 28) salienta, por sua vez, que: “Os tipos mistos são aqueles em que a forma acusatória não absorve a inquisitorialidade judicial; ou aqueles que, desdobrados em fases, as contém de tipos diferentes”.

¹⁹ Cf. MARQUES, 1980, p. 85-86.

Há países que preveem a condução do processo pelo órgão do Ministério Público, como é o caso da Colômbia, *em que a etapa de investigação prévia, preliminar à instrução, como também a própria instrução processual sigilosa* lhe são atribuídas²⁰.

No Brasil, respeitadas as judiciosas opiniões em sentido contrário²¹, o processo tem estrutura acusatória e a previsão de uma fase investigatória preliminar não lhe retira essa conotação²².

Conforme se vê pela própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, uma das discussões na elaboração do diploma foi exatamente quanto à adoção, ou não, do chamado juizado de instrução, que, por aquela época, vigorava na grande maioria dos países da Europa Continental. Em nosso país adotou-se sistema distinto. Houve, pelo menos na elaboração do texto, uma clara opção pela estrutura acusatória, que, muito tempo depois, foi reforçada, na sua inteireza, pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o inquérito policial não integra a instrução do processo²³. Trata-se de uma fase meramente investigatória, dispensável e cuja única finalidade é fornecer ao titular da ação penal elementos suficientes para a formação da *opinio delicti* e o consequente oferecimento da acusação²⁴.

²⁰ Cf. GRINOVER, 1993.

²¹ Cf. NUCCI, 1997, p. 147.

²² Como se lê na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: “O preconizado *juízo de instrução*, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e *indicar* testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade”.

²³ Ver, nesse sentido, MARQUES, 1998, p. 83-84.

²⁴ Cf. artigos 40, 39, § 5º, 46, § 1º, do Código de Processo Penal.

Muito embora a atividade da polícia judiciária tenha por finalidade preparar uma futura ação penal, colhendo os primeiros elementos de informação e impedindo, e.g., que os vestígios do crime desapareçam, essa atribuição não se desenvolve em face de uma acusação formal e tampouco pressupõe a existência das partes.

Nesse passo, podemos afirmar que, no sistema acusatório é possível o Ministério Público participar das investigações criminais, já que numa fase preliminar de colheitas de provas, que antecede a ação penal, não há falar-se em acusado ou acusador.

5 As atribuições do Ministério Público no direito estrangeiro

5.1 Introdução

De acordo com as regras processuais, no Brasil o Ministério Público é o titular da ação penal, e o inquérito policial é presidido pelo delegado de polícia, que, após instaurá-lo para investigar a prática de um crime, remete os autos ao MP, que, após a análise das provas colhidas, avaliará se há de indícios de autoria e materialidade que autorizam o oferecimento da denúncia.

Em outros países, onde o Ministério Público também se apresenta estruturado de forma orgânica, podemos tecer algumas comparações no que tange ao funcionamento desse órgão. Para tanto, utilizamo-nos das bem-lançadas considerações a respeito do tema, encontradas na obra do professor Pedro Henrique Demercian²⁵, que analisa os aspectos de atuação do Ministério Público em alguns países da Europa Continental, tais como Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal.

²⁵ DEMERCIAN, 2001.

5.2 Alemanha

Em linhas gerais, na Alemanha, o Ministério Público é o titular da ação penal. Pode investigar por meios próprios e valer-se também da ajuda da polícia, que, embora não esteja a ele vinculada, deve cumprir suas ordens.

A estrutura do Ministério Público é disposta de maneira hierárquica e burocrática. Seus órgãos não gozam de independência funcional e agem, no âmbito federal, em nome do procurador-chefe, que, por sua vez, é nomeado pelo presidente da República, mediante proposta do ministro da Justiça, podendo ser até mesmo demitidos, suspensos e rebaixados de suas funções. São autoridades essenciais à administração da Justiça e, como em nosso país, não exercem função jurisdicional, mas também não ostentam as características peculiares de meras autoridades administrativas, pois sua atividade não se estabelece a partir de exigências da Administração, mas, ao contrário, é exclusivamente dirigida pelos critérios de *verdade e justiça*.

Tal como no Brasil, o membro do Ministério Público na Alemanha não está obrigado a pleitear a condenação, embora seja a principal autoridade acusadora.

No que tange ao procedimento, o Código de Processo Penal alemão prevê três fases bastante distintas: a investigatória, que atribui ao Ministério Público, de forma ampla, a iniciativa e o controle da atividade de investigação criminal; o procedimento intermédio, que visa a uma função de controle negativo, em que se verifica a presença de indícios suficientes para se imputar ao investigado um fato punível e se delibera sobre a abertura do *procedimento principal*; e a fase dita mais importante, na qual tem lugar a cognição judicial.

Também, do mesmo modo que em nosso país, a prova colhida nas fases preliminares das investigações não tem influência no pro-

cedimento principal, salvo as exceções, tais como as medidas de caráter cautelar de preservação da prova, as medidas coercitivas e as provas consideradas irrepetíveis.

O *procedimento principal*, em que se estabelece o contraditório pleno e são colhidos os elementos de convicção para a comprovação da culpabilidade do acusado é pautado pela oralidade, a imediação e a concentração. A sentença é consequência do debate principal e funda-se no convencimento do juiz no que diz respeito à matéria de direito, diante do que restar demonstrado nos debates.

O procedimento em questão também prevê medidas despenalizadoras que evitam o início da ação penal (ou suspendem provisoriamente aquela já iniciada), o que ocorre com o arquivamento condicional ou outros ritos mais ágeis para a rápida solução das controvérsias, a exemplo do *procedimento acelerado* e do *processo por ordem penal*.

Como titular da ação penal, o Ministério Público, após analisar os elementos de convicção que lhe são apresentados, deverá apresentar a acusação perante o tribunal ou requerer o arquivamento do feito.

5.3 Espanha

Para o direito espanhol, o Ministério Público é instituição autônoma – não está vinculado ao Poder Judiciário, nem à Administração – e está organizado em carreira, de forma hierarquizada, pautado pelos princípios da unidade, dependência e indivisibilidade.

No que tange à hierarquia, no topo da pirâmide está o ministro da Justiça e em seguida encontramos o chefe do Ministério Público, que é denominado Fiscal Geral do Estado. Ele é nomeado pelo rei, por proposta do governo, depois de ouvido o Conselho-Geral do Poder Judiciário.

Interessante ressaltar que o *Fiscal Geral* não precisa ser integrante da carreira, basta, para a sua nomeação, a comprovação do efetivo exercício de função jurídica por um período mínimo de quinze anos.

Na Espanha, o Ministério Público é titular da ação penal pública e promove a ação da justiça em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público tutelado pela lei. Também de acordo com a Constituição daquele país, deve velar pela independência dos tribunais e procurar, perante estes, a satisfação do interesse social.

No que concerne à ação penal, no direito espanhol, ela não é privativa do órgão estatal e obedece ao princípio da obrigatoriedade, que não está expressamente previsto na Constituição, mas decorre de um conjunto de regras processuais.

Dessa forma, tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, a vítima da infração pode dar início ao processo com o oferecimento da *querela*.

Também é prevista na Constituição espanhola a ação penal popular, que pode ser deduzida por cidadão espanhol, associações e outras pessoas jurídicas. Tal modalidade de ação é utilizada para a defesa de interesses coletivos e difusos.

Diante da prerrogativa do cidadão em iniciar a ação penal, convém notar que o Ministério Público tem o dever legal de comunicar ao ofendido o arquivamento da investigação criminal, para que o cidadão, querendo, reitere a “denúncia” diretamente ao juiz de instrução.

5.4 França

Na França o Ministério Público dirige a polícia judiciária, sendo que, se estiver presente no local do crime no momento do flagrante, é ele quem assume os trabalhos de investigação. Não está sujeito a nenhuma espécie de controle jurisdicional, apresen-

tando, por isso mesmo, uma natureza eminentemente administrativa. Apresenta-se constituído de maneira orgânica e é o titular privativo da ação penal pública. O promotor é obrigado a seguir diretrizes ditadas pelo *chefe da instituição*.

Pelas regras francesas, os magistrados e membros do Ministério Público constituem um único corpo de juristas profissionais, formados pela *Escola Nacional da Magistratura*. O presidente da República é garante da independência e autoridade judiciárias e, para tanto, é assistido pelo Conselho Superior da Magistratura. Os magistrados do Judiciário atuam sob a garantia da inamovibilidade, que não alcança os magistrados do Ministério Público.

No direito francês, o Ministério Público é o *dominus litis*, e o não exercício da ação penal – ou da instrução preparatória com aquela finalidade – não está sujeito a nenhuma forma de controle judicial. Contudo, o interessado em compelir o órgão da acusação a exercer o direito de ação poderá ingressar com *recurso administrativo* no superior hierárquico. No caso da vítima, esta poderá valer-se da ação civil no juízo criminal.

5.5 Itália

Na Itália o Código de Processo Penal adota o sistema de estrutura acusatória, que permite ao Ministério Público dirigir as investigações preliminares, mas, assim como no Brasil, as provas colhidas durante o inquérito não possuem valor probatório, servindo apenas para a formação da *opinio delictis* do órgão acusador que oferecerá a “denúncia” (*rinvio a giudizio*).

Em seguida, é designada uma audiência preliminar para avaliar a admissibilidade da acusação e sanear ou preparar o processo para a fase contraditória e eminentemente oral. Nessa audiência o

Ministério Público expõe seus argumentos, as partes apresentam documentos, as testemunhas são inquiridas e os peritos arguidos.

A seguir, o juiz profere a decisão, acolhendo ou não a denúncia. No caso de ser aceita a acusação, formam-se os autos que instruirão a fase posterior, que conterá necessariamente as provas não repetíveis (colhidas pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público) ou as antecipadas em incidente probatório.

Em continuidade, já na fase conhecida como *giudizio*, prevista no Livro Sétimo do Código de Processo Penal italiano, as partes e o juiz procuram averiguar os fatos que foram objeto de imputação, com a observância das formas impostas pelos critérios de publicidade (artigo 417), contraditório (artigos 466, 486, 493, 498, 516 e 546), imediação (artigos 498 e 525), concentração (artigos 477 e 544) e oralidade (artigos 499, 500, 514 e 526).

Vale ressaltar que na Itália os procedimentos especiais, conhecidos como procedimentos abreviados, são muito valorizados, pois visam evitar os debates em juízo. São todos eles marcados por critérios de oralidade e concentração e permitem o encerramento antecipado do processo, até mesmo com a aplicação de pena privativa da liberdade.

De outra feita, na Itália, por expressa previsão constitucional, a ação penal pública é obrigatória (Constituição italiana, artigo 112) e o seu exercício é privativo dos magistrados do Ministério Público.

Importante ainda mencionar que os membros do Ministério Público integram o *Poder Judiciário* e exercem as funções de *magistrados-requerentes* (ou *magistrados do Público Ministério*), em contraposição aos chamados *magistrados-judicantes* (que têm o poder de dizer o direito no caso concreto).

Tanto os magistrados do Ministério Público como os magistrados judicantes gozam, nos termos dos artigos 107 e 108 da Constituição

italiana, das mesmas garantias, tais como independência, inamovibilidade, autonomia em face dos demais poderes do Estado.

Importante mencionar também que os membros do Ministério Público italiano ingressam na carreira por meio de concurso e sujeitam-se ao Conselho Superior da Magistratura, que é órgão eclético, pois dois terços de seus membros são eleitos entre os magistrados e os demais membros são escolhidos pelo Parlamento. Presidido pelo *presidente da República*, tem, ainda, como membros natos o presidente da Corte de Cassação e o procurador-geral da Corte de Cassação.

Ainda no que tange ao controle, embora independentes, os magistrados do Ministério Público não estão isentos das diversas formas de controle, principalmente das que decorrem de atividade do ofendido e do superior hierárquico.

No caso de o magistrado do Ministério Público não exercer o direito de ação ou não promover o arquivamento dentro dos prazos legais, o procurador-geral, de ofício, tem o poder de avocar perante a Corte de Apelo investigação preliminar.

5.6 Portugal

No direito português, o Ministério Público conduz o inquérito, sendo assistido pelos órgãos de polícia criminal, onde serão efetuadas diligências, que darão ao órgão da acusação indícios idôneos de autoria e prova da existência do crime que permitam a propositura da ação penal. Nessa fase investigatória, compete a um juiz de instrução a prática privativa de determinados atos, tais como medidas coativas em face do investigado.

Em seguida ocorre a fase instrutória, facultativa, que visa, exclusivamente, à comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou

de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. A abertura da instrução pode ser requerida no prazo de cinco dias, contados da notificação da acusação ou do arquivamento. Na fase de instrução há um debate instrutório, oral e contraditório e, ao final, ocorre o despacho de *pronúncia* ou *não pronúncia*. Terminada a instrução, os autos são remetidos ao tribunal para efeito de julgamento.

Em Portugal o Ministério Público foi igualado à condição de *magistratura autônoma*, conforme a Constituição Federal portuguesa, e, embora hierarquizada, atua com independência e em obediência à estrita legalidade, tanto que, embora deva obedecer às ordens emanadas pelos superiores hierárquicos, pode recusá-las em caso de ilegalidade e de grave violação a sua consciência jurídica.

Hierarquicamente, o Ministério Público em Portugal é semelhante ao Ministério Público no Brasil, sendo o órgão máximo a Procuradoria-Geral da República presidida pelo procurador-geral, assistido pelo Conselho Superior do Ministério Público. Tais órgãos da administração superior do Ministério Público são responsáveis pela nomeação, transferência, promoção e disciplina.

Observação importante a ser feita é que o Ministério Público português não é o detentor do monopólio da ação penal, pois, como forma de controle externo, a legislação portuguesa admite a figura do assistente, da ação popular, além do exercício do direito de ação subsidiária, quando o órgão oficial não o tenha feito.

Nesse passo, forçoso reconhecer que, na prática, os magistrados do Ministério Público exercem, de uma certa forma, o monopólio da ação, pois além de serem constitucionalmente obrigados – pelos princípios da obrigatoriedade e oficialidade – também exercem a direção do inquérito policial, função não atribuída supletivamente às vítimas e aos interessados no exercício do direito de ação.

Por fim, apenas a título de argumentação, no que tange à atuação do Ministério Público, podemos citar que na Bélgica é o Ministério Público quem investiga os crimes; no México, na Colômbia, no Peru, no Paraguai, na Venezuela e na Bolívia é o Ministério Público quem dirige a polícia nas investigações; no Japão ele tem a faculdade de investigar pessoalmente ou facultar esse poder à polícia; na Coreia do Sul o Ministério Público realiza todo o trabalho preparatório da investigação, ou seja, é o executante do procedimento investigatório, que emana ordens à polícia, e na Argentina pratica a investigação criminal preparatória e dirige a polícia em função judicial.

6 Artigo 144 da Constituição Federal

A discussão acerca de nosso tema requer necessariamente a interpretação da regra contida no artigo 144 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV – exercer, *com exclusividade*, as funções de polícia judiciária da União.

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, *incumbem, ressalvada a competência da União*, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares [g. n.].

Como dito, o comando em questão não pode ser analisado restritivo e isoladamente. É necessária uma interpretação sistemática sobre o conteúdo da norma constitucional, ou seja, uma análise levando-se em conta que as normas jurídicas subsistem dentro de um sistema jurídico complexo.

Pois bem. Voltando ao tema, as correntes que sustentam a tese da ilegitimidade da investigação criminal promovida pelo Ministério Público alegam que, de acordo com o artigo 144 da Constituição Federal, a *apuração de ilícitos penais* é uma das atribuições exclusivas da polícia judiciária e, por isso, estaria configurada a incompetência por parte do Ministério Público para atuar nas investigações criminais.

Pela análise dos dispositivos constitucionais, resta verificado que o artigo supracitado não assegura às polícias a *exclusividade na investigação criminal*. Vejamos.

Inicialmente queremos ressaltar que não há dúvidas de que a *segurança pública, no sentido lato*, é atribuição *exclusiva* das polícias, conforme se infere do regramento estabelecido nos incisos I, II, III, IV e V do artigo 144, *caput*, da Constituição Federal.

Por sua vez, o texto constitucional previu na sequência e em dispositivos separados (incisos I e IV do §1º do artigo 144) as atividades de *apuração de ilícitos penais* e as *funções de polícia judiciária da União*, ou seja, o inciso I do §1º do artigo 144 da Constituição Federal apenas *delimita o campo das atribuições da Polícia Federal* e o inciso IV – quando utiliza o termo “exclusividade” o faz em relação às atribuições das polícias civis estaduais – *assegura a prerrogativa da Polícia Federal exercer as funções de polícia judiciária da União*.

Assim, quando a Constituição Federal diz que à Polícia Federal cabe o exercício, com *exclusividade*, das funções da polícia judiciária da *União*, quis destacar que às demais *polícias estaduais é vedado* o exercício daquelas funções. Nada mais.

Nesse passo, ainda é necessário recordar as funções da polícia judiciária. Para tanto, trazemos à baila a preciosa lição de Bruno Calabrich encontrada na obra *Investigação criminal pelo Ministério Público*²⁶:

As funções da polícia judiciária, assim, abrangem todas as funções referentes ao apoio material e humano necessário para a prática de determinados atos ou para o cumprimento de decisões judiciais. E essa função, no que toca aos órgãos do Poder Judiciário da União, recai com exclusividade na polícia federal [...]

A função de polícia judiciária, note-se, diz respeito não somente aos juízos criminais, mas a todo e qualquer juízo, seja qual for sua competência. Polícia judiciária, nesse sentido, é a função de auxílio ao Poder Judiciário na execução de seus atos e decisões.

Do mesmo modo, o § 4º do artigo 144 da Constituição Federal, quando trata da polícia civil, também não confere a ela a exclusividade da investigação criminal, apenas delimita sua competência em função das competências já delimitadas à polícia federal no parágrafo anterior.

²⁶ CALABRICH, 2007, p. 98-99.

Dessa forma, inegável a separação literal dada pela Constituição aos termos *apuração das infrações penais* – que diz respeito às atividades vinculadas à elucidação de ilícitos de natureza penal, por meio de inquérito policial, em que não há exclusividade nenhuma prevista – e *funções de polícia judiciária* – que traduz as atividades administrativas de apoio ao Poder Judiciário, desvinculadas da investigação, as quais, no âmbito da União, são exclusivas da Polícia Federal.

Assim, ante a regra constitucional em apreço, que considera distintos os conteúdos das expressões *apuração das infrações penais* e *funções de polícia judiciária*, e diante da atribuição de exclusividade conferida à Polícia Federal no que tange às *funções de polícia judiciária*, podemos afirmar que constitucionalmente o Ministério Público possui legitimidade para exercer as tarefas de investigação criminal, não havendo nenhuma vedação nesse sentido.

Aliás, convém mencionar que tal legitimidade ainda está insculpida pela Lei Maior em seu artigo 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, que trata das funções institucionais do Ministério Público.

Vale ainda salientar que se a atividade investigatória fosse atribuída exclusivamente à polícia, o próprio sucesso da jurisdição criminal estaria comprometido, na medida em que não é possível desprezar quaisquer outros mecanismos de investigação distintos do inquérito policial capazes de contribuir para a apuração de ilícitos criminais.

Nesse sentido, muito oportuna a lição de Carlos Frederico Coelho Nogueira²⁷:

A polêmica existente, aliás, não tem, em nossa opinião, razão de ser porque se é dado a órgãos ou entidades não ligados à persecução penal, como as CPIs, as repartições fiscais, as comissões processantes dos órgãos públicos em geral, o Congresso Nacional, o STF, etc., apurar infrações penais, não tem o menor sentido pretender coarctar

²⁷ NOGUEIRA, 2002, p. 180.

a atuação do exclusivo titular da ação penal pública (art. 129, I, da CF) ou manietá-lo a ponto de inibir sua atuação investigatória.

Por fim, não podemos olvidar dos casos em que os delitos são praticados por policiais, autoridades do Poder Executivo e outros, em que a investigação é naturalmente comprometida em decorrência da proximidade entre investigador e investigado e também pelo corporativismo existente.

Nesse ponto, merece destaque o princípio da independência funcional conferido ao Ministério Público por meio da previsão legal disposta no artigo 127, § 1º, da Constituição Federal, ou seja, o fato de não existir hierarquia entre os membros da instituição, permite uma atuação totalmente desvinculada e mais eficiente, independentemente da condição da situação e das pessoas envolvidas na investigação.

Além da regra contida no artigo 144 da Constituição Federal, outros textos legais atribuem ao Ministério Público legitimidade para investigar. É o caso do Código de Processo Penal (artigo 47), do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, artigo 74, V, *b*), do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e ainda da Lei Orgânica do Ministério Público (artigos 26 e 27, parágrafo único, inciso I).

7 A posição jurisprudencial acerca da legitimidade do Ministério Público para investigar

Os que defendem a ilegitimidade da atuação do Ministério Público nas investigações criminais fundamentam tal posição com arrimo no resultado posto no julgamento do RHC n. 81.326, publicado no *DJ* de 1º ago. 2003, que em sua ementa afirma o seguinte:

[...] A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII).

A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial.

Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime [...].

A decisão proferida no referido RHC enfatizou ainda a exclusividade da polícia para realizar investigações criminais, pautando-se em sua “legitimidade histórica”.

Contudo, na prática, a mencionada decisão não vedou o exercício da investigação criminal pelo Ministério Público, afirmando apenas que seus membros não podem realizar e presidir inquéritos e inquirir pessoas suspeitas de autoria de crimes, devendo requisitar diligências nesse sentido à autoridade policial.

A respeito do tema, Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens ponderam que tal decisão *implicaria reconhecer que sob nenhuma hipótese poderia haver qualquer espécie de investigação criminal no âmbito do Poder Judiciário ou do Ministério Público*²⁸.

Os citados autores ainda alertam que a decisão emanada no RHC n. 81.326 contradiz o entendimento professado pela mesma 2ª Turma do Pretório Excelso em *habeas corpus* julgado posteriormente, impetrado por juíza federal investigada por suposta adulteração de placa de veículo, em que os ministros, por unanimidade, cassaram a liminar que anteriormente suspendia o inquérito judicial do E. TRF/3ª, determinando o seu prosseguimento.

Referida decisão leva-nos a crer que, se os fundamentos do RHC n. 81.326 fossem prevacentes, não poderia haver validade jurídica em inquérito judicial, mas se há é porque a função de investigar não é exclusiva da polícia.

²⁸ FELDENS; STRECK, 2005, p. 102-103.

Com o fundamento de que a Constituição de 1988 reservou o monopólio da investigação criminal à polícia também foram propostas inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade e, embora o tema ainda seja objeto de discussão, a posição do Supremo Tribunal Federal tem-se inclinado no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para investigar.

Tomamos como exemplo a ADIN n. 151 (que impugnava o artigo 83 da Lei n. 9.430/1996), na qual o Plenário do STF, vencido o ministro Carlos Velloso, reconheceu a possibilidade de o Ministério Público oferecer desde logo a denúncia com base nos elementos informativos de que dispuser, inclusive naqueles coletados nos procedimentos administrativos de sua competência. No voto condutor do relator ministro Néri da Silveira, lê-se que o Ministério Público, *“com apoio no art.129 e seus incisos da Constituição, poderá proceder, de forma ampla, na pesquisa da verdade, na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado ilícito, inclusive no plano tributário”*.

Por sua vez, o STJ também é favorável à investigação criminal, conforme se depreende do entendimento da Súmula 334: *“A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”*.

Vê-se, pois, que, embora o assunto em pauta ainda esteja pendente de decisão nas cortes julgadoras, a tendência é a de que os julgadores firmem entendimento no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para participar de investigações preliminares.

8 Conclusão

Resta constatada a possibilidade constitucional e legal de o Ministério Público participar de investigações preliminares, bem como de realizar investigações, diante da inexistência de qualquer vedação para tanto.

O sistema brasileiro de investigação ainda é moroso e burocrático, diferentemente dos modelos existentes em outros países, que apresentam um Ministério Público mais participativo, que trabalha em conjunto com a polícia e o Judiciário.

A participação do Ministério Público durante as investigações preliminares não fere o sistema acusatório, já que o inquérito policial – que pode ser dispensável – não integra a instrução do processo e sua única finalidade é fornecer ao titular da ação penal elementos suficientes para a formação da *opinio delictis* e o consequente oferecimento da acusação.

Como dito, o atual sistema de investigação existente em nosso país é insatisfatório, pois muitas vezes a polícia não dispõe de aparatos suficientes para trabalhar e, como órgão subordinado ao Poder Executivo, pode ser influenciada por interesses ilegítimos de integrantes influentes do poder público, o que pode contribuir para que delitos de grande vulto não sejam investigados.

Por outro lado, o Ministério Público é investido de amplas funções e prerrogativas, dentre as quais destacamos a independência funcional, o que o torna apto para participar das investigações preliminares sem que seja afetado por qualquer tipo de influência, podendo agir de acordo com suas convicções e princípios.

O argumento de que a investigação preliminar em matéria criminal é atribuição exclusiva da polícia provém da interpretação equivocada do artigo 144 da CF, pois, como já explanado, o referido texto dispõe sobre segurança pública, definindo as espécies

de polícia e suas funções, sendo que o § 1º, IV, apenas estipula que cabe à Polícia Federal exercer com exclusividade as funções de polícia judiciária da União, não conferindo qualquer exclusividade no que tange às investigações criminais.

Por fim, é importante destacar que, no que se refere às investigações preliminares, o Ministério Público não deve agir como “substituto” da polícia – que deve continuar investigando – ou passar a exercer exclusividade sobre a apuração de ilícitos criminais, mas sua atuação deve ser exercida à medida que outras formas de investigações se revelarem insatisfatórias.

Resta assim a proposta de encontrarmos um ajuste entre polícia e Ministério Público, a fim de estabelecermos um sistema de investigação adequado à realidade brasileira visando sempre à aplicação efetiva da justiça.

Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação penal (análises e confrontos)*. São Paulo: Saraiva, 1938.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Lisboa, 1980.

BONFIM, Benedito Calheiros. O direito do MP de investigar. *Consulex*, Brasília, DF, n. 184, 2004.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *O Ministério Público e suas investigações independentes: reflexões sobre a inexistência de monopólio na busca da verdade real*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933. v. 2.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução José Luiz V. de Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957. 2 v.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CONSO, Giovanni. Procedimento penal ou direito processual penal? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 74, v. 595, abr. 1985.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *O Ministério Público no direito estrangeiro*. 2001. Tese (Doutorado) – PUC/SP, São Paulo, 2001.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; Maluly, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *A investigação a cargo do Ministério Público e o controle externo da atividade judicial*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br>.

DINO, Nicolau. Quem pode investigar? *Jornal de Tocantins*, Palmas, 8 jul. 2004.

DOTTI, René Ariel. O desafio da investigação criminal. *Boletim IBCCRIM*, n. 138, maio 2004.

FEELEY, Malcolm. The adversary system. In: *Encyclopedia of the American Judicial System*. New York: Robert J. Janosik, 1987. v. 3.

FELDENS, Luciano; STRECK, Lenio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Marcela de Jesus Boldori. A legitimidade investigativa do Ministério Público e a importância de sua investigação no combate ao crime organizado. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 3, n. 11, abr./jun. 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. Versão 5.0, rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2006. 1 CD-ROM.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, v. 47, jan./mar. 1993.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999.

HALL, Daniel E. *Criminal law and procedure*. 2. ed. Albany: West Publishing, 1996.

LFAVE, R. Wayne; ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. Saint Paul: West Publishing, 1992.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1.

_____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1.

_____. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed., 2. tir. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo. In: _____. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Edipro, 2002. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. Tribunal do Júri: culpado ou inocente? Anteprojeto de Código de Processo Penal de novembro de 1994. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal 3: críticas e sugestões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. São Paulo: Edipro, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Regime constitucional de propriedade das ilhas oceânicas e costeiras

João Trindade Cavalcante Filho*

Sumário: 1 Colocação do problema. 2 Metodologia e marco teórico. 3 Construção dos conceitos de ilha oceânica e ilha costeira. 4 Interpretação gramatical do art. 20, IV: possibilidade de domínio estadual apenas sobre as ilhas costeiras. 5 Interpretação gramatical do art. 26, II: possibilidade de domínio estadual sobre as áreas em ilhas costeiras e oceânicas. 6 Interpretação sistemática dos arts. 20 e 26. 7 Mais uma vez os arts. 20 e 26. 8 Conclusão.

1 Colocação do problema

O regime constitucional dos bens públicos, longe de se caracterizar como matéria simples e clara, apresenta ao intérprete várias dificuldades que devem ser adequadamente superadas, sob pena de uma construção normativa deficitária em termos de legitimidade sistêmica e social.

O texto constitucional elenca entre os bens da União “as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II” (art. 20, IV, *in fine*, na redação da EC n. 46/2005).

* João Trindade Cavalcante Filho é acadêmico de Direito da Universidade de Brasília, técnico administrativo da Procuradoria-Geral da República, professor de Direito Constitucional e Administrativo do curso preparatório para concursos e de capacitação para servidores, estagiários e terceirizados da Procuradoria-Geral da República e ex-professor voluntário de Direito Penal e Legislação Aplicada ao MPU do curso preparatório para concursos de estagiários e terceirizados da Escola Superior do Ministério Público da União.

Por sua vez, o referido art. 26, II, atribui aos estados a propriedade sobre “as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros”. A leitura conjunta dos dois dispositivos expõe ao intérprete intensas e várias perplexidades hermenêuticas.

Relevando o problema da conceituação de ilhas oceânicas e costeiras, percebe-se, de pronto, uma incompatibilidade entre os dois textos. Uma interpretação literal exclui da propriedade da União apenas as ilhas costeiras, em virtude do emprego do vocábulo “destas”. Já o art. 26, II, fala das áreas estaduais tanto nas ilhas costeiras quanto nas oceânicas.

Há mais: enquanto o art. 20, IV, define a propriedade da União excluídas as áreas estaduais, o art. 26, II, estrema essas áreas de domínio estadual como aquelas sobre as quais não incide o domínio da União. Estabelece-se, à primeira vista, uma petição de princípio, com a formulação de um raciocínio circular que simplesmente nada define.

São essas as questões que buscaremos responder no presente artigo, mesmo porque essas disposições aparentemente conflitantes devem ser resolvidas pelo intérprete em atenção ao princípio da unidade da Constituição e do próprio ordenamento jurídico¹.

2 Metodologia e marco teórico

Inocêncio Mártires Coelho ensina que a interpretação especificamente constitucional – com todos os complexos mecanismos e teorias da hermenêutica filosófica de que lança mão – aplica-se apenas à parte dogmática da Constituição (direitos fundamentais), e não à parte organizatória, em que os mecanismos tradicionais da her-

¹ Sobre o princípio da unidade da Constituição, cf. CANOTILHO, 2003, p. 1210. Ainda, HESSE, 2003, p. 95. Sobre a unidade do ordenamento jurídico, é obrigatória a consulta à clássica lição de Bobbio (2001, p. 54).

menêutica jurídica mostram-se suficientes². Embora não concordemos totalmente com a afirmação, é de se reconhecer que a maioria dos problemas aqui apresentados será resolvida com base nos tradicionais métodos – gramatical, histórico, lógico-sistemático e teleológico – que a interpretação jurídica já oferece desde Savigny e Ihering.

Isso não implica dizer que adotamos um referencial teórico estritamente positivista. Apenas ressaltamos, sem abrir mão de nossa filiação ao pós-positivismo (moderado) e a assim chamada Nova Hermenêutica Constitucional, que as presentes questões podem ser resolvidas, na maioria, a partir de uma metodologia interpretativa tradicionalíssima.

Assim, buscaremos construir uma investigação dogmática e analítica – não no sentido emprestado por Ferraz Júnior³, mas sim no sentido clássico cartesiano de decomposição do problema em partes menores⁴. O recurso ao texto e ao contexto normativo, na busca da construção de um significado constitucionalmente adequado (veja-se a filiação pós-positivista), dar-se-á por meio de uma empiria legal e jurisprudencial geralmente inédita, embora também se recorra a lições doutrinárias.

3 Construção dos conceitos de ilha oceânica e ilha costeira

A Constituição refere-se apenas duas vezes aos dois signos de que tratamos, justamente nos dois dispositivos já referidos. Embora

² “A propósito, qualquer levantamento realizado entre os doutrinadores contemporâneos mais conceituados evidenciará que é grande esse entusiasmo [com a interpretação especificamente constitucional], muito embora, a rigor, a especificidade da interpretação constitucional se restrinja à parte dogmática das constituições, isto é, àquela parte onde estão compendiados os direitos fundamentais, interpretando-se os preceitos restantes de acordo com os ‘métodos’ tradicionais” (COELHO, 2003, p. 31).

³ FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 91.

⁴ Cf. DESCARTES, 2005, p. 36.

não os defina – no que andou bem o constituinte, pois, como assevera Maria Helena Diniz, definir é tarefa da doutrina, não do legislador –, o sistema constitucional fornece subsídios razoavelmente sólidos para a construção de um significado para ambas as unidades significativas.

Pode-se dizer que as ilhas marítimas (excluídas, portanto, as ilhas fluviais e lacustres a que se refere a primeira parte do art. 20, IV) podem ser de duas espécies: costeiras ou oceânicas⁵. As primeiras são as que se situam próximo da costa (também chamadas continentais), enquanto as segundas localizam-se em alto-mar (por isso chamadas pelágicas)⁶. Falta ainda, porém, um critério objetivo para estabelecer o que seja próximo à costa ou situado em alto-mar.

Recorre-se, então, ao conceito de mar territorial (também referido na Constituição, no art. 20, VI): as ilhas situadas dentro da zona de 12 milhas náuticas ou 22.224 metros contados a partir da linha de baixa-mar (mar territorial, tal como estabelecido pela Lei n. 8.617/1993, em atenção à Convenção de Montego Bay sobre os direitos marítimos) são denominadas ilhas costeiras; as demais, para além dessa zona, formadas pela projeção da plataforma continental, são definidas como ilhas oceânicas⁷.

⁵ Nesse sentido: STF, AI n. 505.076/SC, relator ministro Joaquim Barbosa, *DJ* de 20 out. 2006, p. 98; e AI n. 498.533/SC, relator ministro Cezar Peluso, *DJ* de 17 ago. 2006, p. 35. Confundindo os conceitos, por equiparar as ilhas marítimas às oceânicas (não percebendo que marítimo é aquilo que está no mar, não apenas em alto-mar), cf. STF, AI n. 454.492/SC, relatora ministra Ellen Gracie, *DJ* de 15 fev. 2006, p. 92.

⁶ Cf. acerca desses conceitos: STF, AI n. 498.534/SC, relator ministro Celso de Mello, *DJ* de 23 mar. 2007, p. 159.

⁷ Lei n. 8.617/1993, art. 1º: “O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítimas [22.224m] de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil”. Vê-se, daqui, que a afirmação de que as ilhas oceânicas são as situadas fora do mar territorial não é tecnicamente adequada, pois também a partir das formações insulares se contam 12 milhas que compõem o mar territorial – então as ilhas, quaisquer que sejam, estarão sempre dentro desse território. O que acontece – e que aqui se afirma – é que as ilhas oceânicas se encontram fora da linha de mar territorial definida

Há quem defenda serem as ilhas oceânicas gênero das quais as costeiras seriam espécie (CRETELLA JÚNIOR, 1993). A redação do dispositivo constitucional revela, todavia, ser inadequada essa interpretação, senão o texto não utilizaria os dois significantes em situações distintas – e a lei não possui palavras inúteis, já ensina o brocardo.

4 Interpretação gramatical do art. 20, IV: possibilidade de domínio estadual apenas sobre as ilhas costeiras

Voltemos ao que dispõe o art. 20 da Constituição:

São bens da União: [...] IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II [g.n.].

Primeiramente, note-se que a parte final do inciso, única que nos interessa diretamente, estipula uma regra: as ilhas oceânicas e as costeiras pertencem à União. Ao depois, prevê duas exceções a essa regra: (a) ilhas que contenham a sede de municípios (São Luís, Vitória e Florianópolis, p.ex.) e (b) ilhas referidas no art. 26, II. Com relação à hipótese (a), existe uma exceção dentro da própria exceção: as áreas afetadas a serviço público (federal, claro) e a unidade ambiental federal. Como se trata de regras excepcionais em relação à exceção, decorre logicamente que essas áreas ressaltadas voltam a integrar o patrimônio federal.

Assim, o texto “exceto aquelas áreas [...] federal” poderia ser lido como um apêndice, entre parênteses, da expressão “as que contenham a sede de Municípios”. Daí a lógica da vírgula empregada

a partir do litoral continental. Em defesa do nosso entender – embora sem atentar para o fato de que, em verdade, as ilhas estão sempre situadas no mar territorial, porque este é definido em função delas: STF, AI n. 575.987/SC, relator ministro Carlos Velloso, DJ de 10 fev. 2006, p. 59.

depois do vocábulo “federal” e antes da aditiva “e” (que normalmente não exige a pausa virgulada).

Em segundo lugar – e essa é a análise que mais nos deve deter –, é preciso que se leia em conjunto “as que contenham a sede de Municípios [...] e as referidas no art. 26, II” como se referindo às ilhas costeiras apenas. Senão, vejamos.

O pronome demonstrativo “destas” funciona como adjunto adnominal da unidade semântica “ilhas costeiras”, e não de toda a expressão “ilhas oceânicas e costeiras”. Ora, “destas”, contração da preposição “de” e do pronome demonstrativo “estas”, se dirige, sob o critério textual, ao elemento significativo mais próximo, por oposição a “daquelas”, que se refere ao mais remoto. Note-se que o emprego dessas formas só é necessário se houver restrição a apenas um elemento – no caso, o mais próximo. E, como é princípio assente de hermenêutica que a lei não possui palavras inúteis, não é preciso muito esforço para compreender que a única interpretação gramatical adequada, nesse caso, é a que relaciona a exclusão posterior apenas às ilhas costeiras.

Por fim, é de se lembrar que o artigo “as” em “as que contenham a sede de Municípios [...] e as referidas no art. 26, II” retoma a referência ao substantivo “ilhas”. A partir de uma abordagem apenas gramatical, portanto, a propriedade de municípios e estados recairia sobre as ilhas em si.

5 Interpretação gramatical do art. 26, II: possibilidade de domínio estadual sobre as áreas em ilhas costeiras e oceânicas

Toda essa argumentação quanto ao art. 20, IV, praticamente desaba se a confrontarmos com a interpretação também apenas gramatical do art. 26: “Incluem-se entre os bens dos Estados: [...] II – as

áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros”.

Percebe-se claramente que, ao contrário do que se concluído do art. 20, IV, é possível aos estados deter áreas em ilhas costeiras e também nas oceânicas; é o que decorre da clara dicção do dispositivo em comento, por meio do adjunto adverbial “nas ilhas oceânicas e costeiras”.

Por outro lado, a conclusão a que chegamos a partir da análise do artigo “as” (de que a propriedade estadual incidiria sobre as ilhas em si) aqui também parece desmentida, pois que a Constituição diz claramente que o domínio é exercido não sobre a ilha, mas sobre as áreas nessa ilha.

A partir da comparação da interpretação literal dos dois dispositivos, nota-se que, por coerência do sistema, faz-se imprescindível compatibilizá-los para encontrar uma interpretação adequada.

O conflito é muito bem anotado por José Afonso da Silva:

É certo que o texto só exclui as áreas referidas no art. 26, II, das ilhas costeiras, não das ilhas oceânicas. Aí, o demonstrativo “destas” é um signo de especificação precisa, porque se refere ao elemento mais próximo da enumeração, ao último elemento, que é “ilhas costeiras”. Mas – e aí entra um problema de compreensão – o art. 26, II, como veremos, declara que pertencem aos estados “as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob o domínio da União, Municípios ou terceiros”. Com isso, a regra fica confusa, porque há uma dupla remissão acompanhada de dupla exclusão⁸.

6 Interpretação sistemática dos arts. 20 e 26

Em atenção aos princípios da unidade da Constituição e da máxima efetividade, cumpre ao intérprete compatibilizar os dois dispositivos, harmonizando as normas que deles se possam extrair. Como se trata de duas regras, a resolução dessa antinomia requer,

⁸ SILVA, 2006, p. 256.

como dissemos, maiores esforços técnicos do que axiológicos – embora não seja prudente desprezar a influência de princípios como o federativo.

Já se viu que o ponto central (mas não o único) da discórdia é o vocábulo “destas”, empregado no inciso IV do art. 20: nem é compatível com o art. 26, II, ao qual o próprio dispositivo se refere nem pode simplesmente ser desprezado, lendo-se “de ambas” quando se escreveu “destas”.

Múltiplas soluções são possíveis, apenas algumas adequadas, somente uma é, para determinado intérprete, a ótima. Como já se tornou quase lugar-comum, após a chamada “Nova Hermenêutica”, é preciso lembrar que não existe uma única interpretação adequada. Isso, porém, não impede que se busque – com consciência da relatividade dessa saída e da influência das pré-compreensões no processo interpretativo – uma solução ótima, dentro dos pressupostos hermenêuticos e valorativos já lançados.

Ressalte-se que, qualquer que seja a solução, ela dificilmente deixará de “violentar” o texto. Este, embora seja limite, fronteira última para a dita atividade criativa do intérprete, terá de ser superado, em sua literalidade, se quisermos encontrar uma solução sistêmica consistente e adequada. Deve-se sempre, todavia, contrariá-lo o menos possível, seja por respeito ao limite que representa, seja em atenção ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Segundo nos parece, a solução mais adequada ao signo “destas”, presente no art. 20, IV, é atribuir-lhe a referência única à locução “as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal”, deixando de fora a ligação com “e as referidas no art. 26, II”. Por meio desse expediente, retira-se a inconsistência de que um artigo contradiga o outro, pois a restrição “destas”, que se refere às ilhas costeiras, seria feita apenas quanto à sede de municípios, e não às áreas estatais.

A interpretação parece-nos adequada, na medida em que é razoável entender que a sede de municípios ocorra apenas em ilhas costeiras. Já as áreas estatais, podem, em tese, estender-se até mesmo a ilhas oceânicas, como é o caso do arquipélago de Fernando de Noronha – constitucionalmente atribuído a Pernambuco, por força do art. 15 do ADCT.

Exponhamos, agora, o “malabarismo” semântico e sintático que deverá ser feito para possibilitar essa interpretação sem violar a literalidade dos dispositivos. Primeiramente, como já se disse, a contração “destas” deve ser lida com referência apenas à sede de municípios, deixando de fora a ressalva do art. 26, II.

Para tornar sintaticamente possível essa mudança, a expressão “excluídas” deve ser interpretada como referente não só às ilhas costeiras (leitura mais óbvia e direta), mas também às ilhas oceânicas. Além disso, seria diretamente ligada à locução “e as previstas no art. 26, II”, já agora considerada de forma independente da ressalva às sedes de municípios.

Traduzindo esse complexo trilhar hermenêutico em palavras mais claras, é como se lêssemos, a partir de agora, assim: “[...] as ilhas oceânicas e costeiras, excluídas: a) destas (as costeiras), as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas a serviço público e a unidade ambiental federal; e b) as referidas no art. 26, II”. Perceba-se que a “inventada” alínea *b* excluiria as áreas estaduais (referidas no art. 26, II) tanto das ilhas costeiras quanto das oceânicas, pois “excluídas” agora refere-se a ambas. Deixando de ler num mesmo plano “as que contenham a sede de Municípios” e “as referidas no art. 26, II”, é possível, pois, chegar – não sem bastante esforço, é verdade – à interpretação que consideramos mais correta.

Dessa forma, não se viola a literalidade dos dispositivos; não se inventam palavras onde não existem; não se desprezam palavras que

já existem; não se mudam os significados dos vocábulos. Apenas procede-se a um esforço de reorganização sintático-semântica no intuito de eliminar antinomias constitucionais – tarefa sistematizadora à qual não pode furtar-se o intérprete.

É bem verdade, porém, que o significado aqui construído para o dispositivo do art. 20, IV, é enfraquecido quando se submete a uma interpretação histórica. É que, mesmo antes de a EC n. 46/2005 incluir a ressalva da sede dos municípios, já existia (na redação original da Constituição, portanto) o vocábulo “destas”. Com essa observação, se enfraquece(ria) nossa interpretação, segundo a qual “destas” faria referência apenas às sedes de municípios.

Deve-se lembrar, todavia, que a análise que empreendemos é um estudo dos dispositivos vigentes. Assim, a solução que apresentamos busca ser adequada ao texto constitucional tal como agora exposto, após as modificações da EC n. 46/2005, e não ao texto pretérito. Se uma interpretação histórica pode levar a conclusões diferentes, é de se lembrar que essas interpretações podem ser tidas como simplesmente tornadas inoperantes ou inadequadas em face da nova redação do dispositivo. E é justamente aqui que nos apoiamos: numa interpretação sistemática em contraponto a uma análise meramente histórica (sem descurar da importância desse método, é claro).

7 Mais uma vez os arts. 20 e 26

Não param por aqui, porém, as dificuldades do intérprete em atribuir um significado coerente aos arts. 20, IV, e 26, II. É que o primeiro define a propriedade da União, ressaltando as áreas pertencentes aos estados, e o segundo define as áreas pertencentes aos estados, ressaltando as propriedades da União, ou seja, o primeiro define as áreas da União como sendo, *grosso modo*, as que não pertençam aos estados e remete ao art. 26, II, em que existe (ou se espera que exista) uma definição de quais sejam as áreas dos

estados. Qual não é a surpresa de um leitor que vá, vez primeira, ao art. 26, II, quando lá veja que essa definição simplesmente não existe, pois o inciso referido repete (com sinal invertido) o método exclusivo para se encontrar a propriedade estadual.

Cria-se um verdadeiro círculo vicioso, uma petição de princípio. É área federal a que não for estadual (art. 20, IV) e a área é estadual quando não for federal. Como essa leitura não diz absolutamente nada de relevante, deve ser, portanto, afastada de plano. Afinal, uma das decorrências da unidade e sistematicidade da Constituição (assim como do limite objetivo do texto) é a de que não se pode interpretá-la de forma a chegar a conclusões absurdas ou completamente ilógicas. Cumpre ao hermenêuta, uma vez mais, utilizar as habilidades de prestidigitador para tentar chegar a uma construção aceitável.

Ocorre que, como já dissemos, o art. 20, IV, utiliza o artigo definido feminino “as” para fazer a ressalva do art. 26, II. Levando-se em conta que o referente do vocábulo “as” é o mesmo de “destas”, vemos que, com base na interpretação já construída para o dispositivo, o artigo feminino se relaciona a “ilhas oceânicas e costeiras”. Isso levaria a entender que a propriedade estadual pode incidir sobre a ilha oceânica ou costeira em si.

Não é o que se infere da leitura do art. 26, II, que inclui entre os bens dos estados “as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros”. Aqui se recorre, mais uma vez, à análise de José Afonso da Silva: “Não se incluem entre os bens dos Estados as ilhas oceânicas e as costeiras em si; somente as áreas, nelas, que estiverem no domínio dos Estados. As ilhas mesmo se incluem entre os bens da União, conforme se tem no art. 20, IV”⁹.

⁹ SILVA, 2006, p. 292.

Primeiro, vem a perplexidade da exclusão do domínio de municípios, União ou terceiros logo após ter utilizado a oração adjetiva restritiva “que estiverem sob o seu domínio”. Ora, se uma área está sob o domínio do estado, é claro que não estará sob o domínio de outrem. Se eu sou proprietário de algo é justamente porque posso opor o domínio legítimo contra todos – é justamente nisso que reside o caráter exclusivo típico e constitutivo do direito de propriedade.

A ressalva, portanto, é inútil e redundante, quase infantil, a não ser que se a interprete como norma permissiva de outros domínios nas áreas referidas. E é justamente essa a interpretação mais adequada, em atenção ao princípio da unidade da Constituição. O que se afirma é, em outras palavras, o seguinte: ao estado pertencem as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem sob o seu domínio (que lhe sejam atribuídas)¹⁰, ressalvada a possibilidade de haver, nessas áreas, propriedades municipais, federais ou mesmo de particulares¹¹.

¹⁰ Seria melhor que se tivesse utilizado a expressão entre parênteses. Com efeito, não se elimina a redundância do inciso, tal como está, se o lermos com a inevitável referência ao *caput* do artigo, em que se fala: “incluem-se entre os bens dos Estados: [...] as áreas [...] que estiverem sob o seu domínio [...]”. É como se disséssemos: “pertence ao Estado o que é do Estado”. Se lembrarmos que já havia uma aparente redundância no interior do inciso, poderíamos traduzir, jocosamente, a disposição da seguinte forma: “pertence ao Estado o que é do Estado e que não é de mais ninguém que não seja o Estado” – o que, convenhamos, é, apesar de ridícula, uma leitura possível (e a mais óbvia) da infeliz redação do dispositivo.

¹¹ Essa interpretação é corroborada pelo Supremo Tribunal Federal. Por todos, veja-se o já citado AI n. 498.534/SC, relator ministro Celso de Mello, do qual transcrevemos trechos mais significativos: “ILHAS MARÍTIMAS (ILHAS COSTEIRAS OU CONTINENTAIS E ILHAS OCEÂNICAS OU PELÁGICAS). SANTA CATARINA. ILHA COSTEIRA. USUCAPIÃO DE ÁREAS DE TERCEIROS NELA EXISTENTES. DOMÍNIO INSULAR DA UNIÃO FEDERAL (CF, ART. 20, IV). POSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE EXISTIREM, NAS ILHAS MARÍTIMAS, ÁREAS SUJEITAS À TITULARIDADE DOMINIAL DE TERCEIROS (CF, ART. 26, II, ‘IN FINE’). [...] O acórdão objeto do recurso extraordinário a que se refere o presente agravo de instrumento bem reflete, no ponto, o entendimento que a jurisprudência desta Suprema Corte já deixara assentado a propósito da possibilidade jurídico-constitucional de existirem, nas ilhas costeiras (ou continentais), áreas sujeitas à titularidade dominial de terceiros (fls. 21/23). Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide da Carta de 1969, ao julgar o RE 101.037/SP, R.el. Min. Francisco Rezek

Lido dessa forma, o inciso passa a fazer algum sentido e cumpre até mesmo uma importante função sistêmica, qual seja, aclarar o regime de domínio das ilhas oceânicas e costeiras, explicitando a possibilidade de propriedades particulares ou municipais.

Não se eliminou, ainda, uma repetição desnecessária: a ressalva da propriedade da União. Entendamos que a propriedade das ilhas em si é federal, enquanto o estado pode deter áreas dentro dessas ilhas – e assim compatibilizamos os arts. 20, IV, e 26, II. Ainda assim fica sem

(RTJ 113/1279), pronunciou-se a respeito do tema ora em análise, fixando orientação consubstanciada em acórdão assim ementado: ‘Ilhas Oceânicas. CF, artigo 4º, II. Há de ser entendida esta expressão em seu sentido técnico e estrito, visto que o constituinte de 1967, por certo, não pretendeu inscrever, abruptamente, no domínio da União, bens situados em centros urbanos, nas ilhas litorâneas, e integrantes do patrimônio de Estados, municípios e particulares. Mérito da sentença singular e do acórdão do TFR. Hipótese de não conhecimento do recurso extraordinário da União’. Cumpre não desconhecer que a mera ausência de registro imobiliário não é suficiente, só por si, para configurar a existência de domínio público, mesmo porque tal circunstância não induz à presunção, ainda que ‘*juris tantum*’, de que as terras destituídas de inscrição no Registro de Imóveis sejam necessariamente devolutas, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que exige, do Estado, a prova inequívoca de que lhe pertence a titularidade dominial do bem imóvel. [...] O que se mostra irrecusável, considerado o que dispõem o art. 20, IV, e o art. 26, II, ambos da Constituição da República, é que nem todas as áreas existentes nas ilhas continentais (ou costeiras) acham-se incluídas no domínio patrimonial da União, pois, como anteriormente ressaltado, a própria Carta Política reconhece que, em tais ilhas, também podem existir bens pertencentes a terceiros, meros particulares. Daí a advertência de Ives Gandra Martins, em obra escrita com o saudoso Celso Ribeiro Bastos (‘Comentários à Constituição do Brasil’, vol. 3, tomo II/116, 2ª ed., 2002, Saraiva): ‘Pertencem à União as áreas que não se encontram no domínio dos Estados, Municípios e de terceiros [...]. As áreas podem pertencer a terceiros, como particulares que construam casas de lazer, condomínios fechados, hotéis, à evidência, não integrando assim nenhuma das entidades federativas’ (grifei). Cumpria à União Federal, portanto, provar, de modo inequívoco, que as áreas usucapiendas integravam o seu domínio patrimonial, o que – se efetivamente por ela fosse demonstrado – obstaría a consumação do usucapião. Tal, porém, não se verificou, como soberanamente afirmado pelo acórdão recorrido (RTJ 152/612 - RTJ 153/1019 - RTJ 158/693), circunstância esta que – ao justificar a plena incidência, no caso, da Súmula 279/STF – torna incognoscível o apelo extremo em questão”. A decisão parece caminhar no sentido – por nós não compartilhado – de que podem existir propriedades particulares não só nas ilhas costeiras, como também nas oceânicas. O precedente citado (do ministro Francisco Rezek) refere-se, porém, apenas ao domínio privado nas ilhas litorâneas ou continentais, como defendemos. No mesmo sentido da decisão que transcrevemos: AI n. 505.076/SC, relator ministro Joaquim Barbosa; AI n. 498.533/SC, relator ministro Cezar Peluso; RE n. 424.275, idem; AI n. 575.987/SC, relator ministro Carlos Velloso; e AI n. 454.492/SC, relatora ministra Ellen Gracie.

sentido ressaltar, no art. 26, a possibilidade de domínio da União sobre áreas nas ilhas oceânicas e costeiras. Ora, se a propriedade da coisa em si é da União, é possível (e, mais ainda, deve ser a regra logicamente dedutível) que essa pessoa jurídica domine também os acessórios da coisa (áreas nas ilhas): é o princípio geral de que “o acessório segue o principal”. Nesse sentido, repita-se, fica vazia a utilidade de se ressaltar a propriedade da União no art. 26, II.

Pode-se considerar como mera norma de reforço do art. 20, IV, ou como ressalva esdrúxula de que, sendo a União proprietária das ilhas, pode, também, possuir áreas nelas. Uma ou outra solução é frágil, mas melhor do que a simples redundância.

Em síntese, então: a propriedade da União é sobre as ilhas em si, mas também pode incidir sobre as áreas lá existentes; a propriedade do estado é apenas sobre as áreas nas ilhas oceânicas e costeiras, assim definidas ou a ele atribuídas (por lei, doação, desapropriação¹² etc.), com a ressalva de que lá podem existir áreas de domínio municipal ou até de particulares, além da já citada propriedade federal.

8 Conclusão

O regime constitucional de propriedade das ilhas oceânicas e costeiras revela-se, a partir de uma leitura preliminar, baseada em uma interpretação eminentemente gramatical, contraditório e redundante. Por isso, faz-se necessário o recurso à interpretação sistemática, com o intuito de harmonizar os dispositivos que tratam do assunto e construir significados constitucionalmente adequados.

A partir dos paradigmas interpretativos estabelecidos – pós-positivismo moderado, com a ressalva de que os métodos hermenêuticos tradicionais são suficientes para solucionar as questões

¹² Essa somente das áreas municipais ou particulares, pois não existe a possibilidade de um estado desapropriar bem da União.

postas – construiu-se um conjunto de significados integrados para os dois principais dispositivos que tratam da propriedade das ilhas em questão: o art. 20, IV, e o art. 26, II, ambos da CF.

Sem “violentar” o texto, limite último para a atividade criativa do intérprete, foi possível construir interpretações novas para os dispositivos em questão.

Ficou estabelecido que a propriedade das ilhas oceânicas (situadas além do mar territorial) e costeiras (incluídas na faixa de 12 milhas náuticas definida em lei como mar territorial), consideradas em si, é atribuída constitucionalmente à União. Porém, em determinadas *áreas* de ambas as ilhas pode incidir a propriedade dos estados, enquanto, quanto aos municípios, o direito real somente pode incidir sobre áreas em ilhas costeiras.

É de se lembrar, porém, que a propriedade estadual *nas* (e não *das*) ilhas costeiras não exclui a possibilidade de existirem áreas sob domínio dos municípios ou de particulares – enquanto, nas ilhas oceânicas, também não se exclui a propriedade de particulares.

A propriedade estadual será definida por via legal ou por ações concretas, como doações, alienações ou desapropriações. Já o domínio da União é definido por via de exclusão, já que, proprietária das ilhas oceânicas e costeiras em si, possui também, de regra, o domínio das áreas nelas contidas (o acessório segue o principal).

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: L&PM Pocket, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Seção V

Temas Atuais

O Ministério Público como o novo tribunal

Alexandre Assunção e Silva*

Ainda que, devido à natureza invejosa dos homens, sempre tenha sido tão perigoso encontrar modos e ordenações novos quanto procurar águas e terras desconhecidas – por estarem os homens sempre mais prontos a censurar do que a louvar as ações alheias –, assim mesmo, levado pelo natural desejo que em mim sempre houve de trabalhar, sem nenhuma hesitação, pelas coisas que me pareçam trazer benefícios comuns a todos, deliberei entrar por um caminho que, não tendo sido ainda trilhado por ninguém, se me trouxer enfados e dificuldades, também me poderá trazer alguma recompensa, por meio daqueles que considerarem com humanidade os objetivos deste meu labor. E, se o engenho pobre, a pouca experiência das coisas presentes e o pequeno conhecimento das antigas tornarem insuficiente e de não grande utilidade esta minha tentativa, pelo menos abrirão caminho a alguém que, com mais virtú, mais eloquência e discernimento, possa vir a realizar este meu intento: o que, se não me granjejar louvores, não deveria gerar censuras (MAQUIAVEL, 2007, p. 5).

Sumário: 1 Introdução. 2 Da crise no sistema democrático representativo. 3 O Ministério Público no Brasil. 4 O tribunal da plebe. 5 O tribunal segundo Rousseau. 6 Tribunal e Ministério Público. 7 Tribunal e Defensoria Pública. 8 O Ministério Público como o novo tribunal. 9 Competências que podem ser atribuídas ao Ministério Público. 10 Da expressão *parquet*. 11 Conclusão.

* Alexandre Assunção e Silva é Procurador da República no Município de Caxias/MA e mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí (UFPI).

1 Introdução

O presente artigo visa sugerir um próximo passo na evolução do Ministério Público no Brasil pós-Constituição de 1988, e, para isso, olha o passado, a fim de refletir sobre o futuro.

Atualmente, a independência funcional e a autonomia financeira, características presentes no Ministério Público, são almeçadas por outras instituições. Projetos de emenda constitucional visam atribuí-las também à Polícia e à Defensoria Pública (PEC n. 37/2006 e PEC n. 487/2005).

A Polícia tem a função de exercer a vigilância pública e apurar infrações penais, investigando os culpados pela prática de crimes (CF, art. 144, §§ 1º, I, e 4º); já a Defensoria Pública presta assessoria jurídica aos necessitados (CF, art. 134). Essas instituições alegam que, para exercerem melhor suas atribuições, precisam de mais independência e prerrogativas. A Polícia tornar-se-ia um tipo de agência ou autarquia especial, independente do Poder Executivo, e a Defensoria Pública passaria a ter independência financeira e orçamentária.

Perguntamos: se tais instituições querem e podem evoluir, por que o Ministério Público igualmente também não pode?

Entendemos que isso é possível, para melhor exercer as funções que já lhe foram outorgadas pela CF/1988, de defensor do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A justificativa política para a ocorrência dessa evolução será analisada a seguir.

2 Da crise no sistema democrático representativo

Para Bobbio (2004), a democracia representativa significa genericamente que as deliberações coletivas são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta

finalidade. A democracia contemporânea, porém, quando comparada à democracia inspirada em Rousseau, no que tange à participação popular, está em crise ao menos por três razões. Inicialmente, a participação do povo resulta tão-só na formação da vontade da maioria parlamentar, e o parlamento hoje não é o centro do poder de fato, mas apenas um local onde se refletem os resultados de decisões tomadas em outros foros. Além disso, ainda que o parlamento fosse o órgão de poder real, o voto popular limita-se a legitimar, a intervalos regulares, uma classe política que visa a própria autoconservação, que tende à oligarquia, e é cada vez menos representativa. Por último, nas eleições, a participação popular é distorcida, manipulada pela propaganda das poderosas organizações televisivas, religiosas, partidárias, sindicais etc. Por conta disso tudo, a participação democrática não é eficiente, nem direta, nem livre.

Conforme Giddens (1995, p. 129), a “democracia representativa significa o governo de grupos distantes do eleitor comum e com frequência é dominada por insignificantes questões de política partidária”. Segundo ele, na política atual, as pessoas não se preocupam com o que acontece por trás do palco. Diversas formas de clientelismo e a corrupção mais absoluta permanecem e tornam-se, no seio da liderança política, a forma corriqueira de agir. Impostos e outros tributos têm outras destinações, sem explicação alguma para onde vai tal dinheiro.

A própria lei, frequentemente, não é resultado de uma vontade geral, mas obra de uma coalização facciosa que se dispôs a seguir uma maioria para consagrar seu interesse particular, como já dizia Rousseau (1991).

Por outro lado, os regimes democráticos instaurados recentemente não conseguiram eliminar a exclusão social. De acordo com Santos (2007), recentes pesquisas feitas na América Latina revelaram que em determinados países a maioria da população preferiria viver sob ditadura, desde que lhe fossem asseguradas melhores condições

de vida. Os cidadãos sentem-se cada vez menos representados pelos partidos, que não seguem seus programas eleitorais. Se a desigualdade social continuar aumentando no ritmo das três últimas décadas, transformará a igualdade jurídico-política entre os cidadãos, um ideal republicano, numa hipocrisia social legitimada.

No Brasil, conforme Benevides (1994), não temos uma cidadania efetivamente democrática. As reformas sociais não foram feitas pelo povo, e os direitos do cidadão são entendidos como concessões, não como prestações legítimas para cidadãos livres e iguais perante a lei. Os direitos trabalhistas foram “doados” ao povo, por Getúlio Vargas, no Estado Novo, e as reformas institucionais, feitas parcialmente, não mudaram verdadeiramente o acesso à justiça, à segurança, à distribuição de renda, à previdência social, à educação e à saúde. Concessões como alternativas a direitos configuram uma cidadania passiva e excludente.

Para a referida autora, a representação política no Brasil é resultado de um Estado patrimonialista, no qual predomina o coronelismo e o clientelismo. As eleições para os cargos executivos são mais valorizadas que para os cargos legislativos, o que leva a práticas populistas, de salvacionismo e de favor. A fragilidade ideológica e programática dos partidos leva à crença na sua indiferença e oportunismo, o que é confirmado pelas pesquisas de opinião. A irresponsabilidade do representante em relação ao povo, às promessas de campanha e ao programa eleitoral é um abuso para o qual não se prevê solução. Assim:

a representação no Brasil permanece, efetivamente, como uma representação no sentido teatral: a representação do poder diante do povo e não a representação do povo diante do poder. Nesse sentido, afasta-se da ideia de democracia com soberania popular. Na ausência de mecanismos de controle sobre o representante – como os vários tipos de mandato imperativo ou de *recall*, que vão da simples advertência à perda do mandato – como proceder? (BENEVIDES, 1994, p. 12).

Esses contrastes constituem desafios à democracia que, se não forem superados, podem acarretar seu descrédito como regime. A insuficiência da democracia representativa, pela eleição de representantes nos parlamentos e no Poder Executivo, não quer dizer que tal sistema é imprestável. As críticas a ele, em comparação com o sistema de democracia direta, não significam a defesa de sua ruína e o retorno ao despotismo, com ausência de eleições em quaisquer níveis. Servem para demonstrar que,

no paradigma do Estado Democrático de Direito, a democracia representativa não basta, sendo imprescindíveis *formas alternativas de exercício do poder pelo povo, inclusive para defesa de direitos das minorias* (PORTO, 2006, p. 187, grifo nosso).

O cidadão, além de ser alguém que exerce direitos, cumpre deveres ou goza de liberdades em relação ao Estado, é também titular, ainda que parcialmente, de uma função ou poder público (BENEVIDES, 1994).

Como solução, Giddens (1995, p. 132-133) propõe uma democracia dialógica, “uma situação em que existe uma autonomia desenvolvida de comunicação, e na qual essa comunicação forma um diálogo por meio do qual as políticas e atividades são moldadas”. Para ele,

o diálogo, livre do uso de coerção e ocupando um “espaço público”, [...] é o meio não só de resolver as disputas, mas também de criar uma atmosfera de tolerância mútua. Ou seja, a própria estrutura do sistema democrático – ou do relacionamento – está aberta à discussão “pública” (1995, p. 136-137).

A democracia dialógica traria uma maior democratização, que dificultaria os desmandos daqueles que exercem o poder, na medida em que busca transformá-lo em relacionamentos negociados.

Dahl (1987) entende que há dois eixos fundamentais na compreensão do problema: competição e participação política. Para se alcançar uma maior proximidade do ideal democrático, chamado por Dahl de poliarquia, é preciso que existam os direitos:

- a) de formular preferências;
- b) de expressar suas preferências aos concidadãos e ao governo por meio da ação individual e coletiva;
- c) de ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo.

Para que essas três condições ocorram, ele arrola oito garantias institucionais:

- 1) liberdade de formar e aderir a organizações;
- 2) liberdade de expressão;
- 3) direito de voto;
- 4) elegibilidade para cargos públicos;
- 5) direito de líderes políticos disputarem apoio;
- 6) fontes alternativas de informação;
- 7) eleições livres e idôneas;
- 8) *instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam das eleições e de outras manifestações de preferências* [grifo nosso].

A cidadania precisa, assim, de instituições próprias, de espaços públicos onde possa ser ouvida a vontade do povo e onde este possa expressá-la, ou seja, espaços permanentes de expressão política, tais como partidos, sindicatos e órgãos do poder público. A cidadania passiva, outorgada pelo Estado, como favor e tutela, deve ceder espaço à cidadania ativa, que institui o cidadão como portador de direitos e deveres e como criador de direitos em novos espaços de participação política (CHAUÍ, 1984).

Conforme Maquiavel (2007), o povo, a maior parte da população, não quer governar diretamente nem quer ser oprimido pelos que governam. O fato de alguém chegar ao poder, mesmo de forma

legítima, não é suficiente para contentar os desejos de boa parte da população, pois, se o governante é legítimo e não um tirano, é positivo, mas nada garante que ele não vá usurpar uma fatia de poder maior do que a que lhe foi concedida. Os homens são maus e estão sempre prontos a agir contra as leis quando têm a ocasião, e é muito difícil conter a corrupção. Por isso, todos os povos que com prudência constituíram repúblicas, entre as coisas mais necessárias que ordenaram esteve a constituição de uma guarda da liberdade; e, dependendo do modo como esta seja instituída, dura mais ou menos tempo a liberdade do povo. Essa guarda deve ser feita pelo povo, pois sendo os populares encarregados da guarda de uma liberdade, é razoável que tenham mais zelo, pois, não podendo eles mesmos apoderar-se dela, não permitirão que outros se apoderem.

A sociedade, mesmo pluralista e aberta, com governantes eleitos por voto popular, está sujeita ao arbítrio dos poderosos, que controlam as instâncias de governo por meio do poder econômico. Daí a necessidade de instituições que sejam um instrumento de promoção de justiça social, em prol dos interesses da sociedade e da democracia, com o objetivo de fazer prevalecer o interesse público em qualquer decisão ou medida governamental que for adotada.

Uma dessas instituições, no Brasil, é o Ministério Público, analisado a seguir.

3 O Ministério Público no Brasil

No Brasil, a Constituição de 1988 estruturou o Ministério Público, dando-lhe independência, autonomia e garantias para possibilitar um desempenho eficiente de suas funções. Conferiu-lhe importância e estrutura no Estado, destinando-lhe um papel na sociedade que não tem precedente nas Constituições anteriores. Situou-o dentro de um capítulo próprio, intitulado “Das Funções

Essenciais à Justiça”, e conceituou-o como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). Desse modo, a função jurisdicional do Estado não pode ser exercida sem o Ministério Público. No direito brasileiro, sempre que há um especial interesse a proteger, a lei lhe confere a atribuição de defendê-lo (PAES, 2003).

Com o processo de abertura democrática da sociedade moderna, o Ministério Público ganhou autonomia para realizar exclusivamente o papel de defensor do povo. Segundo Goulart (1998, apud PORTO, 2006, p. 95):

o Ministério Público muda de função ao transitar da sociedade política para a sociedade civil. Ou seja, desvincula-se do aparelho coercitivo do Estado (do aparato burocrático responsável pela dominação através da coerção) para integrar, no âmbito da sociedade civil, parcela das organizações autônomas responsáveis pela elaboração, difusão e representação dos valores e interesses que compõem uma concepção democrática de mundo e que atuam no sentido da transformação da realidade (os sujeitos políticos coletivos que buscam a hegemonia democrática na batalha ideológica que se trava no seio e através da sociedade civil).

Numa época em que o Poder Executivo assume, crescentemente, a atividade legislativa, tendo em vista que possui as condições técnicas e orçamentárias para tratar de temas complexos, os sistemas democrático-representativos perdem cada vez mais importância na atividade de produção legislativa, o que fortalece a necessidade da existência de um órgão que deve velar pela conformidade das leis com as normas e princípios constitucionais. Num quadro político de economia transnacional que afeta a maioria das pessoas, os cidadãos politicamente ativos precisam reelaborar formas de ação coletiva para realizar uma democracia participativa. Se os eleitos não mais decidem, os que oferecem exemplos de resistência

tampouco precisam ser “eleitos” segundo os trâmites tradicionais eleitorais. Eles legitimam-se pelo seu engajamento e pelo caráter aberto da discussão que travam. Por outro lado:

verifica-se que a pluralidade da soberania tem coincidido com a ampliação dos níveis de representação, que passam a compreender, além dos representantes do povo por designação eleitoral, os que falam, agem e decidem em seu nome, como a magistratura e as diversas instâncias legitimadas pela lei, a fim de exercer funções de regulação. Pode-se, portanto, falar com Rosanvallon em uma dupla representatividade: a funcional, derivada das leis, sobretudo da Constituição; e a procedu-
ral, emanada diretamente do corpo eleitoral, a única reconhecida pela visão monista do político (VIANNA; BURGOS, 2002, p. 370-371).

Segundo Lorenzetti (2003), a produção do direito pode dar-se de maneira ascendente, partindo da organização social, inclusive das ações do Ministério Público, até atingir o poder central. Essa forma de produção da norma jurídica, com participação do povo, representado por organizações sociais ou pelo Ministério Público, significa uma forma de exercício de democracia semidireta que precisa ser ampliada. A combinação da representação política – eleitoral – com a funcional – legal – aumentará a influência da sociedade na política governamental e proporcionará um maior controle dos atos dos agentes públicos, evitando a prática de corrupção e de favorecimentos pessoais.

O Ministério Público foi encarregado constitucionalmente de zelar pelo efetivo funcionamento dos serviços públicos, o que faz dele um espaço público para a solução de demandas e de acesso à justiça pelos movimentos sociais. Isso tem-se dado graças à prestação de assistência jurídica e informações a respeito de direitos, à propositura de ações referentes a interesses difusos da sociedade e à busca da solução de conflitos por meio de procedimentos extrajudiciais, como recomendações e termos de ajustamento de conduta.

Quanto mais independente ele for, melhor exercerá sua função e mais benefícios terá a sociedade.

Questiona-se se o Ministério Público é ou não um quarto poder, tendo Valladão (1973) abraçado a posição afirmativa, enquanto Mazzilli (1998), cauteloso, preferiu dizer que a Constituição de 1988 quase fez do Ministério Público um quarto poder.

Entendemos, porém, que o Ministério Público, se não é um quarto poder, deveria sê-lo, pois tem por função exercer o papel de moderador do exercício dos demais Poderes da República.

O Brasil já conheceu um Poder Moderador, previsto na Constituição do Império, de 25 de março de 1824. Ele era o quarto poder, exercido pelo Imperador, conforme previsto no art. 10 da Constituição Política do Império do Brasil de 1824: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.

Entre as funções do Poder Moderador encontrava-se a de velar pela harmonia dos demais Poderes Políticos, segundo o art. 98 da Constituição de 1824:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, *para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos* [grifo nosso].

Essa atribuição, porém, é semelhante à prevista no art. 5º, I, da Lei Complementar n. 75/1993, a Lei Orgânica do Ministério Público da União:

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

I – a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:

[...]

e) a independência e a harmonia dos Poderes da União [grifo nosso].

A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais conjuga-se com a necessidade de garantir a independência e a harmonia entre os Poderes da República. Dessa forma, pode-se dizer que o Ministério Público possui hoje uma atribuição semelhante à do Poder Moderador, na Constituição de 1824, relacionada à defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Ele deve agir como um centro unificador do Estado, a fim de garantir o bom funcionamento do sistema político. Segundo Bobbio (1980, p. 202):

Quando falta um centro unificador, o sistema vai se desmantelando, como um relógio desmontado ou um corpo desmembrado. As várias partes do todo não conseguem mais fazer um conjunto. E quando deixa de ter conexão com o conjunto, cada pedaço termina por ficar fora do lugar. E não estando cada peça em seu lugar, o sistema fica desequilibrado, descentrado, e, conseqüentemente, funcionando mal.

Embora a Constituição não tenha tido a ousadia de tornar o Ministério Público um quarto poder, deu-lhe competências que refletem diretamente no exercício dos outros poderes, tornando-o com isso um verdadeiro moderador dos demais. Por outro lado, a divisão do poder em três segmentos fechados é uma ilusão, pois os poderes só podem manter o equilíbrio se partilharem as mesmas áreas. Em todos os Estados que adotam a separação de poderes, cada poder legisla, administra e julga (GARAPON, 2001, apud PORTO, 2006).

As transformações que o Estado contemporâneo tem sofrido em sua estrutura levaram ao surgimento do chamado “Estado complexo”, no qual os três poderes clássicos são insuficientes para cum-

prir com as exigências do Estado Democrático (GARCÍA-PELAYO, 1995, apud PAES, 2003).

Hoje, embora ainda prevaleça, por questão de organização técnica do poder, a teoria da separação dos poderes, a absoluta autonomia destes, no âmbito do Estado Democrático de Direito, não encontra amparo no texto constitucional e é insustentável nos termos da teoria que o inspirou. Segundo Passos (2001, p. 464, apud GOMES, 2003, p. 113):

A extrema polemicidade dos conflitos sociais – agora coletivos e difusos, não só individuais – gera necessidades inéditas de articulação política, que só podem ser atendidas mediante a criação e implementação de políticas públicas, estratégias decisórias e mecanismos processuais igualmente inéditos, os quais requisitam uma nova organização das estruturas e instituições estatais, bem como novas pautas de articulação política e negociação social entre os grupos representados.

Para que o Ministério Público brasileiro possa desempenhar de forma eficiente o papel de moderador dos demais poderes e centro unificador do Estado, é preciso que seja alterado seu regime jurídico, a fim de lhe assegurar novos instrumentos de atuação.

Instituições que existiram no passado podem servir de modelo a tal mudança, como o tribunato da plebe, que será apresentado a seguir.

4 O tribunato da plebe

Segundo Alves (1995), em Roma, ao tempo da República, o Poder Executivo, até então pertencente ao rei, era exercido por dois magistrados: os cônsules, eleitos anualmente pela Assembleia *Centuriata*. Eles presidiam o Senado e tinham funções administrativas e militares. Cada cônsul possuía poder de veto sobre a decisão do outro, assim, os patrícios evitavam o exercício do poder

pessoal e, caso isso ocorresse, escolhia-se um ditador com poderes absolutos, que governaria pelo prazo de seis meses, para pôr fim à instabilidade política e restabelecer a ordem.

O principal órgão da República era o Senado. Seus membros, descendentes dos primeiros fundadores de Roma, exerciam um cargo vitalício e tinham como prerrogativas preparar as leis, decidir pelo comando e recrutamento das tropas e resolver as questões referentes à política interna e externa do Estado romano. Outros magistrados que compunham o corpo burocrático de Roma eram os pretores, responsáveis pela justiça; os censores, que promoviam o censo da população e tinham atribuições de controle da moralidade pública; os questores, que fiscalizavam a cobrança de impostos, e os tribunos da plebe.

O tribunato da plebe era a magistratura plebeia, não admitindo patrícios. O tribuno (do latim *tribunu*) atuava no Senado em defesa dos direitos e interesses da plebe.

Conforme Fiuza (2006), essa magistratura foi criada após o movimento plebeu de 494 a.C., conhecido como Revolta do Monte Sagrado. A plebe não tinha acesso a magistraturas e, revoltada com o arbítrio dos magistrados patrícios, saiu de Roma em direção ao monte Sagrado, com o objetivo de fundar ali uma nova cidade. Os patrícios, em face disso, resolveram transigir, e a plebe retornou após obter a criação de duas magistraturas plebeias: o tribunato e a edilidade da plebe.

Os tribunos (a princípio dois; mais tarde passaram a quatro, cinco e dez em 471 a.C.) eram os representantes eleitos pelos Conselhos da Plebe (*Consilia Plebis*). Convocavam os concílios desta e os comícios-tributos e, diante dessas assembleias populares, apresentavam proposições de caráter político, administrativo e militar. Os plebeus ficavam garantidos contra a arbitrariedade dos magis-

trados patrícios com os tribunos, pois estes – cuja inviolabilidade pessoal lhes era conferida por lei sagrada – detinham o poder de *intercessio*, ou seja, podiam vetar, exceto durante guerras, ordens ou decisões dos magistrados patrícios (como o cônsul e os senadores), além de poderem interferir nas eleições, convocações dos comícios e outros atos de interesse público; podiam impedi-los, por exemplo. Só contra o ditador não podiam exercer o poder de veto. Esse veto, entretanto, podia ser neutralizado pela ação de outro tribuno mais dócil ao patriciado (ALVES, 1995).

Segundo Fiuza (2006), não possuíam o *ius imperii* nem atribuições administrativas. Não podiam convocar o Senado e os comícios, não possuíam nem insígnias nem honrarias, tais como lictores. Não se assentavam na cadeira *curul* (cadeira de marfim e ouro, símbolo das altas magistraturas, como consulado, pretura, edilidade curul, ditadura). Os tribunos podiam ser procurados por qualquer pessoa que se julgasse injustiçada, daí suas casas ficarem abertas dia e noite.

Aos tribunos se deve a iniciativa da Lei das XII Tábuas, a permissão de casamento entre patrícios e plebeus (*Lex Canuleia*, de 445 a.C., proposta pelo tribuno Canuleius). Não obstante tenha perdurado por todo o principado, as funções dessa magistratura, que vinham da república, se transferiram para os imperadores, a partir de Augusto.

Segundo Maquiavel, Roma buscou em suas instituições uma forma de acolher a imperfeição e a contingência do mundo, em vez de negá-las. Os tumultos entre os nobres e a plebe foram a primeira causa da liberdade em Roma. Para ele, a criação do tribunato tornou a divisão de poderes mais estável e ocorreu porque o povo estava farto do governo dos reis, razão pela qual se fez instrumento de quem quer que tivesse em mente destruí-los. Logo que surgiu alguém com esse intuito, a multidão o fez, e, estando ainda vivas na memória do povo as injúrias recebidas pelo príncipe,

ordenou-se um Estado popular no qual a autoridade não fosse dada nem a poucos poderosos nem a um só. Assim:

aqueles que os depuseram, ao constituírem imediatamente dois cônsules para ficarem no lugar dos reis, na verdade depuseram em Roma o nome, mas não o poder régio: de tal forma que, como só tivesse cônsules e senado, aquela república vinha a ser mescla de duas qualidades das três acima citadas, ou seja, principado e optimates. Faltava-lhe apenas dar lugar ao governo popular: motivo por que, tornando-se a nobreza romana insolente pelas razões que abaixo se descreverão, o povo sublevou-se contra ela; e, assim, para não perder tudo, ela foi obrigada a conceder ao povo a sua parte, e, por outro lado, o senado e os cônsules ficaram com tanta autoridade que puderam manter suas respectivas posições naquela república. *E assim se criaram os tribunos da plebe, tornando-se assim mais estável o estado daquela república, visto que as três formas de governo tinham sua parte. [...] permanecendo mista, constituiu-se uma república perfeita* (MAQUIAVEL, 2007, p. 18-19, grifo nosso).

Os tribunos foram constituídos para guardar a liberdade romana. Para segurança da plebe, os romanos ordenaram-lhes tanta preeminência que a partir de então puderam ser sempre intermediários entre a plebe e o senado. A ordenação do Estado romano passou a ser a autoridade do povo, do senado, dos tribunos, dos cônsules, os modos de candidatar-se e de eleger magistrados e de fazer a lei (MAQUIAVEL, 2007).

Depois da criação dos tribunos, aos poucos, vários direitos foram concedidos à plebe. Em 445 a.C., por meio da Lei Canuleia, foi estabelecida a possibilidade de casamentos entre os plebeus e os membros da aristocracia patrícia. Posteriormente, a Lei Licínia pôs fim à escravidão por dívidas, proibindo, a partir do ano de 367 a.C., que os plebeus endividados fossem escravizados pelos proprietários rurais. Nesse documento estava previsto também o acesso dos plebeus ao Consulado. Com a Lei Licínia passaram a ser eleitos dois cônsules: um patrício e outro plebeu. Graças à Lei

Ogúlnia (300 a.C.), os plebeus obtiveram igualdade religiosa, com direito a acesso aos colégios sacerdotais, e, finalmente, em 287 a.C., por meio da Lei Hortência, a plebe obteve direito às resoluções da assembleia popular, o plebiscito adquiriu força de lei, independentemente da aprovação do Senado.

Os tribunos eram eleitos e tinham atribuições e prerrogativas políticas muito importantes, como o poder de apresentar projetos de lei, o direito de vetar leis votadas pelo Poder Legislativo e a imunidade pessoal.

Entretanto, os tribunos não tiveram apenas o papel de defesa da plebe. Exerceram também a função de acusadores em lides criminais, o que a princípio era facultado a qualquer cidadão na Roma antiga (PAES, 2003).

Essa atribuição condizia com a função que acabaram abraçando, a de verdadeiros defensores da lei e da ordem jurídica. Desse modo, embora a acusação criminal não fosse uma atribuição específica sua, a defesa dos interesses da plebe por vezes equivalia a defender o cumprimento das leis e a pedir a punição daqueles que a violavam perante os tribunais. Nesse sentido, Maquiavel narra o exercício de tal função pelos tribunos:

pode-se facilmente verificar o benefício, para as repúblicas, da faculdade de denunciar, que, entre outras coisas, era confiada aos tribunos [...] Aos que recebem a guarda da liberdade numa cidade não se pode conferir autoridade mais útil e necessária do que a de poder acusar perante o povo ou qualquer magistrado ou conselho os cidadãos que porventura pecassem de algum modo contra o estado livre. Essa ordenação tem dois efeitos utilíssimos para uma república. O primeiro é que os cidadãos, por medo de serem acusados, nada intentam contra o estado; e intentando, são reprimidos de imediato e sem consideração. O outro é que se permite o desafoço daqueles humores que de algum modo cresçam nas cidades contra qualquer cidadão: e, quando tais humores não têm como desafo-

gar-se por modos ordinários, recorre-se a modos extraordinários, que levam toda a república à ruína. Por isso, nada há que torne mais estável e firme uma república do que ordená-la de tal modo que a alteração dos humores que a agitam encontre via de desafogo ordenada pelas leis. *E isso pode ser demonstrado com muitos exemplos, máxime com o que Tito Lívio (décadas, II, 34-350) fala de Coriolano, quando diz que estava a nobreza romana irritada com a plebe, por lhe parecer que esta tinha excessiva autoridade, devido à criação dos tribunos que a defendiam, quando Roma enfrentou grande penúria de víveres, como acontece, e o senado mandou buscar cereais na Sicília; Coriolano, inimigo da facção popular, sugeriu que chegara a hora de castigar a plebe e de privá-la da autoridade de que ela se apoderara para prejuízo da nobreza, mantendo-a com fome não lhe dando trigo: declaração que, chegando aos ouvidos do povo, provocou tanta indignação contra Coriolano, que este, ao sair do senado, teria sido morto tumultuariamente, se os tribunos não o tivessem intimado a comparecer diante dos tribunais e defender sua causa. Acontecimento este sobre o qual se deve notar o que acima dissemos, a respeito da utilidade e da necessidade de as repúblicas, com suas leis, permitirem o desafogo da ira que o povo vota a um cidadão* (MAQUIAVEL, 2007, p. 32-34, grifo nosso).

Outro exemplo, comentado por Maquiavel a partir da obra de Tito Lívio, é o da acusação que os tribunos fizeram contra Mânlio Capitolino:

Exemplo muito maior que esse é o de Mânlio Capitolino, porque nele se vê como a *virtù* de alma e corpo, como as boas ações realizadas em favor da pátria são anuladas pela torpe cupidez de reinar; esta, como se vê, nasceu nele da inveja que sentia das honras prestadas a Camilo; e chegou a tal ponto a cegueira de sua mente que, não pensando no modo de vida da cidade, não examinando o sujeito dele, que não era adequado a receber ainda uma má forma, pôs-se a criar tumultos em Roma contra o senado e contra as leis pátrias. Donde se percebe a perfeição daquela cidade e a bondade de sua matéria: porque, no seu caso, ninguém da nobreza, conquanto fosse acerbos defensores um do outro, se moveu para favorecê-lo; nenhum dos parentes se empenhou em seu favor; os dos outros acusados costumavam comparecer, vestidos de luto, de preto, todos tristes para tentar conseguir misericórdia para os acusados, mas com Mânlio não se viu ninguém. *Os tribunos da plebe, que sempre costumavam favo-*

recer as coisas que pareciam vir em benefício do povo, e quanto mais tais coisas contrariavam os nobres, mais as favoreciam, nesse caso se uniram com os nobres, para debelarem uma praga comum. O povo de Roma, ciosíssimo do que era útil para ele e amante de tudo o que desfavorecesse a nobreza, embora sempre tivesse favorecido Mânlio, quando os tribunos o citaram, para que sua causa fosse julgada pelo povo, esse mesmo povo, deixando de ser defensor para tornar-se juiz, condenou-o à morte sem nenhuma consideração (MAQUIAVEL, 2007, p. 348, grifo nosso).

Dessa forma, segundo Maquiavel, o tribunato era um órgão moderador dos interesses na República romana:

Quando Tito Quinto Cincinato e Cneo Júlio Mento eram cônsules em Roma a desunião que surgiu entre eles impediu todas as ações daquela república. O senado, apercebendo-se, estimulava-os a instituir um ditador, para que este fizesse o que aqueles não podiam fazer, devido às suas discórdias. Mas os cônsules, embora discordantes em tudo, concordavam em não querer o ditador. A tal ponto que o senado, não encontrando outro remédio, recorreu à ajuda dos tribunos, que, com a autoridade do senado, forçaram os cônsules a obedecer. É notar, nisso [...] a utilidade do tribunato, que não servia apenas para refrear a ambição dos poderosos contra a plebe, mas também a ambição dos poderosos contra si mesmos [...] (MAQUIAVEL, 2007, p. 147, grifo nosso).

O tribunato da plebe, assim, exerceu tanto a função de defensor dos interesses do povo como a de acusador em lides penais, quando necessário, assim como a de defensor da ordem pública e da harmonia entre os poderes. E, como facilmente se percebe, tais funções são muito parecidas com as exercidas atualmente pelo Ministério Público, principalmente no Brasil, onde ele age de forma independente, com características de um verdadeiro agente político.

Jean-Jacques Rousseau percebeu essa formidável característica do tribunato e fez observações, propondo a criação de uma instituição semelhante e mais próxima ainda do Ministério Público atual, como será visto a seguir.

5 O tribunato segundo Rousseau

Como uma das magistraturas mais importantes da Roma antiga, o tribunato modelo inspirou o pensador Jean-Jacques Rousseau a idealizar um órgão com as mesmas atribuições e poderes, para a defesa do regime democrático.

Após estudar a história de Roma e suas instituições políticas, Rousseau imaginou um órgão estatal com função semelhante ao antigo tribunato da plebe. Eis o que escreveu a respeito:

Quando não se pode estabelecer uma proporção exata entre as partes constitutivas do Estado, ou quando causas indestrutíveis lhes alteram incessantemente as relações, institui-se então uma magistratura particular que absolutamente não forma corpo com as outras, que torna a colocar cada termo na sua verdadeira relação e que estabelece uma ligação ou um termo médio quer entre o príncipe e o povo, quer entre o príncipe e o soberano, ou ainda, simultaneamente, caso seja necessário, de ambos os lados.

Esse corpo, que chamarei de tribunato, é o conservador das leis e do poder legislativo. Serve, algumas vezes, para proteger o soberano contra o Governo, como em Roma faziam os tribunos do povo; outras vezes, para sustentar o Governo contra o povo, como atualmente em Veneza faz o Conselho dos Dez, e, outras vezes ainda, para manter o equilíbrio de um lado e de outro, como os éforos o faziam em Esparta.

O tribunato não é certamente uma parte constitutiva da *pólis* e não deve ter nenhuma porção do poder legislativo nem do executivo, e nisso exatamente está seu maior poder, pois, não podendo fazer nada, tudo pode impedir. É mais sagrado e mais reverenciado, como defensor das leis, do que o príncipe que as executa e o soberano que as dá. Foi o que se viu, muito claramente, em Roma, quando aqueles patrícios orgulhosos, que sempre desprezaram o povo, se sentiram forçados a curvar-se diante de um mero funcionário do povo que não tinha nem auspícios nem jurisdição.

O tribunato sabiamente equilibrado representa o mais firme apoio de uma boa constituição, mas, por menor que seja a força que possua

em demasia, tudo subverte; quanto à fraqueza, ela não está em sua natureza: desde que seja algo, nunca é menos do que deveria ser.

Degenera em tirania quando usurpa o poder executivo, de que é unicamente o moderador, e quando quer outorgar leis, que apenas deve proteger (ROUSSEAU, 1991, p. 131-132).

Para Rousseau (1991), a função do tribunato é verificar se o poder soberano, pertencente ao povo, é utilizado pelo governo no interesse público. Ele considerava tal instituição mais sagrada e digna de reverência que a do príncipe, que executa as leis, e a do Senado, que as dá.

A semelhança dessa instituição, conforme a visão de Rousseau, com o Ministério Público brasileiro será analisada no item seguinte.

6 Tribunato e Ministério Público

Embora o tribunato proposto por Rousseau não seja o mesmo tribunato da plebe, existe grande semelhança entre eles, assim como com o Ministério Público.

De fato, Rousseau disse que o tribunato não faria parte da *pólis* e não deveria possuir porção alguma de poder executivo ou legislativo. Ora, a configuração atual do Ministério Público brasileiro é aproximadamente esta. Ele não faz parte dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário nem possui poder de executar as leis ou de legislar. Só administra os recursos públicos destinados à sua própria manutenção, por conta da sua autonomia orçamentária (CF, art. 127, § 2º, com redação dada pela EC n. 19/1998).

Assim como o tribunato, o Ministério Público tem a função de “sustentar o governo contra o povo”, por meio da responsabilização criminal dos infratores da lei (ele tem a privatividade da ação penal pública). É também um defensor do povo, uma vez que tem

legitimidade para propor ações civis públicas que visem beneficiar a sociedade, assegurando a proteção de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, tais como educação, saúde, moradia e assistência social (CF, art. 129, I, II e III).

Rousseau escreveu que o tribunato, “não podendo fazer nada, tudo pode impedir”, o que entendemos ser uma das melhores maneiras de definir a atuação do Ministério Público em defesa da democracia e da sociedade. Embora os membros do Ministério Público não tenham o poder de veto, tal como possuía o tribuno, podem propor ações para impedir atos ilegais ou contrários ao interesse público, assim como expedir recomendações e celebrar termos de ajustamento de conduta com o mesmo fim.

Outra semelhança entre os dois órgãos é a função de verificar a conformidade das leis editadas com a ordem jurídica. No caso dos tribunos, o controle que se fazia era baseado na existência de prejuízo à plebe em determinada lei ou decisão. No caso do Ministério Público, este deve observar se as leis e as decisões da administração pública estão em conformidade com a Constituição Federal. De tal modo, sendo a isonomia e a busca da igualdade social princípios constitucionais a serem seguidos por qualquer lei ou decisão administrativa, tais atribuições acabam equiparando-se. A diferença estaria apenas na forma de atuação: o tribuno da plebe atuava de forma independente e podia propor ou vetar leis. Já o Ministério Público necessita propor uma ação direta de inconstitucionalidade/constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ou os Tribunais de Justiça (no caso de leis estaduais).

Rousseau entendia que o tribunato não poderia constituir um corpo permanente para prevenir abusos e usurpação de poder. Segundo ele:

O melhor meio de prevenir as usurpações de um corpo tão temível – meio sobre o qual nenhum Governo até hoje refletiu – seria não tornar esse corpo permanente, mas estabelecer certos intervalos durante os quais ficaria suprimido. Tais intervalos, que não devem ser suficientemente grandes para permitir que os abusos encontrem tempo de se fortalecer, podem ser fixados pela lei de modo a tornar fácil, caso necessário, ou abreviá-los por meio de comissões extraordinárias. Esse meio me parece sem inconvenientes, porque, como já disse, não fazendo o tribunato parte da constituição, pode ser afastado sem que ela sofra com isso. Tal coisa me parece muito eficaz, pois que um magistrado, novamente reinstalado, assim não parte em absoluto do poder de que dispunha um seu predecessor, mas daquele que a Lei lhe dá (ROUSSEAU, 1991, p. 132-133).

O receio de Rousseau de que a instituição seja permanente decorre do poder que ela teria, igual ao dos antigos tribunos da plebe, de vetar leis, decisões do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Entretanto, na instituição que entendemos ser adequada a um regime democrático, tais medidas só poderiam ser tomadas pelo titular de todo o poder: o povo, por meio dos mecanismos de democracia direta, quais sejam: plebiscito e referendo. Com eles, o povo tem o poder de vetar leis, derrubar decisões do Poder Executivo e até do Poder Judiciário, pois este exerce uma parcela do poder soberano, que pertence, num regime republicano, ao povo. Se o poder soberano pertence ao povo, este pode tornar inválida até uma decisão judicial.

Mesmo assim, apesar de todas essas semelhanças, não existe igualdade de poderes entre o tribunato e o Ministério Público. Este não pode vetar qualquer decisão do Poder Público por conta própria, sequer pode aplicar uma multa num procedimento administrativo, mesmo se se deparar com uma ilegalidade praticada por agentes públicos em algum procedimento de sua competência. Nesse caso, pode tão-só recomendar a correção do ato, e o controle da constitucionalidade das leis fica a cargo do Judiciário.

Ocorre que, para corrigir os males da democracia representativa, garantindo o respeito à soberania popular, à vontade do povo, uma vez que o Poder Executivo exerce um papel de preponderância em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, acreditamos que é preciso restabelecer, na instituição Ministério Público, alguns dos poderes dos antigos tribunos da plebe, de forma que se possa estabelecer um “termo médio entre o príncipe o povo”.

O Ministério Público já é um espaço público onde a população pode expressar seus desejos e reclamações a respeito da gestão dos governantes e dialogar com seus representantes, mas só exercerá a função de defensor da democracia e da sociedade, como um novo tribunato, se lhe forem assegurados mais alguns poderes.

7 Tribunato e Defensoria Pública

O tribunato não deve ser confundido com a Defensoria Pública. Mesmo o antigo tribunato da plebe não exerceu as funções da Defensoria Pública, conforme suas atribuições atuais, que são, segundo o art. 134, *caput*, da CF, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Isso porque o tribuno da plebe atuava no interesse do povo, de modo amplo. O poder de veto, que podia ser exercido contra decisões que prejudicavam o interesse da plebe, era um instrumento de controle político, em questões de interesse geral.

O tribuno defendia os interesses da plebe, que constituía a maior parte da população de Roma, de forma semelhante ao que atualmente faz o Ministério Público. Até por serem poucos (o número de tribunos variou de 2 a 10 durante toda a República romana), os tribunos reservavam-se para atuar em questões nas quais o interesse público geral sobressaía.

Desse modo, o tribunato da plebe assemelha-se, na atualidade, muito mais ao Ministério Público que à Defensoria Pública, em razão da defesa dos interesses difusos ou coletivos. Além disso, como já comentado, tamanha era a liberdade de ação política por parte do tribuno que ele exerceu a função de acusador em diversos momentos, o que é inconcebível em relação à Defensoria Pública.

8 O Ministério Público como o novo tribunato

Recentemente, a Defensoria Pública recebeu a competência de propor ações civis públicas, uma das principais atribuições do Ministério Público, embora não exclusiva.

Mesmo que caiba ao MP a privatividade da ação penal pública, competência muito importante, cabe-lhe, acima de tudo, defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, como previsto no art. 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

O Ministério Público, sendo detentor de tais deveres, pode ter seu regime jurídico alterado, para melhor realizá-los. Às suas prerrogativas e atribuições atuais podem ser somadas outras. Uma vez que ele é o defensor da sociedade, da ordem jurídica e do regime democrático, deveria, por exemplo, apresentar projetos de lei de interesse social, por meio do Procurador-Geral da República. Se ele é o defensor da sociedade, também deveria propor leis em benefício desta.

Por outro lado, imagine-se uma lei votada pelo Congresso Nacional que seja inconstitucional ou injusta, prejudicial à sociedade, mas ainda assim receba a sanção do Presidente da República e não seja declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário; ou uma situação contrária: uma lei benéfica, que atende aos interesses sociais e aos princípios constitucionais, mas que seja vetada pelo

Poder Executivo. Caso o Congresso Nacional não derrube tal veto, o que na prática dificilmente ocorre, uma vez que o Governo controla boa parte do Poder Legislativo, poderia o povo, por meio de plebiscito ou referendo, apreciar diretamente a legitimidade da lei que se acredita injusta, convocado pelo Ministério Público.

Os instrumentos de democracia direta podem encontrar no Ministério Público uma forma de serem deflagrados, de modo que a sociedade possa apreciar as decisões de seus representantes, uma vez que todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido, e o Congresso Nacional não tem realizado um controle eficaz sobre o Poder Executivo, conforme Medauar (2007):

registra-se descrença genérica quanto à eficácia e mesmo operacionalidade da fiscalização parlamentar. Paradoxal, assim, que se afirme, ao mesmo tempo, a relevância da função de controle do Legislativo e a escassez de resultados dessa atuação. Salvo atuações episódicas (no Brasil, *impeachment* de um Presidente da República), o controle parlamentar da Administração apresenta-se inefetivo. Vários fatores vêm apontados para justificar esse quadro: falta de interesse político na realização concreta e eficaz da vigilância, para não desagradar ao detentor do Poder Executivo; ausência, em geral, de sanção, pois nem o Congresso, nem suas comissões podem anular ou modificar atos administrativos ou aplicar sanções a administradores.

Dessa forma, o Procurador-Geral da República, representante maior do Ministério Público, escolhido pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, poderia ter legitimidade para, dentro do atual sistema democrático, apresentar projetos de lei ou convocar plebiscito e referendo.

Além disso, o Procurador-Geral poderia ser escolhido por voto popular, entre os membros da classe. Assim, teria mais independência em relação ao Poder Executivo e aos demais poderes do Estado. Esse processo não traria qualquer prejuízo à vedação ao membro do Ministério Público de exercer atividade político-par-

tidária, uma vez que os candidatos a PGR só poderiam concorrer ao cargo de Procurador-Geral, e a mais nenhum outro, para o que não seria preciso se filiar a partido político.

Também poderia continuar o mesmo processo de escolha atual. Se os Ministros do Supremo Tribunal Federal não são eleitos e podem declarar uma lei inconstitucional, não haveria porque não poder o Procurador-Geral da República convocar plebiscito para apreciar a constitucionalidade de uma lei.

Além de poder propor leis e convocar o povo, o Ministério Público precisa ter meios mais eficazes de fiscalizar os outros poderes e a administração pública. No momento, o Ministério Público apenas recomenda a correção de irregularidades. Se não for atendido, tem que ir ao Judiciário para impedir sua ocorrência.

Melhor seria, então, que o membro do Ministério Público tivesse o poder de paralisar, sem necessidade de recorrer ao Judiciário, atos manifestamente ilegais de autoridades públicas que violem a ordem jurídica, o regime democrático ou os direitos fundamentais dos cidadãos. O Ministério Público não deveria ter que precisar, todas as vezes que não é atendido, recorrer ao Judiciário.

Essas e outras propostas serão apresentadas a seguir, com mais detalhes, para melhor apreciação e crítica.

9 Competências que podem ser atribuídas ao Ministério Público

O pleno desenvolvimento da democracia brasileira reclama um incremento das funções do Ministério Público, para que ele possa melhor exercer o papel de defensor do regime democrático e dos direitos do cidadão.

A seguir serão apresentadas algumas sugestões nesse sentido:

1 – Propor leis ordinárias de interesse público ou social, assim como propostas de emenda à Constituição com o mesmo teor.

Conforme Alves (1995), as leis em Roma eram votadas nos comícios por centúrias e por tribos, que não se confundiam com as assembleias da plebe, *concilia plebis*, em que só votava a plebe, convocada pelos seus magistrados: o tribuno e o edil. Suas deliberações eram chamadas de plebiscito.

Os tribunos tinham o direito de apresentar resoluções, diante das assembleias da plebe, com caráter administrativo, político ou militar. Depois de 286 a.C., os plebiscitos passaram a ter força de lei e os tribunos tinham a atribuição tanto de propor como de vetar leis.

Tomando esse exemplo, bem poderia ser possível ao Ministério Público convocar plebiscito e referendo, uma vez que exerce a função de defensor da democracia e da sociedade como um todo.

Como órgão do Estado, o Ministério Público se confunde com ele, uma vez que, como outros organismos estatais, sua existência está ligada à pessoa jurídica do Estado, com autonomia de vontade e objetivos que também fazem parte deste.

O Ministério Público tem como funções defender os direitos sociais e garantir que os poderes públicos respeitem os direitos assegurados na Constituição ao povo. Ele é uma das instituições que garante o desenvolvimento do regime democrático, acompanhando de perto o processo eleitoral, a fim de que as políticas governamentais dependam de eleições e respeitem a manifestação do povo. Dessa forma, ninguém melhor para ter a competência para apresentar projetos de lei de interesse social que o Ministério Público.

2 – Sustar atos de agentes do Poder Executivo que violem os direitos fundamentais ou exorbitem do poder regulamentar.

Pode-se alegar que atribuir tal competência ao Ministério Público violaria o princípio da separação de poderes e seria inconstitucional. Além disso, o Ministério Público não é órgão do Poder Judiciário, então, não poderia tornar sem eficácia atos do Poder Executivo, expedidos no exercício de sua competência administrativa ou regulamentar.

Acontece que já há previsão expressa da atribuição de tal competência a dois órgãos na Constituição Federal que não compõem o Poder Judiciário. O primeiro é o Congresso Nacional, que tem a atribuição de “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (CF, art. 49, V).

Ao que sabemos, tal competência praticamente não tem sido exercida pelo Congresso. Isso é um bom motivo para que seja dividida com o Ministério Público, que certamente a exerceria de forma prudente e eficaz, com a possibilidade de controle por parte do Poder Judiciário, em caso de abuso.

Além do Congresso Nacional, tem a competência de tornar sem efeito atos do Poder Executivo o Tribunal de Contas da União. O art. 71 da Constituição Federal diz que compete ao TCU:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal [...].

Vê-se, assim, que, embora o Tribunal de Contas da União não seja parte do Poder Judiciário, pode sustar a execução de atos

ilegais que digam respeito à gestão de recursos públicos, se ultrapassado o prazo concedido para regularização do problema.

Então, também poderia o Ministério Público, que tem a atribuição de defender os interesses da sociedade, os direitos fundamentais, o regime democrático, os mais diversos interesses sociais, sustar a execução de um ato ilegal ou inconstitucional, que fira um direito fundamental do cidadão ou que viole os princípios democráticos.

Tal competência não ficaria fora da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, em caso de incorreto exercício. Assim, não há argumento jurídico válido que impeça que tal competência também seja atribuída ao Ministério Público, o que tornaria mais eficiente e eficaz a defesa dos direitos que as leis frequentemente lhe impõem, assim como da própria ordem jurídica, função especial que lhe é atribuída.

3 – Convocar plebiscito e referendo para aprovação de leis, atos do Poder Executivo ou decisões judiciais.

Segundo Ferreira Filho (2006, p. 96), plebiscito é uma “consulta extraordinária e excepcional exprimindo a opinião popular sobre medidas de base ou de princípio, tais como forma de Estado ou de governo, etc.”. Já o referendo é “a decisão popular sobre lei discutida e votada pelos representantes do povo. O cidadão, ao votar sim ou não a respeito do projeto oriundo do Parlamento, daria aceitação ou rejeição à medida legislativa proposta”.

Embora fosse possível pensar na possibilidade de o Procurador-Geral da República vetar leis, tal como o fazia o tribuno da plebe, considerando que atualmente o Presidente da República é quem possui a competência de vetar leis, por questão de interesse público, outra atribuição, mais democrática, pode ser pensada.

Assim como o antigo tribuno podia convocar os comícios da plebe, em que eram votados os plebiscitos, poderia o Procurador-Geral da República ou o Procurador-Geral de Justiça nos estados convocar plebiscito ou referendo, para que o povo apreciasse uma lei que pudesse contrariar os interesses sociais e não fosse declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou vetada pelo Presidente da República.

O povo, mediante plebiscito, poderia igualmente apreciar decretos do Presidente da República e decisões dos tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Exemplos desses instrumentos de democracia direta, pouco utilizados, são: a consulta sobre o sistema de governo ocorrida em 21.4.1993 e o plebiscito referente à proibição de comercialização de armas de fogo.

A forma de convocação, disciplinada em lei, estabeleceria requisitos como prévia aprovação por órgão colegiado do Ministério Público, assim como o número de vezes que poderia ocorrer ao ano. A convocação de plebiscito ou referendo também poderia ser feita pelo Congresso Nacional, por proposta do Ministério Público.

Institutos de democracia direta tão importantes como esse não devem ter seu uso dependente, exclusivamente, da iniciativa do Congresso Nacional. O Ministério Público, como defensor da democracia e dos direitos do cidadão, também deveria ter o poder de suscitá-los, mesmo que dependesse tal ato de autorização do Congresso Nacional, pois o povo é o verdadeiro detentor do poder: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (CF, art. 1º, parágrafo único).

A possibilidade de se ampliar a participação popular no cenário político, por meio do uso de instrumentos como referendo e plebiscito, foi defendida por Benevides:

tenho discutido a possibilidade, no Brasil, de se ampliarem os direitos políticos para a participação direta do cidadão no processo das decisões de interesse público. É esse o sentido da defesa que faço dos mecanismos institucionais, referendo, plebiscito e iniciativa popular, acolhidos na nova Constituição brasileira. Levando-se em conta a importância de tais institutos, creio que a seu respeito ainda há muito o que discutir e propor (BENEVIDES, 1994, p. 9-10).

Isso possibilitaria ao povo brasileiro um maior controle sobre a atividade de seus representantes, nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o que contribuiria para a efetividade do regime democrático e tornaria o povo mais presente na vida política da nação.

4 – Aplicar multas em processos administrativos de sua competência, que envolvam direitos do cidadão.

A necessidade de o Ministério Público recorrer ao Poder Judiciário para a impor qualquer providência faz dele uma instituição fraca, além de constituir um contratempo.

Quando há, por exemplo, uma denúncia de violação a direitos do cidadão ou de ilegalidade numa atuação administrativa, o órgão do Ministério Público, após uma análise minuciosa da questão, mesmo que conclua que houve violação a direitos humanos fundamentais, não pode impor nenhuma sanção ao órgão público que o causou nem desconstituir o ato respectivo. Cabe-lhe apenas notificar o responsável para que tome as providências necessárias para prevenir a repetição ou determinar a cessação do ato ilegal e, caso não seja atendido, representar o poder competente para adotar as providências necessárias, a fim de responsabilizar a autoridade pela ação ou omissão inconstitucionais, na forma dos arts. 13, 14 e 15 da Lei Complementar n. 75/1993:

Art. 13. Recebidas ou não as informações e instruído o caso, se o Procurador dos Direitos do Cidadão concluir que direitos constitucionais foram ou estão sendo desrespeitados, deverá notificar o responsável para que tome as providências necessárias a prevenir a repetição ou que determine a cessação do desrespeito verificado.

Art. 14. Não atendida, no prazo devido, a notificação prevista no artigo anterior, a Procuradoria dos Direitos do Cidadão representará ao poder ou autoridade competente para promover a responsabilidade pela ação ou omissão inconstitucionais.

Art. 15. É vedado aos órgãos de defesa dos direitos constitucionais do cidadão promover em juízo a defesa de direitos individuais lesados.

§ 1º *Omissis.*

§ 2º Sempre que o titular do direito lesado não puder constituir advogado e a ação cabível não incumbir ao Ministério Público, o caso, com os elementos colhidos, será encaminhado à Defensoria Pública competente.

Para melhorar tal sistema, poderia ser assegurada ao representante ministerial a possibilidade de impor multas em processos administrativos, em caso de violação aos direitos do cidadão, ou o poder de desconstituir os respectivos atos administrativos.

Se um guarda de trânsito pode impor uma multa, unilateralmente, caso constate uma violação de regra de trânsito, por que não poderia o representante do Ministério Público impor multa em processo administrativo, caso verificasse uma ilegalidade ou violação a um direito fundamental do cidadão?

Pode-se alegar que o Ministério Público não possui o poder de impor multas ou desconstituir atos administrativos, pois não faz parte do Poder Executivo. Ocorre que os Tribunais de Contas igualmente não fazem parte do Poder Executivo e podem impor

multas ao agente responsável pela ocorrência de dano ao patrimônio público, na forma do art. 71, VIII, da CF:

Art. 71. *Omissis.*

[...]

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; [...]

E mesmo sem expressa previsão constitucional, já há casos nos quais o Ministério Público exerce poder de polícia e pode aplicar multas aos infratores da lei. Isso ocorre quando há vinculação entre o Ministério Público e os Programas de Proteção e Defesa do Consumidor – Procons –, como no Estado do Piauí, conforme a Lei Complementar Estadual n. 36, de 9.1.2004:

Art. 1º Fica, na forma desta Lei, transformado o Serviço de Defesa Comunitária – DECOM/MP, em Programa de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério Público do Estado do Piauí – PROCON/MP-PI, órgão integrante do Ministério Público do Estado do Piauí, nos termos previstos no art. 148, § 2º, da Constituição do Estado do Piauí e no art. 54 e seu parágrafo único, da Lei Complementar Estadual 12/03, de 18 de dezembro de 1993, para fins de aplicação das normas estabelecidas na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – e na legislação correlata às relações de consumo [grifo nosso].

Entre as atribuições do Procon/PI, que integra o Ministério Público Estadual, encontram-se, conforme os incisos II e XII do art. 5º da LCE n. 36/2004:

II – fiscalizar as relações de consumo, aplicando as sanções administrativas previstas na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em outras normas pertinentes à Defesa do Consumidor;

[...]

XII – funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro 1990, pela legislação complementar e por esta Lei.

Essas funções constituem típica atividade administrativa, cuja competência para o exercício é dos órgãos do Poder Executivo, tais como fiscalizar as relações de consumo, aplicando sanções administrativas, e funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, mas o seu exercício, no Estado do Piauí, ocorre em órgão do Ministério Público Estadual.

Seguindo esse exemplo, se no Ministério Público Federal podem ser instruídos procedimentos administrativos a respeito de violações aos direitos dos cidadãos, também deveria ser possível a imposição de multa ao seu final, com ampla possibilidade de defesa e de questionamento ao Poder Judiciário, em relação à decisão final.

A atuação coercitiva do MP poderia ficar restrita à apreciação de casos em que não existem órgãos administrativos pertencentes ao Poder Executivo com a mesma competência, como na violação a direitos fundamentais do cidadão.

10 Da expressão *parquet*

A expressão francesa *parquet* representa a tradição de o representante do Ministério Público, na França, falar aos juízes do piso mais baixo da sala de audiência. Tal designação reflete valores de uma época na qual o Ministério Público buscava ser ouvido e ascender ao mesmo *status* dos juízes. Sua tradução, “assoalho”, ou piso baixo, nada reflete ou resume em relação às atribuições e funções atuais da instituição ministerial.

O membro do Ministério Público brasileiro tem assento à direita, e no mesmo plano, do juiz que preside a audiência, conforme disposições legais constantes da Lei Complementar n. 75/1993.

Por outro lado, conforme Paes (2003), o Ministério Público francês sempre fez parte do Poder Executivo, e até hoje faz, tendo por chefe o Ministro da Justiça, que pode, inclusive, definir planos de atuação para os Procuradores-Gerais, que os repassarão aos demais Procuradores. Por sua vez, o Ministério Público brasileiro possui independência funcional, assegurada no art. 127, § 1º, da CF, não sendo subordinado a nenhuma autoridade, interna ou externa, no que tange à atuação funcional.

Dessa forma, o Ministério Público brasileiro mais se assemelha, em nossa opinião, ao antigo tribunato da plebe e ao tribunato proposto por Rousseau, em razão da independência e da função de órgão moderador dos poderes estatais. Melhor seria, então, que fosse designado tribunato, e seu membro tribuno, em vez de *parquet*.

Tribuno substituiria com vantagem a expressão *parquet*, na medida em que reflete mais corretamente as atribuições e os objetivos da instituição, principalmente no Brasil.

11 Conclusão

O Ministério Público não é, nem deve ser, apenas um órgão essencial à função jurisdicional do Estado, apenso ao Poder Judiciário, um simples parecerista em processos judiciais ou o tradicional autor da ação penal.

Sua função é maior. Ela consiste na defesa do regime democrático, da ordem jurídica, dos interesses difusos. Relaciona-se com a manutenção do equilíbrio entre os poderes públicos. Essa é sua vocação natural, que nenhum outro órgão possui. Não sendo parte

de nenhum dos poderes, o Ministério Público pode fiscalizá-los, de modo imparcial, sem precisar de qualquer respaldo. O mandato recebido pelo membro do MP, por meio da lei, qualifica-o como representante do povo da mesma maneira que os parlamentares.

O tribunato da plebe, como boa instituição que foi, trouxe para dentro da sociedade romana a discussão sobre seus conflitos, de modo que fossem estabelecidas regras e limites para que aqueles ocorressem. Da mesma forma, um Estado Democrático de Direito precisa ter definidas suas regras e valores, com base na vontade popular, e o Ministério Público pode auxiliar o povo a resolver os conflitos sociais, participando do jogo político, sem se corromper por ele.

Ele não deve ser entendido como instituição defensora dos pobres, dando-se a esse termo o sentido de classe menos favorecida da população.

O objetivo do Ministério Público é defender a sociedade como um todo, não indivíduos ou classes sociais determinadas. Ele deve defender, quando preciso, os pobres, os ricos, os mendigos, as minorias, ou seja, qualquer um que precisar, que tiver uma injustiça contra si praticada. O fato de os pobres serem as maiores vítimas de injustiças não quer dizer que o Ministério Público não possa atuar em favor de um grupo social privilegiado, quando isso for necessário, por motivos legítimos.

O papel a ser desempenhado pelo Ministério Público é o proclamado por Rousseau em relação ao Tribunato, de mantenedor da ordem social e do equilíbrio no Estado.

Para aqueles que acreditam serem impossíveis as mudanças acima apregoadas, ou muito difícil sua realização, respondemos que a história ensina que os homens costumam agir de forma

semelhante e cometer os mesmos erros, razão pela qual soluções encontradas no passado podem ser aproveitadas e adaptadas no presente, sendo capazes de trazer bons frutos se captado o seu sentido e feitas as adaptações necessárias.

As mudanças deveriam ser sempre bem-vindas, quando visam o bem comum. Que haja vontade política no Brasil para executá-las.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 32, p. 5-16, 1994.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Tradução João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

———. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*. São Paulo: Moderna, 1984.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIUZA, Cesar. *Curso completo de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Del Rey, 2006.

GIDDENS, Anthony. *Além da direita e da esquerda*. Tradução Álvaro Hattnher. São Paulo: Unesp, 1995.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Tradução Ana Maria Capovilla et alii. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

LORENZETTI, Ricardo. A superação da dicotomia entre o direito público e privado. In: CURSO DE DIREITOS COLETIVOS E O ESTADO CONTEMPORÂNEO: o direito do consumidor e o direito ambiental, palestra proferida em 5 de abril de 2003. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. Tradução MF. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e dos sistemas de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 5. ed. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O futuro da democracia. *Constituição e Democracia*, Brasília: UnB, n. 10, jan./fev. 2007.

VALLADÃO, Alfredo. *O Ministério Público, quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002.

Controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho

Manoel Jorge e Silva Neto*

Sumário: 1 Proposta do artigo. 2 Sindicabilidade dos atos de governo. 3 Os princípios constitucionais fundamentais e sua força vinculante. 4 Competência da Justiça do Trabalho para o controle judicial de políticas públicas. 5 Controle judicial de política pública atinente ao trabalho humano e a tese da reserva do possível. 6 Ativismo judicial *versus* discricionariedade dos atos de governo. 7 Conclusão.

1 Proposta do artigo

Nesses desassossegados anos iniciais do século XXI, cheios de conflitos internacionais, avanços tecnológicos e incertezas quanto ao futuro, parece claro que nunca na história da humanidade tanto se perseguiu o valor *segurança* como atualmente.

O desejo de segurança surge com um atavismo e uma intensidade que não poderiam ser imaginados há pouco tempo.

E o ser humano, de modo indeclinável, termina por transportar para o Estado todas as suas expectativas quanto à configuração de um mundo mais *seguro*.

* Manoel Jorge e Silva Neto é professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Professor convidado (*Visiting-Scholar*) da Universidade da Flórida – Levin College of Law. Doutor e mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Procurador do Ministério Público do Trabalho na Bahia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto dos Advogados da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho e do Instituto Goiano de Direito do Trabalho. Ex-presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

Entretanto, o que os dados da experiência têm demonstrado é que, infelizmente, as pretensões humanas têm sistematicamente esbarrado na também atávica incapacidade estatal de dar resposta efetiva às demandas dos indivíduos, de modo marcante aquelas que possuam conteúdo de natureza social.

Esse é o ponto de onde partiremos para examinar o controle judicial de políticas na Justiça do Trabalho, especialmente quando os denominados atos de governo apresentam-se em rota de colisão quanto aos princípios constitucionais conformadores.

Não resta mais dúvida no sistema da ciência do direito quanto à sindicabilidade dos atos de governo, ou controle judicial de políticas públicas, em qualquer domínio cuja política implementada esteja com o sinal contrário às injunções firmadas em nível constitucional.

Logo, ainda que não mais se discuta no campo doutrinário a possibilidade de controle judicial dos atos de governo, parece correto indicar as principais objeções aduzidas acerca da viabilidade de tal controle, máxime porque podem aparecer perplexidades no tocante à condução do tema aos órgãos jurisdicionais trabalhistas.

Por isso, será dedicado o item 2 para o estudo do tema *sindicabilidade dos atos de governo*.

Já no item 3 buscar-se-á o exame dos princípios constitucionais, dando-se ênfase aos princípios fundamentais referidos nos arts. 1º ao 4º da Constituição Federal, tudo com o objetivo de demonstrar a compostura juridicamente vinculante de tais disposições, trazendo-se, além disso, exemplos práticos de conformação de políticas públicas com amparo nos postulados fundamentais.

O item 4 guarda relação com importante questionamento de ordem prática e que se atém à discussão acerca da competência da Justiça do Trabalho para efetivar o controle judicial de política pública quando em oposição aos princípios constitucionais, de forma espe-

cífica no que tange a todos aqueles que ordenam a valorização do trabalho humano.

No item 5 haverá a análise do controle judicial de política pública diante da oposição da tese da reserva do possível, tendo em vista as constantes recusas do Poder Público na implementação de normas destinadas à fruição de direitos fundamentais sociais com amparo na ideia de ausência de recursos suficientes para atender integralmente às demandas sociais.

No item 6 será examinada a suposta oposição entre o chamado “ativismo judicial” e a “discricionariedade dos atos de governo”. Na oportunidade se discutirá a respeito da efetiva existência desse antagonismo quando se põe no núcleo de investigação a natureza vinculativa dos princípios constitucionais, o seu descumprimento e o papel atribuído à função judicial de intérprete formal da Constituição.

2 Sindicabilidade dos atos de governo

No contexto da divisão das funções estatais do Estado pós-moderno, permanece com o poder judicial a atribuição de julgamento de conflitos de interesses entre os indivíduos.

Conquanto se possa atualmente registrar que as funções estatais desempenham atribuições *típicas* e *atípicas*, e também que a *intercambialidade* e o relacionamento interdependente são dados inafastáveis da forma como se opera o cumprimento de atribuições de cada qual, são as funções típicas as que descrevem a razão ontológica dos “poderes” do Estado.

Portanto, quando se tem por alvo a discussão acerca das atribuições do Poder Judiciário no Brasil, é óbvio que não se poderá desviar da função típica que lhe cometeu o legislador constituinte originário: a função *judicante*.

É fato que a função judicante não se processou rigorosamente do mesmo modo ao longo da evolução histórica do Estado brasileiro.

Se é inegável reconhecer que o direito é *objeto cultural*, porque criado pela natureza humana e para atender humanas necessidades, não menos é compreender que o aplicador do direito deve, necessária e obrigatoriamente, realizar a tarefa judicante tomando por parâmetro as carências e as necessidades dos destinatários das normas jurídicas.

Não fosse assim, teríamos de reconhecer, tristemente, que o magistrado encontra-se acima do bem e do mal, convertendo-se em autêntica divindade e dotado de *omisciência*.

Contudo, para nosso júbilo ou nossa desgraça, seres humanos são julgados por seres humanos, fazendo com que, a par da falibilidade inerente à natureza humana, o ato de julgar humanize-se por meio da destinação de provimento que, a um só tempo, *dignifique* e confira *segurança* às partes envolvidas na demanda judicial.

Todavia, como frisado linhas atrás, o direito é objeto cultural, tornando-se politicamente necessária e socialmente exigível a mudança do padrão normativo para o fim de resguardo dos interesses reputados relevantes pela coletividade.

Assim se sucedeu com o sistema do direito positivo brasileiro, na medida em que assegurou o acesso ao Poder Judiciário pelo indivíduo.

Inicialmente, observe-se o que ocorreu com a Constituição de 1969, cujo art. 153, § 4º, enunciava o seguinte:

a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito *individual*. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido [g.n.].

Como se vê, a Constituição de 1969, ao positivizar o *princípio da inafastabilidade do controle judicial*, também chamado de *princípio do direito de ação*, ou ainda de *princípio da ubiquidade*, apresentou delimitação que, à época, compatibilizava-se com as pretensões de uma ciência processual ainda atada ao modelo privatístico-liberal de processo civil.

Com efeito, basta a leitura do enunciado constitucional a fim de que se conclua a respeito da limitação prevista no Texto Constitucional de 1969 no que concerne ao acesso ao Poder Judiciário, porquanto restringia o objeto das ações exclusivamente a interesses de cariz *individual*.

A Constituição de 1988 não adotou semelhante previsão.

O art. 5º, XXXV, agora estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Com isso, torna-se evidente que se abriram as portas, pelo menos formalmente, do Poder Judiciário brasileiro não apenas para tornar viável a formulação de pretensão voltada à tutela jurisdicional de interesse *individual*, mas sobretudo de interesses *transindividuais*.

O que são, no entanto, *interesses transindividuais*?

Transindividuais, supraindividuais, ou ainda metaindividuais, são todos aqueles interesses que ultrapassam a órbita de um sujeito de direito.

A partir do fenômeno da explosão demográfica e do aumento vertiginoso do consumo, percebeu-se a ingente necessidade quanto à edição de conjunto de normas que viessem a proteger os direitos das coletividades, pois a sociedade de massa passou a conviver invariavelmente com as *lesões massivas*.

Logo, a proteção aos interesses transindividuais tornou-se em injunção firmada pela realidade social e política a partir da segunda metade do século XX, a ponto de a doutrina do direito constitucional ter começado a acenar para a existência dos direitos fundamentais de terceira geração: *os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*.

Qual a relação existente entre a mudança do parâmetro normativo por meio da proteção a tais interesses e o controle judicial de políticas públicas?

É que a implementação de políticas públicas (ou simplesmente a absoluta ausência dela) deixou de habitar a seara exclusivamente do mundo político para ingressar, por definitivo, no contexto das decisões judiciais.

Por conseguinte, seja porque o sistema constitucional brasileiro pugna pela possibilidade de condução ao Poder Judiciário de interesse de *qualquer espécie*, individual ou transindividual, seja ainda em virtude de o *princípio da democracia participativa* comandar a apreciação judicial acerca de interesses sociais relevantes, o fato é que a discussão de políticas públicas por meio da *ação civil pública* converteu-se em procedimento até corriqueiro no âmbito dos tribunais do país.

A mudança de mentalidade é corretamente explicada por Simone Aparecida Martins:

[...] na Constituição Federal de 1988, além da acolhida do princípio do amplo acesso ao Judiciário, como corolário do Estado de Direito, não prevê nenhuma exceção ao mesmo.

Conseqüentemente, em razão de elementar princípio de lógica jurídica: se a regra é de que deve haver possibilidade ampla de recurso ao Poder Judiciário, para a defesa da pessoa e dos direitos, qualquer exceção à regra deveria ser expressamente consignada.

A inexistência dessa expressa exceção constitucional torna destituídos de conteúdo quaisquer esforços no sentido de conferir essa qualidade aos atos políticos¹.

E diga-se mais, muito mais: se, nos dias que se passam, vemos crescer incrivelmente os pronunciamentos doutrinários que cogitam da existência de um *Neoconstitucionalismo*, destinado a fazer com que a constituição seja efetivo instrumento de conformação das atividades estatais legislativa, executiva e judiciária, desprezar a viabilidade de controle judicial de políticas públicas é recusar a própria ideia de constituição, pois desde as formulações teóricas de Dworkin e Alexy que se sabe bem da importância dos princípios constitucionais para a integração daquilo que Hesse passou a chamar de *vontade de constituição*.

Daí que o controle judicial de políticas públicas é procedimento absolutamente imprescindível para promover, perante o Poder Judiciário, o contraste entre a atuação do administrador e a realização dos comandos constitucionais, principalmente aqueles referidos como *princípios programáticos*.

Pouco importa.

Seja norma constitucional imediatamente autoaplicável, seja dispositivo carente de regulamentação ulterior, o que é decisivo à investigação do jurista é compreender que ambas as disposições materializam determinações constitucionais cuja modulação do grau de eficácia não desponta como óbice que tecnicamente se possa opor à ansiada realização do Texto Constitucional.

Também depõe a favor da sindicabilidade dos atos de governo a denominada *judicialização da política*, que vem a ser o tratamento

¹ MARTINS, 1993, p. 205.

em sede judicial de temas afetos aos interesses da coletividade de uma forma geral.

É o aparecimento, com todo vigor, da *tese substancialista*.

Paulo Bonavides justifica, por motivos pragmáticos, a necessidade de o Poder Judiciário de países de terceiro mundo adotar comportamento intervencionista no âmbito das políticas públicas, tudo de sorte a elevar o nível de concretização das normas constitucionais².

Lenio Streck adverte que a prática tem demonstrado estarmos longe, no Brasil, da consolidação da tese substancialista,

em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção³, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental [...], além da falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores a Constituição [...]⁴.

3 Os princípios constitucionais fundamentais e sua força vinculante

A mais que conhecida *ausência de cultura constitucional* no nosso país vem produzindo os seus frutos, pecos e secos.

Dentre todos, um dos que merecem destaque no início deste subitem é a vergonhosa indiferença dos aplicadores do direito de uma forma geral com os *princípios constitucionais fundamentais*.

² BONAVIDES, 1993, p. 9-10.

³ Atente-se, no entanto, para a mais alvissareira notícia que pode ser dada em termos de concretização de direitos fundamentais via mandado de injunção: o STF, em 2007, produziu duas decisões de notável importância, nos autos dos MI's 670 e 712, porquanto admitiu a fruição *imediate* do direito de greve pelos servidores públicos por meio da aplicação da Lei n. 7.783/1989, que é a norma regente da greve deflagrada na iniciativa privada. Do nosso ponto de vista, trata-se da mais importante decisão do STF após a promulgação do Texto Constitucional em 1988.

⁴ STRECK, 2003, p. 30.

Ora, se o constituinte originário resolveu localizar topograficamente determinadas proposições normativas logo nos arts. 1º a 4º que iniciam o Texto de 1988 e, a par disso, ao denominá-los de *princípios* – realidade, *per se*, já relevante porque denota o ponto de partida, o esteio maior do sistema constitucional brasileiro –, buscou diferenciá-los dos demais princípios previstos na Constituição, pois adicionou o termo *fundamentais*, enfim, se a tudo isso recorreu o fundador do Estado brasileiro, só deve haver uma significação: os princípios fundamentais são, no mínimo, importantes para a nossa sociedade política.

Contudo, o descaso não é só com relação a tais postulados, mas no que toca a tudo que se relaciona à Constituição de 1988. E parece revelar que, no Brasil, continuamos a estudar e a prestigiar a Escola da Exegese, ensinando como são aplicados os códigos, isso evidentemente sem nos esquecermos de dar uma “espiadinha” na Constituição.

Costumamos dizer que um trabalho de investigação do sistema normativo brasileiro minimamente sério não pode, de jeito algum, pôr à margem o estudo dos princípios fundamentais descritos nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal.

E esse raciocínio aplica-se a qualquer domínio normativo que venha a ser investigado pelo cientista: civil, penal, processual civil ou penal, comercial, tributário e, evidentemente, trabalhista.

Com evidência, após o desencadeamento do *constitucionalismo social*, modificando-se acentuadamente o temperamento ideológico do Estado pós-moderno e inculcando o ímpeto de transformação da realidade social por meio da linguagem das normas de direito, os aplicadores do direito do trabalho viram-se em meio ao fogo cerrado entre os que almejam a concretização das normas

constitucionais de direito social e os que pretendem a manutenção do *status quo*.

Esse antagonismo de interesses, esse embate ideológico é presenciado, sobretudo, na análise de compatibilização das políticas públicas aos princípios constitucionais fundamentais.

Algo evidente por si só, algo que ninguém nos dias atuais recusaria como um axioma é que *são governos que se submetem às Constituições e não as Constituições que devem se submeter a governos*.

Dirley da Cunha Júnior explica que

a heterovinculação da Constituição é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo, que vincula tanto os órgãos do Poder que a Constituição estabelece, como os cidadãos. Assim, tudo que a Constituição concede com sua imperatividade suprema tem-se o direito de fazer, e tudo que a Constituição exige, tem-se o dever de cumprir⁵.

Se a ideia é clara como um dia de sol de verão em Salvador, nuvens cinzentas e carregadas de incertezas começam a pairar sobre nós quando, de modo surpreendente, notamos que a concretização dos princípios fundamentais encontra-se na razão inversa da sua importância atribuída pelo legislador constituinte originário.

Deveras, quer se recorra aos fundamentos do Estado brasileiro referidos no art. 1º e incisos da Constituição, quer se lance ao exame dos objetivos fundamentais assinalados no art. 3º e incisos, apenas para exemplificar, a conclusão, inelutável e lúgubre, é da pífia capacidade conformadora desses postulados, fundamentalmente porque *o conjunto de normas formalmente posto pelo idealizador do Estado nada poderá fazer sem a diligente intermediação do aplicador*.

⁵ CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 635.

E o aplicador, por sua vez, acochado pelo número assombroso de processos e premido pela leviandade dos dados estatísticos de produtividade do Poder Judiciário brasileiro, vê-se diante da impossibilidade, de fato, de adequado exame do tema referente às políticas públicas e os princípios fundamentais.

De nossa parte, aqui, ultrapassado esse momento de catarse e desabafo, convém destacar, em primeiro plano, a compostura vinculativa dos princípios fundamentais para, após, relacionar hipóteses nas quais a implementação de políticas públicas possa vulnerar tais postulados.

Quando o art. 1º da Constituição enuncia como fundamentos do Estado brasileiro *a soberania* (art. 1º, I), *a cidadania* (art. 1º, II), *a dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (art. 1º, IV) e *o pluralismo político* (art. 1º, V), é preciso descobrir o real propósito do fundador do Estado de 1988: *construir sociedade política sobre os cinco pilares, que são a base fundante do nosso Estado: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.*

Logo, tudo, rigorosamente tudo, que provenha de atividade estatal no Brasil deve ser balizado pela consonância aos princípios fundamentais identificados pela Constituição de 1988.

Por via de consequência, torna-se sindicável ou controlável qualquer política pública que entre em rota de colisão com esses postulados fundamentais, *dada a sua força vinculante.*

Como assim? Como seriam vinculantes os princípios fundamentais em tema de implementação de políticas públicas? Ou ainda: que efeito prático teria a conclusão acerca de sua natureza vinculativa?

Em primeiro lugar, registre-se que a vinculatividade dos princípios fundamentais resultaria simplesmente de sua importância para o sistema constitucional como um todo.

Se é ideia assente a de que devam tais disposições funcionar como substrato fundamental para o Estado brasileiro, qualquer ato de autoridade, qualquer lei, qualquer decisão judicial dentro do território brasileiro deve incondicionada e obrigatoriamente ser balizada pelos princípios fundamentais.

Em acréscimo, pode-se ainda ponderar que muitas das previsões constitucionais que se encerram no catálogo dos princípios fundamentais têm natureza de *cláusula programática*, como são todas as indicadas no art. 3º da Constituição.

E, no particular, muito caminhou a ciência do direito constitucional, desde a famosa classificação tripartite das normas constitucionais quanto à eficácia idealizada por Crisafulli, a ponto de, na atualidade, serem reconhecidos os seguintes efeitos concretos das disposições programáticas:

- a) impõem um dever para o legislador ordinário;
- b) condicionam a legislação futura, sob pena de ser declarada a inconstitucionalidade das leis com elas incompatíveis;
- c) informam a concepção de Estado, vinculando a emissão de normatividade aos fins colimados;
- d) estabelecem um *telos* para a interpretação, integração e aplicação das leis;
- e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário;
- f) criam situações jurídicas subjetivas⁶.

Fecha-se, assim, o saudável círculo em torno à proteção dos princípios fundamentais, visto que, se a hipótese é de política pública implementada por meio de veículo normativo oriundo do

⁶ SILVA, 1998, p. 146-147.

parlamento, já não há tamanha liberdade de conformação legislativa se tais postulados condicionam a legislação futura. E se, de contraparte, a política pública vier a ser editada com amparo em provimento administrativo do presidente da República ou do governador de Estado, igualmente terá de se submeter a regramento ditado pelos princípios fundamentais, porque, como visto acima, as cláusulas programáticas têm aptidão para condicionar a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário, fazendo com que ambos “empurrem” a eficácia da norma programática para um grau máximo possível de realizabilidade.

Explicada e justificada a compostura vinculativa dos princípios fundamentais, cuida, agora, de examinar o efeito prático resultante do reconhecimento do caráter vinculativo das disposições programáticas.

Convictamente, se o sinal adotado pela política pública é contrário à diretriz impingida pela cláusula programática, deve haver iniciativa tendente a impor o redirecionamento da norma a fim de que seja acatado o programa constitucional.

Nesse passo, se a norma editada possuir conteúdo *genérico* e *abstrato*, revestindo-se, assim, de *caráter normativo*, é possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por meio da qual se buscará a emissão de provimento judicial certificador da incompatibilidade da política pública e, se for o caso, com possibilidade de deferimento de medida cautelar, quando presentes os pressupostos à sua concessão.

Não parece residir na circunstância nenhum acesso de *ativismo judicial*; antes, porém, é correto tratar-se de legítimo pronunciamento judicial em derredor de alegada ofensa a princípios constitucionais.

Imagine-se hipótese na qual determinado gestor municipal tenha editado norma de planejamento econômico, cujo conteúdo

simplesmente não contemple qualquer política pública destinada à erradicação do trabalho infantil.

Sendo certo que compete aos municípios *suplementar a legislação federal e a estadual no que couber* (CF, art. 30, II) e que o art. 24, XV, da CF, em cujo seio repousa precisamente a viabilidade quanto ao exercício da competência suplementar, enuncia competir aos entes federativos legislar concorrentemente sobre *proteção à infância e à juventude*; sendo certo ainda que o art. 30, VI, da CF registra como competência municipal *manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental*, dúvida não deve subsistir quanto à completa viabilidade a respeito de propositura de medida judicial dirigida ao restabelecimento do respeito às determinações do sistema da Constituição de 1988.

É claro que não haverá espaço, no caso, para a instauração de instância por meio de ação direta a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, desde que se tome por indiscutível que não pode haver controle abstrato-concentrado da constitucionalidade de norma municipal em face da Constituição Federal, tema já pacificado na jurisprudência da nossa Suprema Corte (STF, Reclamação n. 337, RDA 199/201).

Contudo, nada impede – pelo contrário, a Constituição verdadeiramente impõe – que a inexistência de política pública em tema de erradicação do trabalho da criança e do adolescente seja objeto de apreciação em sede de ação civil pública, cujo fundamento bem pode ser a transgressão aos princípios fundamentais inerentes à *dignidade da pessoa humana* (tido como “valor-fonte” do sistema normativo brasileiro), à *valorização social do trabalho*, além de evidente ofensa aos objetivos fundamentais referidos no art. 3º, I, II e III (*construção de sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais*).

Assim, temos perfeito exemplo prático de sindicabilidade de ato de governo em matéria especificamente vinculada à seara do direito constitucional do trabalho, visto que a ausência de política pública terminou vulnerando a proteção que necessariamente deve ser dispensada à criança e ao adolescente.

E o mais interessante é observar que o controle judicial incidente sobre a política pública (ou, no caso, a falta dela) amparou-se, aqui, exclusivamente nos *princípios fundamentais*.

Outra situação de ordem prática capaz de atrair a atividade de órgão jurisdicional trabalhista é a implementação de política pública (logo, um *ato estatal comissivo*) em dissonância absoluta dos princípios fundamentais.

Suponha-se que governador de Estado tenha veiculado norma de planejamento econômico público que, de forma indiscutível, resulte em recrudescimento do nível de desemprego naquela unidade estadual.

Ora, ninguém duvida que o planejamento econômico convive de mãos dadas com as chamadas *externalidades*, que podem ser positivas ou negativas.

O que são externalidades?

Externalidades são os efeitos positivos (*economia externa*) ou negativos (*deseconomia externa*) advindos da atividade dos agentes econômicos ou da implementação de política econômica pelo Estado.

Consequentemente, tratando-se de resultado não previsto pelos planejadores do plano econômico, mas que, de fato, determina enorme e preocupante retração no mercado de trabalho formal, a hipótese é de mera e simples revogação da norma pública de planejamento, mais ainda porque a normativa econômica guarda sempre implícita a cláusula *rebus sic stantibus*.

Nessa linha de compreensão, se o mandatário estadual, malgrado o fracasso da norma pública de planejamento, não opta pela sua supressão, não temos qualquer receio em concluir pela possibilidade de propositura de ação civil pública por todos os colegitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 (LACP).

4 Competência da Justiça do Trabalho para o controle judicial de políticas públicas

Ultrapassado o estágio do exame da viabilidade quanto a tal controle, alcançamos o momento de investigação acerca da competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações judiciais cujo núcleo gravite em torno à discussão sobre implementação de políticas públicas de acordo com o sistema constitucional.

Então, é competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar tais ações?

Se partirmos da premissa de que tais atos são concretizados por agentes políticos, a competência para sua análise seria, de acordo com a situação, ou da Justiça Estadual ou da Justiça Federal, principalmente se for hipótese de impetração de mandado de segurança, pois é certo que a competência, nesses casos, firma-se *em razão da condição da autoridade indigitada coatora e não em virtude da matéria veiculada na impetração*.

Todavia, o raciocínio extratado é simplista e pedestre demais para abranger todas as questões afetas ao controle judicial de políticas públicas, máxime quando o ato estatal é ofensivo ao valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV).

Duas situações se põem como possíveis, como já vimos, em termos de controle judicial de políticas públicas: *ou o Estado não faz nada ou faz à revelia dos comandos constitucionais*.

Em ambas as circunstâncias temos por viável a sindicabilidade do ato de governo.

Se ele deve realizar, implementar a política pública, e não o faz, a medida judicial se imporá para determinar a edição do ato em respeito ao programa fixado na Constituição.

Se realiza, mas o faz em antagonismo às prescrições constitucionais programáticas, incorrendo em inconstitucionalidade de ordem material, igualmente se impõe a adoção de medida judicial, já aqui destinada a fazer retornar a norma aos caminhos apontados pelo legislador constituinte originário.

E a pergunta-chave é a seguinte: *tratando-se de ausência de política pública que vulnere a valorização do trabalho humano ou de existência de norma que afete prejudicialmente o mundo do trabalho, seria possível recusar a competência à Justiça do Trabalho?*

Não. E por que não?

Como se sabe, decisiva à delimitação da competência material é não só o pedido, mas também a *causa de pedir*.

E a causa de pedir, por outro lado, tanto se relaciona ao *fato gerador de incidência originária* como ao *fato gerador de incidência derivada do pedido*.

Explique-se.

Quando se formula pleito de adequação de política pública em virtude de descumprimento de norma constitucional que protege o trabalho humano, o fato gerador de incidência originária do pedido (causa de pedir *remota*), ou o *fato* propriamente dito (CPC, art. 282, III, parte inicial), é a circunstância inerente à presença/ausência de ato de governo, enquanto o fato gerador de incidência derivada do pedido (causa de pedir *próxima*), ou *os fundamentos jurídicos do pedido* (CPC, art. 282, III, parte final), é a ofensa a proteção à relação de trabalho perseguida pela Constituição de 1988, cuja manutenção e segurança foram afetadas pelo ato comissivo ou omissivo do Poder Público.

Ora, como se viu no subitem anterior, se a situação for de ausência de política pública no que toca à erradicação do trabalho da criança e do adolescente, não resta dúvida de que a competência é da Justiça do Trabalho.

Observe-se a redação do art. 114, I, da CF: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: as ações *oriundas da relação de trabalho*, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Posto dessa forma, tem-se que, doravante, precisamente após a EC n. 45/2004, não se outorga mais à Justiça do Trabalho competência material exclusiva para julgamento de dissídios envolvendo apenas a *relação de emprego*, mas sim controvérsias que também decorram, ou sejam “oriundas”, como refere o enunciado constitucional, da *relação de trabalho*.

E “relação de trabalho” não é termo equivalente a “relação de emprego”, tanto que o constituinte utiliza as expressões em passagens distintas do Texto Constitucional, como a revelar indiscutível diversidade de significado (por exemplo, a referência a “relação de emprego” no art. 7º, I, da CF não deve e não pode ter o mesmo significado que “relação de trabalho” indicado no referido art. 114, I, da CF).

E, aqui, a competência da Justiça do Trabalho firmada em nível constitucional não se dirige apenas para processar e julgar dissídios individuais de advogados ou médicos que cobram seus honorários profissionais.

Sem embargo da importância que têm os dissídios individuais que são trazidos à apreciação dos órgãos jurisdicionais trabalhistas, a teleologia da alteração constitucional não deve ser amesquinhada a ponto de se entender que a mudança impôs, tão-só, o trazimento

para a Justiça do Trabalho dos conflitos entre profissionais liberais e seus clientes recalcitrantes quanto a pagamento de honorários.

Quando o constituinte originário cometeu à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar *as ações oriundas da relação de trabalho*, o fez em linha de afirmação do interesse público que subjaz à determinação da competência tal como constitucionalmente conformada.

Com isso, é possível afirmar, sem receio, que *ausência de política pública relativamente a direito humano dos trabalhadores, por se converter em omissão estatal com reflexo imediato na relação de trabalho, determina a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação*.

Esse o quadro relativamente à falta de norma que venha salvarguardar a tutela à relação de trabalho.

E se o caso for de edição de norma com sinal contrário ao programa constitucionalmente concebido?

Persiste a competência da Justiça do Trabalho.

Sem dúvida, se o que se nota é implementação de política pública completamente contrária aos princípios constitucionais, que têm força vinculante, cujo resultado é o desvalor do trabalho humano, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho é a mesma que, na hipótese, determina a proteção à relação de trabalho.

Quando, por exemplo, o poder público edita norma de planejamento cuja externalidade negativa desemboca no recrudescimento do nível de desemprego, mais uma vez o valor *proteção à relação de trabalho* sinaliza para a competência da Justiça do Trabalho, uma vez que não se poderá afastar da ideia segundo a qual *política pública que transgride o princípio fundamental relativo à valorização social do trabalho impõe a iniciativa de ações judiciais que, no particular, são oriundas da relação de trabalho*.

Supondo-se que determinada empresa teve a necessidade de dispensar todos os seus empregados em virtude de planejamento econômico que afetou drasticamente o nível de empregabilidade do setor econômico ao qual está incorporada a unidade empresarial, pergunta-se: *é competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar ação que busca o redirecionamento da política pública, já agora para prestigiar a manutenção dos postos de trabalho e consagrar a valorização social do trabalho humano?*

Sob exame o art. 114, I, da CF, não encontramos resposta outra que não seja a positiva.

Se as ações oriundas da relação de trabalho são de competência da Justiça do Trabalho, e se eventual ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho visaria precisamente conduzir ao Poder Judiciário a discussão sobre os efeitos da política pública no que tange à manutenção dos postos de trabalho, ou, simplesmente, a manutenção das *relações de trabalho*, a própria literalidade do art. 114, I, da CF é determinante da competência material para processar e julgar as ações que se dirijam a tal finalidade.

5 Controle judicial de política pública atinente ao trabalho humano e a tese da reserva do possível

Como habitualmente se sucede em ações coletivas propostas pelo Ministério Público para a implementação de políticas públicas relativas à saúde e à educação, o Poder Público, quando acionado, de modo invariável, tem lançado mão da tese da reserva do possível para impedir o controle judicial dos atos de (des)governo.

O que é a reserva do possível?

Consubstancia-se na denominada “escolha trágica”, isto é, o direito a respeito do qual se exige judicialmente a concretização não pode ser satisfeito de

modo imediato, o que implicaria a solução de continuidade de outros programas sociais em virtude da insuficiência de recursos para atendimento a todos eles.

No entanto, em se tratando de política pública vulneradora da valorização social do trabalho, tem-se que os atos estatais dirigidos, por exemplo, à solução do problema do desemprego talvez não careçam de dispêndio de elevada soma de recursos públicos; é possível que a situação se resolva simplesmente por meio de adoção de política pública alternativa àquela que objetivamente impôs prejuízo à manutenção dos postos de trabalho. Resolve-se o problema por meio do retorno da política pública à fonte da qual jamais deveria ter se dissociado: *os princípios constitucionais.*

E também é certo referir que muitas vezes o próprio problema do desemprego poderá ser tão-só mitigado pela adoção de política pública correta, tal como se dá nas hipóteses de *desemprego estrutural ou sazonal.*

Contudo, afirmar que, em tese, nada pode fazer o Poder Público tendo em vista a insuficiência de recursos é manifestar insidiosa ausência de vontade política, o que configura sério agravo à proteção aos direitos humanos dos trabalhadores, tornando possível até mesmo a responsabilização pessoal do Presidente da República, evidentemente se for ele o autor da norma (CF, art. 85, III).

6 Ativismo judicial versus discricionariedade dos atos de governo

Uma questão interessante que deve ser discutida refere-se à oposição que comumente se faz entre o *ativismo judicial* e a *enorme discricionariedade ínsita aos atos de governo.*

A oposição é ilusória.

Em primeiro lugar porque ali, onde a atuação administrativa é discricionária, nem por isso se entrega “cheque em branco” para o administrador realizar o que bem entender.

Nesses casos, conquanto seja certa a existência de maior liberdade para a conformação do ato administrativo, é evidente que não se poderá consentir com a edição de espécie que vulnere o conteúdo da Constituição. Isso é defendido também no que toca aos *atos administrativos discricionários*.

A conclusão não deve discrepar em se tratando de atos de governo.

Reside-se fundado receio de que o ato de governo encerra ofensa à Constituição, outro não é o *locus* adequado para a discussão do tema que o Poder Judiciário, que se pronunciará com amparo nas normas constitucionais e concluirá pela ocorrência ou não de transgressão na hipótese concreta.

Todavia, recusar, em tese, tal viabilidade é, antes de mais nada, atentar contra a cláusula constitucional da separação de poderes, reputada *norma intangível* pelo legislador constituinte originário (CF, art. 60, § 4º, III).

7 Conclusão

Diante do exposto, é possível alcançar as seguintes conclusões:

- seja porque o sistema constitucional brasileiro pugna pela possibilidade de condução ao Poder Judiciário de interesse de *qualquer espécie*, individual ou transindividual, seja ainda em virtude de o *princípio da democracia* participativa comandar a apreciação judicial acerca de interesses sociais relevantes, o fato é que a discussão de políticas públicas por meio

da ação *civil pública* converteu-se em procedimento habitual no âmbito dos tribunais do país, não havendo, após a Constituição de 1988, como juridicamente ser recusada a sindicabilidade dos atos de governo;

- ☛ são governos que se submetem às Constituições e não as Constituições que devem se submeter a governos;
- ☛ se a hipótese é de política pública implementada por meio de veículo normativo oriundo do parlamento, já não há tamanha liberdade de conformação legislativa se tais postulados condicionam a legislação futura. E se, de contraparte, a política pública vier a ser editada com amparo em provimento administrativo do presidente da República ou do governador de Estado, igualmente terá de se submeter a regramento ditado pelos princípios fundamentais;
- ☛ tratando-se de resultado não previsto pelos planejadores do plano econômico, mas que, de fato, determina enorme e preocupante retração no mercado de trabalho formal, a hipótese é de mera e simples revogação da norma pública de planejamento, mais ainda porque a normativa econômica guarda sempre implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, e se o mandatário estadual, malgrado o fracasso da norma pública de planejamento, não opta pela sua supressão, não temos qualquer receio em concluir pela possibilidade de propositura de ação civil pública por todos os colegitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 (LACP);
- ☛ ausência de política pública relativamente a direito humano dos trabalhadores, por se converter em omissão estatal com reflexo imediato na relação de trabalho, determina a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação;
- ☛ se as ações oriundas da relação de trabalho são de competência da Justiça do Trabalho, e se eventual ação civil pública proposta

pelo Ministério Público do Trabalho visaria precisamente conduzir ao Poder Judiciário a discussão sobre os efeitos da política pública no que tange à manutenção dos postos de trabalho, ou, simplesmente, a manutenção das *relações de trabalho*, a própria literalidade do art. 114, I, da CF é determinante da competência material para processar e julgar as ações que se dirijam a tal finalidade;

- a implementação de política pública que vá ao encontro da valorização social do trabalho talvez não exija o dispêndio de elevada soma de recursos do erário, razão por que não se admite, em casos tais, a objeção relativa à *reserva do possível*;
- reside-se fundado receio de que o ato de governo encerra ofensa à Constituição, outro não é o *locus* adequado para a discussão do tema que o Poder Judiciário, que se pronunciará com amparo nas normas constitucionais e concluirá pela ocorrência ou não de transgressão na hipótese concreta, ao passo que se recusar a viabilidade da tese, é, antes de mais nada, atentar contra a cláusula constitucional da separação de poderes, reputada *norma intangível* pelo legislador constituinte originário (CF, art. 60, § 4º, III).

Referências

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS, Simone Aparecida. O ato político. Sindicabilidade. O princípio da separação de poderes. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 1, n. 4, p. 199-210, jul./set. 1993.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio. Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. In: *A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3-41.

Bases filosóficas e doutrinárias da Justiça Militar¹

Jorge César de Assis*

Sumário: 1 Breve introdução ao tema. 2 O direito militar e as exigências do Estado Democrático de Direito. 3 A Justiça Militar e seu contexto no Poder Judiciário como um todo. 3.1 Justiça Militar da União. 3.2 Justiça Militar Estadual. 4 Independência e autonomia dos juízes, membros do Ministério Público e defensores que atuam na Justiça Militar. 4.1 Os Conselhos de Justiça. 4.2 O Ministério Público Militar. 4.3 O advogado na Justiça Militar. 5 Limites de competência da Justiça Militar. 5.1 Jurisdição penal militar. 5.2 Jurisdição disciplinar militar. 6 Os postulados modernos do direito penal e do direito disciplinar aplicados à Justiça Militar. 7 Conclusão: perspectiva de evolução da Justiça Militar.

1 Breve introdução ao tema

Quando não se é filósofo ou, ainda, jusfilósofo, fica difícil tecer considerações seguras acerca dos aspectos filosóficos que medeiam a existência e a efetividade da Justiça Militar.

A instigação ao tema, entretanto, permite ao aplicador interessado do direito militar² deixar-se levar ao estudo, ainda que perfunctório, da

* Jorge César de Assis é membro do Ministério Público da União, promotor da Justiça Militar lotado em Santa Maria-RS e sócio fundador da Associação Internacional das Justiças Militares (AIJM).

¹ Adaptação para artigo de palestra ministrada no ENCONTRO DE REFLEXÃO SOBRE A JUSTIÇA MILITAR, em 12.3.2008, na cidade de Praia, capital da República de Cabo Verde.

² O termo *aplicador* está sendo utilizado em sentido mais restrito que aquele dado ao *operador* do direito. A noção de operador abrange membros da magistratura, membros do Ministério Público, defensores e autoridades de polícia judiciária.

Filosofia do Direito. Esta, segundo o autor alemão Arthur Kaufmann, não se distingue dos outros ramos da filosofia por ser mais especial, mas porque reflete, filosoficamente, sobre questões jurídicas essenciais, sobre problemas jurídicos fundamentais, discutindo-os e dando-lhes, tanto quanto possível, uma resposta³.

As considerações de ordem filosófica, que aqui serão tratadas de forma paralela àquelas outras de ordem doutrinária, não serão feitas de maneira isolada, mas sim ao longo de todo este trabalho. Para tanto, levar-se-á em conta, ainda, o aspecto histórico da Justiça Militar (*em especial a do Brasil e a de Cabo Verde*) e sua posição no Estado Democrático de Direito.

Tanto quanto possível, proceder-se-á a uma análise de cunho epistemológico, ou seja, um estudo crítico visando determinar os fundamentos lógicos, o valor e o alcance objetivo dos princípios que informam o direito militar.

Dito isso, acredita-se ser necessário o questionamento de cinco pontos fundamentais, de modo que se possa chegar a conclusões seguras sobre o ideal de Justiça Militar: 1º) o direito militar responde, atualmente, às exigências de um Estado Democrático de Direito? 2º) a Justiça Militar é parte integrante do Poder Judiciário considerado? 3º) juízes, membros do Ministério Público e defensores que atuam na Justiça Militar têm independência funcional para exercer suas funções da melhor forma possível? 4º) a competência da Justiça Militar é restrita? e 5º) os postulados modernos do direito penal e direito disciplinar estão incorporados ao direito militar?

ria; os aplicadores, por sua vez, seriam apenas as duas primeiras categorias, conforme lecionam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (2005, p. 40).

³ KAUFMANN, 2002, p. 25.

Sempre é bom lembrar que a Justiça Militar brasileira (*assim como a cabo-verdiana*) tem origem, por óbvio, na legislação de Portugal. Todavia, essa influência perdurou no Brasil desde a data do descobrimento, em 22 de abril de 1500, até a Proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822. A partir daí, a legislação militar brasileira começou a tomar contornos próprios, o que se acentuou após a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889. Nesse período, a grande influência vinha dos Estados Unidos da América, em face de sua proclamada Constituição, assinada em 17 de setembro de 1787. Isso é facilmente verificável na própria denominação adotada pelo novo Estado – República dos Estados Unidos do Brasil. De lá para cá muita coisa mudou, podendo-se afirmar, sem nenhuma dúvida, que a Justiça Militar brasileira apresenta hoje um modelo único no mundo globalizado, *sui generis*, salvo engano pelo qual desde logo nos penitenciamos.

Nessa visão histórica, não se pode perder de vista um componente geográfico interessantíssimo: o Brasil situa-se na América do Sul, tendo recebido a influência inicial do sistema português, que se manteve por séculos. Todos os demais países da América do Sul, à exceção das antigas Guianas, foram colonizados pela Espanha e dela receberam influência em seu Direito, inclusive no militar.

Dessa forma, atualmente, a maioria dos países sul-americanos possui uma Justiça Militar baseada no modelo espanhol, cuja legislação deriva das antigas *Ordenanzas*. São justiças essencialmente militares, em que juízes, membros do Ministério Público e defensores são oficiais militares. Em alguns países, seguindo o modelo espanhol, existe, ainda, o Corpo Jurídico Militar, como no Peru. O Brasil, tendo sido influenciado inicialmente por Portugal, adquiriu, ao longo do fortalecimento da República, um modelo próprio de Justiça Militar, que hoje se encontra muito distante do modelo português.

A Justiça Militar cabo-verdiana também segue o modelo de Portugal.

Informa José Pedro Bettencourt⁴ que Cabo Verde tornou-se independente em 5 de julho de 1975, após um processo *sui generis* de luta de libertação, desenvolvido na Guiné-Bissau pelo Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo Verde (PAIGC)⁵.

Na época encontrava-se em vigor o Código de Justiça Militar de 1925, aprovado pelo Decreto n. 11.292, de 26 de novembro de 1925, que, rompendo com o anterior de 1895, consagrava o foro pessoal. Esse código se manteve em vigor por força do disposto no artigo 22^o da Lei sobre a Organização Política do Estado⁶, publicado no *Boletim Oficial* n. 1, de 5 de julho de 1975, que dispunha: “A legislação portuguesa em vigor nesta data mantém transitoriamente a sua vigência⁷ em tudo o que não for contrário à soberania nacional, à presente Lei, às restantes Leis da República e aos princípios e objectivos do PAIGC” [*sic*]⁸.

⁴ BETTENCOURT, 2005, p. 55.

⁵ A luta armada que conduziu à independência da Guiné-Bissau e Cabo Verde teve lugar na Guiné-Bissau. Em 15 de janeiro de 1967, um grupo de 31 jovens cabo-verdianos – liderado por Pedro Pires, atual presidente da República –, que se preparava em Cuba para o desembarque e o início da luta armada em Cabo Verde, prestou o juramento na presença do então secretário-geral do PAIGC, Amílcar Cabral. O desiderato acabou por não se cumprir e só mais tarde, no final de 1974 e início de 1975, chegaram a Cabo Verde muitos dos militares cabo-verdianos, combatentes nas matas da Guiné-Bissau, que, com alguns cabo-verdianos pertencentes ao exército português e outros recrutados ainda antes do dia 5 de julho, deram corpo às Forças Armadas de Cabo Verde.

⁶ Trata-se da primeira lei de valor constitucional do Cabo Verde independente.

⁷ Era a solução que se impunha, portanto lógica e inteligente. Há uma grande identidade de normas entre os sistemas jurídicos português e cabo-verdiano, apesar de ao longo dos tempos termos vindo paulatinamente a substituir a legislação herdada por outra mais consentânea com os novos valores emergentes da nossa sociedade.

⁸ Dispositivos com igual espírito têm sido acolhidos em todas as leis constitucionais. Na atual Constituição, encontrou guarida no artigo 288, que, sob a epígrafe “legislação anterior”, diz o seguinte: “O direito anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário a ela ou aos princípios nela consignados”.

2 O direito militar e as exigências do Estado Democrático de Direito

Sem sombra de dúvida, a verificação da legitimidade e efetividade da Justiça Militar dependerá da posição que ostentar na Constituição do Estado considerado.

A edição da Constituição brasileira de 1988 foi precedida de amplo debate entre os diversos setores da sociedade e os integrantes da Assembleia Nacional Constituinte.

Pondera Gisele Cittadino que, pela primeira vez na história brasileira, uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial, que dá unidade de sentido à Constituição Federal. Espera-se, conseqüentemente, que o sistema de direitos constitucionais, visto como expressão de uma ordem de valores, oriente a interpretação do ordenamento constitucional em seu conjunto.

A promulgação da *Constituição Cidadã*, cujo sistema de direitos fundamentais, como visto, informa todo o ordenamento jurídico, é certamente a expressão definitiva do movimento de *retorno ao direito* no país. Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende *reencantar* o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo brasileiro que se pretende resgatar a *força do direito*. E são os constitucionalistas “comunitários” os encarregados desse resgate⁹.

⁹ CITTADINO, 2000, p. 13-14.

Os representantes do constitucionalismo brasileiro, capitaneados pelo ilustre José Afonso da Silva, estabelecem uma espécie de fratura no seio da cultura jurídica positivista e privatista, buscando, contra o positivismo, um fundamento ético para a ordem jurídica e, contra o privatismo, a efetividade do amplo sistema de direitos assegurados pela nova Constituição. Assevera Cittadino que, recusando o constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, deve-se passar, segundo esses autores, para um *constitucionalismo societário e comunitário*, que confere prioridade aos valores da igualdade e dignidade humanas¹⁰.

A dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, do pluralismo político, previstos no artigo 1º da Constituição, enquanto a igualdade de todos perante a lei inicia o enunciado do artigo mais comentado de todo o corpo constitucional, o 5º, relacionando os direitos e deveres individuais e coletivos, pertencentes ao Título II da Carta Magna – Dos Direitos e Garantias Individuais.

Os direitos e garantias individuais estão blindados pela proibição de deliberação de proposta de emenda constitucional tendentes a aboli-los (CF, art. 60, § 4º, IV).

Em um país com histórico de facilidade de aprovação de emendas constitucionais, essa blindagem é significativa e, graças a ela, a Justiça brasileira, incluindo a Militar, tem efetivamente cumprido seu papel. Dentre os vários princípios constitucionais colocados à disposição do cidadão, assume vital importância o da inafastabilidade do acesso ao Judiciário.

Para Cittadino, o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do

¹⁰ CITTADINO, 2000, p. 15.

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, revela, como primeira garantia, que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito individual ou coletivo¹¹.

Dentro dessa visão comunitária da Constituição brasileira, é indispensável, portanto, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade das regras jurídicas, sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de, conclui a ilustre autora, permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador.

Assim, é possível afirmar que o sistema constitucional brasileiro foi talhado em princípios importantíssimos em favor da sociedade como um todo, ou, na visão de Denilson Feitoza Pacheco, são princípios fundamentais, ou seja, diretrizes basilares de um sistema, verdadeiras linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete¹².

De caráter constitucional, influenciando diretamente na prestação jurisdicional (inclusive a militar), podemos destacar os seguintes princípios: os explícitos, como o *da supremacia da Constituição*, segundo o qual todo o direito militar (penal, processual penal, administrativo, disciplinar) deve adequar-se aos mandamentos constitucionais. Está atrelado ao princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário, que permite a qualquer cidadão chegar até o Supremo Tribunal Federal, inclusive o cidadão militar, que pode discutir judicialmente até mesmo questões disciplinares, estando afastada a obrigatoriedade anteriormente vigente do esgotamento das vias recursais administrativas; *da*

¹¹ CITTADINO, 2000, p. 64.

¹² PACHECO, 2005, p. 156.

dignidade da pessoa humana, segundo o qual o ser humano inserido em um quadro processual possui um valor inerente à sua condição humana, que deve ser obrigatoriamente considerado, independentemente de sua condição de réu, vítima, testemunha, peritos etc.; *da liberdade individual*, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos crimes propriamente militares e transgressões disciplinares militares previstos em lei; *do devido processo legal*, como garantia de que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens, sem o desenrolar de um processo com rito previsto em lei; *da não declaração de culpado*, que muitos preferem chamar de presunção da inocência (para nós são coisas diversas), segundo o qual ninguém será declarado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; *da ampla defesa e do contraditório*, segundo o qual os acusados em processo penal e administrativo têm direito à ampla defesa e ao contraditório (contrapor-se à acusação); *do direito de permanecer calado* (e, em decorrência, de não autoincriminação); também o *da razoável duração do processo*, segundo o qual a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam sua celeridade; *da assistência judiciária gratuita*, garantida pelo Estado aos comprovadamente necessitados; *da inadmissibilidade das provas ilícitas*, cuja admissão indevida nulifica o processo.

Informa ainda a Justiça Militar brasileira os seguintes princípios constitucionais: a proibição de juízo ou tribunal de exceção; a irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu; o de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado; a individualização da pena; a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; a proibição das penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Há princípios implícitos, como o *princípio da proporcionalidade*, que anda de mãos dadas com o *princípio da razoabilidade*, de tal forma

que são considerados decorrentes um do outro, ou seja, a sanção será razoável quando for proporcional à ofensa.

Existem ainda poderosos instrumentos constitucionais para garantir tais princípios, como o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança.

Por sua vez, a Constituição da República de Cabo Verde também pugnou pela garantia e pelo respeito à dignidade da pessoa humana, reconhecendo a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça, como fez constar de seu art. 1º.

Constituiu-se em um Estado de Direito Democrático assente nos princípios da soberania popular, no pluralismo de expressão e de organização política democrática e no respeito pelos direitos e pelas liberdades fundamentais (art. 2º).

Essa escolha do constituinte pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais deve ser vista como valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição de Cabo Verde, orientando o intérprete, em especial os integrantes do Poder Judiciário – dentro dela, os integrantes da sua Justiça Militar.

No Capítulo I do Título II da Constituição, que prevê os direitos, liberdades e garantias individuais, o constituinte cabo-verdiano garantiu aos seus cidadãos princípios universais importantíssimos, como o da inviolabilidade da vida humana e a integridade física e moral das pessoas; a proibição da tortura, das penas ou dos tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, além da impossibilidade da pena de morte em qualquer caso; da proibição da privação da liberdade, a não ser em consequência de sentença condenatória pela prática de atos puníveis com pena de prisão ou de aplicação de medida de segurança prevista em lei; do direito de toda pessoa detida ou presa ser imediatamente

informada das razões de sua detenção ou prisão e de seus direitos constitucionais, autorizada ainda a contatar advogado, diretamente ou por intermédio de sua família ou pessoa de sua confiança; do direito ao silêncio ao ser detida ou presa e à identificação dos responsáveis pela sua detenção ou prisão e pelo seu interrogatório; da intransmissibilidade da responsabilidade penal; do *non bis in idem*; da proibição da prisão perpétua; da presunção da inocência (assim declarado) até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo ser julgada no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa; do contraditório; da nulidade das provas ilícitas etc.

Essa opção pela valorização dos direitos humanos está sempre ligada à ideia de direito natural. Bem por isso o jusfilósofo brasileiro Miguel Reale asseverou que os chamados “direitos da pessoa humana”, desde o direito à subsistência até as prerrogativas da igualdade e liberdade, são exemplos típicos dessas conquistas axiológicas, emergentes do processo histórico, e que todos, gregos e troianos, no Ocidente ou no Leste, proclamam ser patrimônio irrenunciável da espécie humana. Pouco importa que cada qual entenda tais palavras a seu modo, porque o essencial é a verificação da universalidade do reconhecimento que se faz de determinados direitos, tidos e havidos como representativos do patrimônio ético da civilização¹³.

3 A Justiça Militar e seu contexto no Poder Judiciário como um todo

Uma vez verificado se o direito militar atende às exigências do Estado Democrático de Direito, cabe analisar agora a posição que a Justiça Militar ocupa no Poder Judiciário considerado. A análise, por óbvio, passa pelo Brasil e por Cabo Verde.

A Justiça Militar brasileira está integrada ao Poder Judiciário nacional e sua fonte é a própria Constituição Federal.

¹³ REALE, 1984, p. 4.

São órgãos do Poder Judiciário brasileiro aqueles previstos no art. 92 da Carta Magna de 1988:

- I – o Supremo Tribunal Federal;
- II – o Superior Tribunal de Justiça;
- III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI – *os Tribunais e Juízes Militares*;
- VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal.

Deve-se salientar, entretanto, que a Justiça Militar brasileira possui uma característica que a difere do modelo de outros países, já que no Brasil a Justiça Militar é um gênero que apresenta duas espécies: a Justiça Militar da União e a Justiça Militar Estadual.

Apesar de existirem desde a formação do país, confundindo-se com a sua história, em nível constitucional a Justiça Militar da União foi prevista em 1934 e a Justiça Militar Estadual em 1946.

3.1 Justiça Militar da União

A Justiça Militar da União é federal, possui jurisdição em todo o território brasileiro e tem por competência julgar e processar os crimes militares definidos em lei, não importando quem seja seu autor, o que vale dizer que julga até mesmo o civil.

São órgãos da Justiça Militar da União o Superior Tribunal Militar e os tribunais e juízes militares instituídos em lei.

Compõem o Superior Tribunal Militar (STM) 15 ministros vitalícios, nomeados pelo presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo 3 oficiais-generais da Marinha, 4 oficiais-generais do Exército e 3 oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e 5 civis.

Os ministros civis são escolhidos também pelo presidente da República, sendo 3 dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de 10 anos de atividade profissional, e 2 por escolha paritária dentre juízes auditores e membros do Ministério Público Militar.

Em relação à Justiça Militar da União, por conta da Proposta de Emenda Constitucional n. 358/2005, constata-se que haverá uma redução do número de ministros do Superior Tribunal Militar previsto no art. 123 da Carta brasileira, que será reduzido de 15 para 11, restringindo, portanto, o número de ministros militares, e, apesar de diminuir o número de ministros civis (de 5 para 4), a reforma privilegia os juízes auditores, o que parece natural e justo, já que são juízes de carreira. Devem ficar, por conseguinte, 2 ministros da Marinha, 3 do Exército, 2 da Aeronáutica e 4 civis, sendo 2 oriundos da carreira de juiz auditor, um da carreira de advogados e um da carreira do Ministério Público Militar.

Diferentemente da mudança operada em relação à Justiça Militar Estadual, não há previsão de a figura do juiz de Direito, nem muito menos da presidência dos Conselhos, passar para o juiz auditor, o que poderá ocorrer *de lege ferenda*, por meio de processo legislativo que a própria Constituição estabelece.

O texto proposto para o art. 124 mantém a competência ampla de processar e julgar os crimes militares definidos em lei, independentemente de quem seja o seu autor (*e aí não existe alteração nenhuma*), mas é acrescido da nova competência de *exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas*.

A Justiça Militar da União está prevista entre os arts. 122 e 124 da Constituição Federal de 1988, tutelando os valores que são caros para as Forças Armadas do país.

O Superior Tribunal Militar – e, por extensão, a Justiça Militar brasileira – foi criado no período da vinda da Família Real Portuguesa ao Brasil, em 1º de abril de 1808, por alvará com força de lei assinado pelo príncipe regente D. João VI, com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça. É, portanto, o mais antigo Tribunal Superior do país, existindo há quase 200 anos. Além de ser a 2ª instância da Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar tem competência originária para processar e julgar os oficiais-generais, bem como para decretar a perda do posto e da patente dos oficiais que forem julgados indignos ou incompatíveis com o oficialato.

3.2 Justiça Militar Estadual

A Justiça Militar Estadual tutela os valores que são caros para Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, a ela competindo processar e julgar os crimes dessa natureza definidos em lei, desde que *praticados por servidores militares dos Estados*.

É uma competência criminal restrita, dela escapando os civis. Sua jurisdição limita-se ao território de seu estado ou do Distrito Federal.

Atualmente, conquanto a Constituição Federal preveja a possibilidade de os estados criarem Tribunais Militares quando o efetivo de sua Polícia Militar ultrapassar 20.000 integrantes, somente três estados, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, possuem tribunais militares próprios.

Segundo João Carlos Bona Garcia, “no Rio Grande do Sul, a Justiça Militar existiu mesmo antes da Justiça comum. Chegou a bordo das naus portuguesas que integravam a expedição militar de Silva Paes, em 1737”¹⁴. Seu Tribunal Militar, criado em 1918, é o mais antigo Tribunal Militar do país.

¹⁴ GARCIA, 2003, p. 17.

Já o Tribunal Militar do Estado de São Paulo foi criado em 1937. Como bem disse o seu então presidente, por ocasião do 61º aniversário daquela Corte, “efetivamente, forçoso é convir que a nível de Justiça de Alçada, somos a Corte Paulista mais antiga, historicamente”¹⁵.

Por fim, o Tribunal Militar do Estado de Minas Gerais data de 1946.

A história da Justiça Militar em Minas Gerais remonta ao cenário construído pela chegada do político gaúcho Getúlio Vargas à Presidência da República em 1930. A Era Vargas (1930-45/1950-54), apesar de contraditória, deixou como principal legado a consolidação definitiva da soberania e da organização do aparato estatal brasileiro. Entre as inúmeras conquistas da sociedade brasileira originadas nesse período, está a criação da Justiça Militar no Estado, por meio da Lei nº 226, de 9 de novembro de 1937.

No primeiro momento, a instituição era composta apenas de um auditor e de Conselhos de Justiça, cabendo à Câmara Criminal da Corte de Apelação (atual Tribunal de Justiça) o julgamento em segunda instância. Essa situação permaneceu durante 9 anos, quando finalmente em 1946, a Constituição da República incluiu a Justiça Militar estadual como órgão do Poder Judiciário dos Estados.

Ainda no ano de 1946, a Lei de Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais reestruturou a Justiça Militar, criando o Tribunal Superior de Justiça Militar, sediado em Belo Horizonte [...]”¹⁶.

Os demais estados brasileiros e o Distrito Federal possuem o 2º grau da Justiça Militar no seu respectivo Tribunal de Justiça.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 promoveu substancial alteração na redação do art. 125 da CF, em especial nos seus §§ 3º, 4º e 5º.

No § 3º mudou apenas a referência para a criação do Tribunal de Justiça Militar, com relação ao efetivo de cada Corporação, apontado agora como *efetivo militar*, para incluir os integrantes do Corpo

¹⁵ CASTILHO, 1998, p. 24.

¹⁶ Justiça Militar de Minas Gerais comemora 65 anos. *Revista de Estudos e Informações*, Belo Horizonte, n. 10, p. 5, nov. 2002.

de Bombeiros Militar. Ao mesmo tempo, ressalva a competência do tribunal do júri quando a vítima for civil (§ 4º) e mantém a competência do tribunal competente¹⁷ para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação dos praças.

Percebe-se que o novo texto constitucional mantém a omissão da referência ao Distrito Federal, se bem que este também possui a sua Justiça Militar própria desde 1992, quando deixaram os integrantes de sua Polícia Militar e de seu Corpo de Bombeiros Militar de ser processados e julgados perante a Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), pertencente à Justiça Militar da União.

Contudo, a maior mudança diz respeito à figura do juiz de Direito (*ex-juiz auditor*), que passa a ser o presidente dos Conselhos de Justiça, em detrimento dos oficiais superiores da Força, rompendo uma tradição que vem desde o nascimento da Justiça Militar brasileira, que ocorreu com a vinda de D. João VI ao Brasil e a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça (*atual STM*), em 1º de abril de 1808¹⁸.

Inova a Emenda Constitucional aprovada igualmente ao dispor que ao juiz de Direito do Juízo Militar competirá decidir singularmente a respeito de *crimes militares praticados contra civis* e ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Em relação às ações judiciais contra atos disciplinares militares, é fácil entender: não seria crível que o Conselho formado muitas vezes por oficiais de menor posto ou antiguidade que o comandante militar, apontado como autoridade coatora, pudesse julgar tais processos, o que não ocorre em relação ao juiz de Direito, protegido

¹⁷ Nos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, *tribunal competente* é o Tribunal de Justiça Militar. Nos demais Estados e Distrito Federal, é o Tribunal de Justiça.

¹⁸ Não obstante, alguns estados, como Rio de Janeiro, Santa Catarina e o Distrito Federal, já consignavam a figura do juiz auditor como presidente dos Conselhos de Justiça.

pelas garantias da magistratura que a própria Constituição lhe estabelece¹⁹.

No que se refere aos crimes militares praticados contra civis, não existem embasamentos jurídicos, técnicos ou lógicos, que justifiquem tal figura processual, levada a efeito por conta de pressões sofridas pelo Congresso Nacional, em face de alguns fatos de grande repercussão envolvendo policiais militares em serviço, que culminaram com a morte de inúmeros civis.

4 Independência e autonomia dos juízes, membros do Ministério Público e defensores que atuam na Justiça Militar

A análise da efetividade da Justiça Militar não poderia ser feita sem que se detivesse a um aspecto considerado de extrema importância, qual seja, o nível de independência e autonomia daqueles detentores de cargos e funções vitais para o exercício da prestação jurisdicional, os integrantes dos Conselhos de Justiça, os membros do Ministério Público e os advogados.

4.1 Os Conselhos de Justiça

Os Conselhos de Justiça constituem o 1º grau da Justiça Militar, tanto da União quanto dos estados e do Distrito Federal.

Como já foi dito alhures²⁰, o Conselho de Justiça é um órgão jurisdicional colegiado *sui generis*, formado por um juiz togado (auditor) e quatro juízes militares, pertencentes à Força a que estiver vinculado o acusado. Tem previsão constitucional: arts. 122, II, e 125, § 3º.

É *sui generis* em razão de sua divisão prevista no art. 16 da Lei n. 8.457/1992, Lei de Organização da Justiça Militar

¹⁹ Art. 95 da CF.

²⁰ Assis, 2001, p. 145.

da União (LOJMU), aplicável igualmente à Justiça Militar Estadual. Vejamos: o Conselho Permanente de Justiça, que processa e julga crimes militares cometidos por praças ou civis, tem seus juízes renovados a cada trimestre, sem vincular os juízes militares aos processos em que atuaram naquele período. Já o Conselho Especial de Justiça, destinado a processar e julgar oficiais até o posto de coronel ou capitão de mar e guerra, tem seus juízes militares escolhidos para cada processo. Vigê aqui, excepcionalmente, e somente em relação aos juízes militares, o princípio da identidade física do juiz, ou seja, aquele Conselho somente se extinguirá com a decisão final do processo.

O juiz auditor, assim como os demais magistrados que atuam no foro penal, não fica vinculado a processo algum.

O Conselho de Justiça é ainda *sui generis* em relação à forma de investidura e às garantias e prerrogativas de seus membros.

O juiz auditor, togado, é civil e ingressa na carreira por meio de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases (CF, art. 93, I), gozando das seguintes garantias: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (CF, art. 95), tendo em contrapartida as vedações do parágrafo único do referido artigo²¹.

Os juízes militares investem-se na função (e não no cargo) após terem sido sorteados dentre a lista de oficiais apresentada, nos termos dos arts. 19 e 23 da Lei n. 8.457/1992. São juízes de fato, não gozando das prerrogativas afetas aos magistrados de carreira. É de se ressaltar, ainda, que os oficiais são juízes *enquanto estiver reunido o Conselho*, que é efetivamente o órgão jurisdicional. Isoladamente, fora das reuniões

²¹ Exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos de afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

do Conselho de Justiça, os oficiais que atuam naquela Auditoria não serão mais juízes, submetendo-se aos regulamentos e normas militares que a vida de caserna lhes impõe.

Já em Cabo Verde não existem Conselhos de Justiça de primeiro grau, mas apenas o Tribunal Militar de Instância. É um tribunal de composição pequena, apenas três juízes, sendo dois deles militares e um juiz auditor. Os juízes militares do tribunal são comissionados por um período de três anos, prorrogável sucessivamente por igual período.

Depois de nomeados, não poderão ser exonerados, suspensos ou substituídos antes do fim do triênio da sua comissão ou do período de recondução, salvo nas hipóteses previstas em lei.

A comissão do juiz auditor (que é um magistrado civil) em Cabo Verde também é de três anos, prorrogável, sucessivamente, por igual período.

É interessante anotar que tanto os juízes militares (art. 137º, n. 4, do Código de Justiça Militar – CJM) como o juiz auditor (art. 143º, n. 2, CJM) poderão acumular outras funções além da judicatura castrense, os primeiros com funções de natureza militar, e o segundo com outras funções judiciais.

Essa situação não existe no Brasil, onde os juízes dos tribunais tornam-se vitalícios a partir da data da posse e exercem a jurisdição somente na Corte da qual fazem parte.

4.2 O Ministério Público Militar

No Brasil, o Ministério Público Militar está previsto na Constituição de 1988. Apesar do adjetivo *militar*, o Ministério Público é uma instituição civil, como civis são seus membros, possuindo autonomia e independência funcional. Representa o Estado (acusação) no processo penal.

Cada membro do Ministério Público, no exercício de sua nobre função, está subordinado apenas às leis e à sua consciência, ressalvada,

entretanto, a responsabilidade por danos concretamente causados pelo uso indevido, ou de má-fé, de suas funções institucionais.

Como dito anteriormente²², ramo especializado e congêneres do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, o *Parquet* das Armas integra o Ministério Público da União. Atua perante a Justiça Militar Federal, com inúmeras atribuições judiciais e extrajudiciais. Foi criado em outubro de 1920, mas desde meados do século XIX ventilavam-se projetos de lei instituindo a figura do promotor de Justiça Criminal Militar. Atualmente, é regido pela Lei Complementar n. 75, de maio de 1993.

A carreira é formada, em 1ª instância, pelos cargos de promotor de Justiça Militar e procurador de Justiça Militar – órgãos de execução, os quais oficiam nas Auditorias Militares – e, no 2º grau de jurisdição, pelos subprocuradores-gerais da Justiça Militar, que têm exercício perante o Superior Tribunal Militar. São também órgãos o Procurador-Geral, a Corregedoria-Geral, o Colégio de Procuradores do Ministério Público Militar, o Conselho Superior e a Câmara de Coordenação e Revisão.

Em nível dos estados e do Distrito Federal não existe Ministério Público Militar, mas sim representantes dos Ministérios Públicos Estaduais que atuam nas Auditorias Militares.

Em Cabo Verde, o promotor de Justiça será um oficial do quadro permanente da ativa das Forças Armadas, nomeado para um mandato de dois anos, prorrogável sucessivamente por igual período.

Além de exercer funções de Ministério Público perante o Tribunal Militar, o promotor de Justiça assiste ao chefe do Estado-Maior das Forças Armadas em tudo o que lhe seja requerido no âmbito da Justiça Militar. Também é o chefe do Estado-Maior, como autoridade judiciária

²² SILVA, 2002, p. 18.

militar, que ordena a acusação que servirá para dedução do libelo (CJM, art. 193º), além de ter competência para ordenar o recurso obrigatório do promotor de Justiça (CJM, art. 229º, e).

Essa situação foi abordada pelo jurista cabo-verdiano José Pedro Bettencourt, para quem o promotor de Justiça, nos dizeres do artigo 151º do Código de Justiça Militar, exerce funções de Ministério Público, o que implica os deveres de exercer a ação penal e defender a legalidade democrática, os direitos dos cidadãos, o interesse público e os demais interesses que a Constituição ou a lei determinarem²³. Ora, isso implica, necessariamente, independência do promotor, o que não acontece, já que, quando recebe o processo com a ordem do Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas para instaurar a acusação²⁴, deve fazê-lo; é obrigatório o recurso se a mesma autoridade o determinar²⁵ e só pode desistir do recurso com autorização daquela Chefia²⁶. Para garantir essa independência, o promotor de Justiça deveria ser um magistrado do Ministério Público, conclui²⁷.

4.3 O advogado na Justiça Militar

Os advogados que atuam na Justiça Militar brasileira são todos civis.

O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV).

É obrigatória a presença do defensor para o processo ou julgamento de qualquer acusado. A Constituição Federal alçou à condição de funções essenciais à Justiça, e por isso mesmo

²³ Artigo 222º, n. 1, da Constituição da República de Cabo Verde.

²⁴ Artigo 193º, n. 1, do Código de Justiça Militar de Cabo Verde. Instaurar a acusação tem o mesmo sentido de iniciar a ação penal, o que naquele país é feito pela apresentação de um libelo.

²⁵ Artigo 229º, alínea c, do Código de Justiça Militar de Cabo Verde.

²⁶ Artigo 237º, n. 2, do Código de Justiça Militar de Cabo Verde.

²⁷ BETTENCOURT, 2005, p. 66.

indispensáveis à sua Administração, a Advocacia e a Defensoria Pública (CF, arts. 133 e 134).

A Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, organizou a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreveu normas gerais para sua organização nos Estados.

A Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB).

Na Justiça Militar brasileira, a constituição de defensor dependerá de mandato se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório ou em qualquer outra fase do processo por termo nos autos. Em havendo mandato (procuração), entretanto, este obedecerá aos termos do art. 38 do Código de Processo Civil.

A função de defensor é *privativa* do advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB, art. 1º, I).

Na ausência de defensor constituído, será nomeado um dativo, mas sempre um advogado. A competência para nomeação é do presidente do Conselho de Justiça (LOJMU, art. 29, III). O patrocínio da causa é obrigatório, salvo motivo relevante arguido pelo defensor dativo.

Na Justiça Militar de Cabo Verde, o defensor oficioso também será um oficial das Forças Armadas, da ativa ou da reserva, nomeado nos mesmos termos que os juízes militares.

Pondera com razão José Pedro Bettencourt que o defensor oficioso é um oficial das Forças Armadas de qualquer quadro e posto, da ativa ou da reserva, nomeado para defender os interesses dos demandados que não constituam advogados ou não indiquem defensor oficioso à sua escolha. Nunca foi nomeado qualquer licenciado em direito, tendo, algumas vezes, esse cargo sido ocupado por pessoas com formação em áreas afins²⁸.

²⁸ BETTENCOURT, 2005, p. 59.

Identifica-se certa hierarquização entre os operadores do direito militar cabo-verdiano. Assim, o cargo de promotor corresponde aos postos da classe dos oficiais superiores, não podendo, em caso algum, ser de posto superior ao do juiz presidente do Tribunal Militar. Já o defensor oficioso será um oficial de qualquer quadro ou posto, o que significa dizer que poderá ser dos quadros dos oficiais intermediários ou subalternos, o que, com a devida vênia, implica apresentar-se em uma situação hierarquicamente inferior aos juízes do Tribunal Militar de Instância e, até mesmo, ao promotor de Justiça Militar.

5 Limites de competência da Justiça Militar

O passo seguinte é verificar os limites da competência da Justiça castrense.

A competência da Justiça Militar, de modo geral, está delimitada por uma jurisdição penal e, também, em alguns casos, pela possibilidade de controle jurisdicional das sanções disciplinares.

5.1 Jurisdição penal militar

A competência penal está calcada na possibilidade de processar e julgar os autores de crime militar previsto em lei. Quando restrita, limita-se aos crimes essencialmente (propriamente) militares; quando ampla, abarca os crimes impropriamente militares, alcançando inclusive o civil.

O conceito de crime militar ainda é o da doutrina, sendo certo que tal definição é difícil e não raras vezes a jurisprudência aponta para decisões conflitantes sobre quando e como ocorre essa figura delitiva.

Para o jurista chileno Jorge Mera Figueroa,

en la doctrina actual existe un amplio consenso en el sentido de que el delito militar es un delito especial que se integra con dos ele-

mentos copulativos que lo caracterizam y distinguen de los delitos comunes: la naturaleza militar del bien jurídico protegido, a saber un bien jurídico de carácter castrense, y la calidad militar del autor, que infringe sus deberes militares, esto es, los que corresponden en tanto miembro de las Fuerzas Armadas²⁹.

No Brasil, Júlio Fabbrine Mirabete já apontava há muito que “árdua por vezes é a tarefa de distinguir se o fato é crime comum ou militar, principalmente nos casos de ilícitos praticados por policiais militares”.

Em edição atualizada da obra de Mirabete, Renato N. Fabbrine anotou acerca dessa afirmação do saudoso mestre que,

pela nova Constituição, compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124, *caput*), ou seja, os previstos no Código Penal Militar. Assim, inserido o crime em outra lei, afasta-se a competência dessa Justiça especial³⁰.

A anotação não foi precisa, já que a hipótese de um fato estar previsto tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum caracteriza o crime impropriamente militar, cuja competência, num primeiro momento, é da Justiça Militar, pelo princípio da especialização, e a remissão a ela (a anotação) é feita apenas para se aquilatar a dificuldade que encontra o jurista pátrio não afeito às lides da caserna para a exata compreensão do que seja o crime militar em relação ao crime comum.

No Brasil, a necessidade de se compreender o crime militar deriva atualmente da Carta Magna, a qual, referindo-se aos crimes propriamente militares, os excepcionou da necessidade do estado de flagrância ou da ordem da autoridade judiciária competente para a execução da prisão de seu autor.

²⁹ MERA FIGUEROA, 2002, p. 14.

³⁰ MIRABETE, 2004, p. 137.

No crime propriamente militar, a autoridade militar brasileira poderá prender o acusado sem que este esteja em flagrante delito e mesmo sem ordem judicial, situação impossível de se imaginar no caso de crime comum³¹.

Assim, se a Constituição brasileira reconhece a existência de crime militar próprio (ou propriamente militar, ou essencialmente militar, ou puramente militar), a consequência daí decorrente é a existência do seu correspondente impróprio (ou imprópriamente militar)³².

Essa distinção faz-se mais necessária se atentarmos ao fato de que, no Brasil, o Código Penal comum, ao tratar da reincidência em seu art. 64, II, exclui do seu cômputo, ao lado dos crimes políticos, os crimes militares próprios.

Daí por que necessário distingui-los tão acertadamente quanto possível.

Em uma definição bem simples, poder-se-ia dizer que crime propriamente militar é aquele que só está previsto no Código Penal Militar e que só poderá ser cometido por militar, como aqueles contra a autoridade ou disciplina militar ou contra o serviço militar e o dever militar. Já o crime imprópriamente militar está previsto, ao mesmo tempo, tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum, ainda que de forma um pouco diversa

³¹ São exemplos clássicos dessa possibilidade a captura e a prisão do desertor, e a colocação sob menagem forçada do insubmisso. Da mesma forma, durante a investigação policial militar, o encarregado do IPM poderá efetuar a detenção cautelar do indiciado que cometer crime militar próprio, por até 30 dias, sem necessidade de ordem da autoridade judicial competente, que deverá, entretanto, ser comunicada.

³² Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 66-67) lembrou que as designações “crimes puramente militares” e “crimes propriamente militares” provêm da legislação mais antiga e já revogada, que os aludiam sem dizer em que consistiam, e que a vigente refere-se a crime propriamente militar e crimes militares próprios, também sem dizer o que sejam. E, que, embora sem os definir, nossos vigentes diplomas legais atribuem aos crimes propriamente militares relevantes efeitos jurídicos.

(roubo, homicídio, estelionato, estupro etc.)³³, e, via de regra, poderá ser cometido por civil³⁴.

O Código Penal Militar brasileiro prevê, ao mesmo tempo, tanto os crimes militares próprios como os impróprios.

Na legislação comparada, é possível observar que, na Espanha, a tipificação de condutas constitutivas de delito militar está centrada basicamente nos delitos exclusiva ou propriamente militares, porém, excepcionalmente contempla suposições que afetam o serviço e os interesses do Exército, em que não militares podem ser sujeitos ativos de ofensas à instituição armada com lesão do bem jurídico tutelado, podendo resultar delito militar formal e materialmente³⁵.

Já o Código de Justiça Militar de Portugal aplica-se aos crimes essencialmente militares, sendo que, em decorrência das alterações introduzidas na Constituição da República Portuguesa em 1997, foram extintos os tribunais militares em tempo de paz, os quais funcionarão

³³ Chrisólito de Gusmão (1915, p. 48-55) há quase um século já criticava acentuadamente os crimes impróprios militares, os quais chamava de mistos, afirmando que sua existência não encontrava justificativa de modo algum. Questionava o autor em que o furto, a apropriação indébita, a falsidade e a difamação, entre outros, ofendiam especificamente a disciplina, a hierarquia ou a ordem administrativa militar. Para ele, tais crimes deveriam ser agravados em sua penalidade, quando praticados por militares, mas de acordo com o Código Penal comum. E desfechava: um Código Penal Militar só pode e só deve conter os crimes propriamente militares, isto é, aqueles que o militar pratica como tal. Direito Penal Militar.

³⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero apontam que a doutrina argentina denomina os crimes cometidos por civis de “falsos delitos militares” e ponderam que, se o art. 508 do Código de Justiça Militar caracterizava o delito militar como toda violação dos deveres militares, não se pode afirmar que violam seus deveres militares quem não os tem ao seu cargo. Para os referidos autores, se os delitos em que se afetam bens jurídicos militares são cometidos por civis, não podem considerar-se delitos militares, serão delitos especiais do direito penal comum (ZAFFARONI; CAVALLERO, 1980, p. 11). A expressão falso delito militar também foi utilizada por Luis A. Luna Paulino como sendo aquela infração prevista e sancionada tanto na legislação penal militar como na comum (LUNA PAULINO, 1998, p. 188-189).

³⁵ Preâmbulo da Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, Del Código Penal Militar (apud MILLÁN GARRIDO, 2003, p. 95).

apenas durante a vigência do estado de guerra com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militares³⁶.

Adotando modelo similar ao de Portugal, a legislação jurídico-militar da República de Cabo Verde centrou o seu Código de Justiça Militar nos chamados crimes essencialmente militares.

Há, a toda evidência, uma obediência ao comando constitucional do art. 217, quando declara competir ao Tribunal Militar da Instância o julgamento de crimes que, em razão da matéria, sejam definidos por lei como essencialmente militares, com recurso para o Supremo Tribunal de Justiça cabo-verdiano.

Na Argentina, lembram Igounet & Igounet(h) que

el artículo 108 Del CJM dispone que la jurisdicción militar comprende los delitos y faltas “esencialmente militares”. Pero he aquí que, como veremos, existen tipos penales militares (como la rebelión militar en alguna de sus formas) que constituyan figuras de idéntica estructura jurídica que sus similares Del Código Penal de la Nación³⁷.

Todavía, a Argentina extinguiu sua Justiça Militar em tempo de paz. Pela Lei n. 26.394³⁸, que entrou em vigor em 28 de fevereiro de 2009, os militares argentinos que cometam delitos serão julgados pela Justiça Federal e deverão submeter-se ao Código Penal como qualquer cidadão. Interessante anotar que o CJM argentino revogado previa, em seu art. 870, a punição de delitos comuns, nos casos submetidos à jurisdição militar, pelas disposições do Código Penal, e, havendo previsão do mesmo fato na legislação militar e comum, aplica-se a pena mais grave³⁹.

³⁶ Conforme ofício de 7.6.2001, do general Evandro Botelho do Amaral, então presidente do Supremo Tribunal Militar português, a nós endereçado.

³⁷ IGOUNET; IGOUNET(H), 1985, p. XXXIII.

³⁸ Sancionada em 6.8.2008 e publicada no Boletim Oficial de 29.8.2008.

³⁹ IGOUNET; IGOUNET(H), 1985, p. 405.

Já o novel Código Penal Militar da Colômbia⁴⁰ trouxe mudanças fundamentais ao tempo em que definiu os delitos tipicamente militares e excluiu da jurisdição penal militar os delitos de tortura, genocídio e desaparecimento forçado, dando aplicação à sentença da Corte Constitucional que já havia fixado o alcance do art. 221 da Constituição daquele país⁴¹.

O art. 5º do Código Penal Militar colombiano assevera ainda que “em nenhum caso os civis poderão ser investigados ou julgados pela justiça penal militar”. Essa impossibilidade, informa Gerardo Eto Cruz, também se faz presente nas Constituições da Guatemala e do México⁴².

Voltando agora para o Código Penal Militar brasileiro, observa-se que esse instrumento não conceitua o que seja crime militar.

Na expressão do autor do anteprojeto, o professor Ivo D’Aquino,

para conceituar o crime militar em si, o legislador adotou o critério *ratione legis*, isto é, crime militar é o que a lei considera como tal. Não define: Enumera. Não quer isto dizer que não haja cogitado dos critérios doutrinários *ratione personae*, *ratione loci*, ou *ratione numeris*. Apenas não estão expressos. Mas o estudo do art. 9º do Código revela que, na realidade, estão todos ali contidos⁴³.

O critério *ratione materiae* exige que se verifique a dupla qualidade militar – no ato e no agente.

São delitos militares *ratione personae* aqueles cujo sujeito ativo é militar, atendendo exclusivamente à qualidade militar do agente.

⁴⁰ Entrou em vigor em 13 de agosto de 2000.

⁴¹ O art. 221 da Constituição colombiana prevê que as Cortes Marciais ou Tribunais Militares conhecerão dos delitos cometidos por militares em serviço ativo e que tenham relação com o mesmo serviço.

⁴² ETO CRUZ, 2000, p. 42-43.

⁴³ D’AQUINO, 1970, p. 100.

O critério *ratione loci* leva em conta o lugar do crime, bastando, portanto, que o delito ocorra em lugar sob administração militar.

São delitos militares *ratione temporis* os praticados em determinada época, como, por exemplo, os ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios.

Daí, conforme já dito anteriormente, “a classificação do crime em militar se faz pelo critério *ratione legis*, ou seja, é crime militar aquele que o Código Penal Militar diz que é, ou melhor, enumera em seu art. 9º”.

5.2 Jurisdição disciplinar militar

Finalmente destaca-se outro ponto importante com relação à Justiça Militar, que é o aumento de competência ocorrido na Justiça Militar brasileira, materializada pelo processo e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Até o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, a Justiça Militar, tanto a federal como a estadual, detinha competência apenas para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Com a referida Emenda, a Justiça Militar Estadual teve ampliada a sua competência para nela se inserir o processo e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Em relação à Justiça Militar da União, aguarda-se a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n. 358 de 2005, que trará idêntico aumento de competência, traduzido pela expressão “exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas”.

6 Os postulados modernos do direito penal e do direito disciplinar aplicados à Justiça Militar

Finalmente, é chegada a hora de verificar se os modernos princípios informativos, tanto do direito penal como do direito

disciplinar, encontram aceitação na Justiça Militar. Por ser a sociedade militar dogmática e ortodoxa, possuindo *modus vivendi* próprio, não se pode deixar de observar que a aplicação de princípios modernos do Direito por vezes soa como algo estranho no interior do quartel.

Postulados do moderno direito penal, como, por exemplo, o princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado (*destinados ao legislador*), têm levado os operadores do direito, em maior ou menor escala, a aplicar ou rejeitar o princípio da insignificância no crime de furto e no crime de porte de pequena quantidade de substância entorpecente.

A Justiça Militar também sofre a incidência desses modernos princípios.

A discussão cresce quando o princípio da insignificância é aplicado até mesmo como causa “supralegal de” exclusão da tipicidade penal.

Que a sociedade militar é peculiar, ninguém duvida. A própria Constituição assim a apresenta, lastreada na disciplina e na hierarquia, que constituem a essência das Forças Armadas. Mesmo peculiar, integra a Administração Pública brasileira como um todo, obedecendo aos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Carta Magna: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Todavia, a sociedade militar submete-se aos princípios gerais do Direito. Pode e deve ser submetida ao controle do poder judicial, do qual a ninguém é dado furtar-se em um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, não há da mesma forma intromissão do Poder Judiciário nas questões essencialmente administrativas militares. Bem por isso, desde a instauração de sua primeira República, em 1891, o

Brasil adotou o Sistema de Jurisdição Única, isto é, o do controle administrativo pela Justiça comum, seja ela federal, seja estadual.

Esse importante controle judicial, fundado no princípio constitucional da inafastabilidade do acesso ao Judiciário, vem mudando, paulatinamente, o *modus vivendi* militar brasileiro. Vista por alguns como excessivamente severa, a grande verdade é que a legislação penal militar brasileira revela-se inovadora em diversos aspectos desde antes da edição dos Códigos Penal e de Processo Penal Militares em 1969.

Vale lembrar institutos penais pioneiros da legislação militar, como a expressa previsão do princípio da insignificância em alguns delitos militares (lesões corporais levíssimas e furto de pequeno valor), que tem sido ampliada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal em crimes relacionados a porte de pequena quantidade de substâncias entorpecentes e até mesmo em crimes militares próprios, como abandono de serviço. Tal ampliação, todavia, apresenta-se como casos isolados: a adoção pelo CPM do sistema vicariante na aplicação da medida de segurança, muito antes do Código Penal comum; a previsão já em 1938 da assistência judiciária gratuita, por meio da figura do advogado de ofício; o instituto da delação premiada (que isenta de pena o agente do crime de conspiração que denuncia em tempo hábil e eficaz o ajuste de que participou), previsto no parágrafo único do art. 152 do CPM, e somente muito tempo depois foi trazido para o direito penal comum.

No direito disciplinar militar, que é de natureza administrativa, a ação transformadora exercida pela Justiça brasileira ante a garantia de acesso ao Judiciário pode ser lembrada pelo aumento considerável de expedição de liminares em ações de *habeas corpus* em face de transgressão disciplinar, assim como de antecipação de tutela em ações ordinárias que visam à nulidade de atos disciplinares militares.

Essas considerações são suficientes para demonstrar que o direito militar brasileiro sofre a influência de modernos princípios universais, estando em um processo de lenta transformação.

7 Conclusão: perspectiva de evolução da Justiça Militar

Diante das inúmeras circunstâncias que a envolvem (sociais, políticas e ideológicas), cremos ser difícil pretender traçar perspectiva única de evolução de Justiça Militar. O processo de sua estruturação é complexo e varia de país para país.

É possível, entretanto, estabelecer algumas linhas mestras, que deverão ser observadas quando se visar ao aprimoramento ou reforma da justiça especializada.

Essas linhas estarão relacionadas aos nossos cinco questionamentos iniciais: a Justiça Militar deve responder às exigências do Estado Democrático de Direito; deve igualmente ser parte integrante do Poder Judiciário considerado; os juízes, membros do Ministério Público e advogados que atuam na Justiça Militar devem ter independência funcional e estar cercados de garantias e prerrogativas que os habilitem a exercer bem seu mister; a competência da Justiça Militar deve ser estabelecida em conformidade com aquilo que a sociedade espera dela naquele momento e os princípios aplicáveis ao direito comum devem também sê-lo ao direito militar, resguardadas apenas as peculiaridades que informam as instituições militares.

Quanto ao primeiro ponto, a resposta às exigências do Estado de Direito, veremos que *ele está umbilicalmente ligado ao segundo*, qual seja, a Justiça Militar deve ser parte integrante do Poder Judiciário do Estado considerado.

Isso permite verificar que, enquanto alguns países se ajustam a este modelo (Portugal, Espanha, Brasil, Cabo Verde), um número considerável de Estados soberanos possui uma Justiça Militar sem suporte constitucional e, igualmente, que não faz parte do Poder Judiciário, ficando separado deste. Na Constituição da maior potência mundial inexistente algum conceito que possa corresponder a algo que signifique tratamento específico à Justiça Militar. É claro que os Estados Unidos são um país beligerante, em permanentes operações de guerra, e sua Justiça Militar é singular, com o direito militar aplicado pelas “Cortes Marciais”, gerais, especiais e sumárias, com uma concentração de poder considerável nas mãos do comandante.

O sistema americano opera inclusive com um Código no qual não existe o princípio da reserva legal ou da legalidade nos crimes militares.

Esse fato importante não passou despercebido a Octávio Augusto Simon de Souza, para quem o direito penal militar americano, ao contrário do direito brasileiro, rejeitou o princípio da reserva legal (ou princípio da legalidade) no que tange aos crimes militares. Não há diferença entre contravenção e crimes nem distinção entre infrações disciplinares e crimes, assim como na Inglaterra. Ambos estão definidos em sentido lato, bastando ver a maneira como os crimes estão definidos pelo *Uniform Code of Military Justice*⁴⁴.

A referência é apenas para lembrar a dificuldade de se estabelecerem parâmetros fixos, como uma Justiça Militar modelo para a América do Sul, Europa, África etc.

Em relação ao terceiro ponto inicialmente elencado, acreditamos na necessidade de uma justiça especializada e que a Justiça deve continuar sendo militar – é essa a essência da prestação jurisdicional que envolve as Forças Armadas e policiais militares, porém, a

⁴⁴ SOUZA, 2008, p. 66.

participação de juízes militares deve ficar restrita à composição dos conselhos de justiça, o escabinato, formando o amálgama entre a formação jurídica do juiz auditor e a experiência de caserna dos juízes militares. Também não temos dúvida alguma de que as funções do Ministério Público devem ser exercidas apenas por membros da Instituição, que serão civis. O mesmo raciocínio vale para os defensores, que devem ser advogados profissionais, afastando-se, sempre que possível, os oficiais militares dessas funções. Juízes auditores, membros do Ministério Público e advogados, todos civis, cercados de garantias e independência funcional, irão garantir uma melhor prestação jurisdicional. O juiz da obediência não pode ser o mesmo juiz da liberdade, dizemos isso ressaltando as opiniões contrárias e de todo respeitadas.

Quanto ao quarto ponto, a competência ideal para a Justiça Militar, entendemos que deve ser restrita e não ampla. Deve cingir-se ao processo e julgamento dos crimes propriamente (essencialmente) militares, ainda que se possam prever alguns crimes de natureza militar imprópria. No Brasil, a competência da Justiça Militar é ampla e a Justiça Militar da União julga até mesmo os civis, tanto em crimes militares impróprios como nos crimes propriamente (essencialmente) militares, naqueles casos de concurso de agentes. A questão do julgamento dos civis pela Justiça Militar em tempo de paz é complexa, e deve ser uma exceção, nunca uma regra geral.

O quinto ponto nos parece ser uma consequência dos anteriores, ou seja, a aplicação dos modernos postulados do direito penal será incorporada naturalmente à Justiça Militar se esta responder às exigências do Estado Democrático de Direito, estiver integrada ao Poder Judiciário do Estado considerado, seus juízes auditores, promotores de justiça e advogados tiverem independência funcional e autonomia administrativa para bem exercerem sua difícil e nobre missão.

Por fim, outro ponto não aventado até o momento. Cada país, em determinado momento social, com a supremacia das normas constitucionais em vigor e em obediência ao devido processo legislativo previamente estabelecido, irá definir qual o melhor modelo de sua Justiça Militar.

Países que optaram pela solução pacífica dos conflitos, como Brasil e Cabo Verde, devem optar por um direito militar (penal e disciplinar) cuja finalidade seja manter a disciplina e coesão daquele corpo especializado, tendo em vista o melhor desempenho de suas funções constitucionais em prol da sociedade que servem: a defesa da Pátria e a preservação da ordem pública.

Nesse aspecto, assume importância a existência da Justiça Militar brasileira, tendo em vista o aumento desenfreado da criminalidade cada vez mais organizada, aliada a problemas de violência e corrupção das forças policiais. Como cada estado e o Distrito Federal têm uma Polícia Militar com efetivos considerados, fácil perceber-se a extensão do problema considerado. Só a PM do Estado de São Paulo, com efetivo superior a 100.000 homens, supera o efetivo da Marinha e Aeronáutica consideradas juntas. Estados brasileiros menores têm em média de 7.000 a 10.000 homens, efetivos que sendo considerados pequenos, são de número superior às Forças Armadas de muitos países, ou seja, se o Brasil não tem aspecto beligerante para exigir um aumento de sua Justiça Militar da União, com toda certeza será beligerante, com todos os problemas que essa caracterização acarreta, no combate à criminalidade interna, combate esse feito por forças policiais, mas que possuem natureza militar.

Referências

ASSIS, Jorge César de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. Curitiba: Juruá, 2001.

BETTENCOURT, José Pedro. La justicia militar en Cabo Verde. *Revista Humanitas et Militaris*, Florianópolis: Associação Internacional das Justiças Militares, n. 2, 2005.

CASTILHO, Evanir Ferreira. Discurso por ocasião do 61º aniversário do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 9, jan./fev. 1998.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

D'AQUINO, Ivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, jul./set. 1970.

ETO CRUZ, Gerardo. *La justicia militar en el Perú*. Trujillo: Nuevo Norte, 2000.

GARCIA, João Carlos Bona. Tribunal Militar do Estado do Rio Grande do Sul: 85 anos. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 41, maio/jun. 2003.

GUSMÃO, Chrisólito de. *Direito penal militar*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1915.

IGUNET, Oscar; IGUNET, Oscar(H). *Código de justicia militar: anotado, comentado con jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera*. Buenos Aires: Librería Del Jurista, 1985.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LUNA PAULINO, Luis A. *Derecho penal militar: parte general*. Santo Domingo, República Dominicana: Burgorama, 1998.

MERA FIGUEROA, Jorge. La parte especial del derecho penal militar chileno. Bases programáticas para su reforma integral. In: *Hacia una reforma de la justicia militar*. Santiago, Chile: Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 2002. p. 11-72. (Cuadernos de análisis jurídico, serie publicaciones especiales, 13).

MILLÁN GARRIDO, Antonio. *Justicia militar*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói: Impetus, 2005.

REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, Marisa Terezinha Cauduro da. Ministério Público e Estado Democrático de Direito. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, n. 18, p. 13-19, 2002.

SOUZA, Octávio Augusto Simon de. *Justiça militar: uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAVALLERO, Ricardo Juan. *Derecho penal militar: lineamientos de la parte general*. Buenos Aires: Ariel, 1980.

Reforma política: o reflexo das aspirações sociais e o sistema de listas¹

Alceu José Cicco Filho*

Sumário: Introdução. 1 Perspectivas da lista aberta e fechada sob a ótica do cidadão. 1.1 Noções iniciais. 1.2 Lista fechada obstaculiza o voto direto? 1.3 O mecanismo da identidade partidária. 1.3.1 Identificação partidária *vs.* sentimento anti-partidário e o caso da Venezuela e Bolívia. 2 Perspectivas da lista aberta e fechada sob a ótica do candidato. 2.1 Os efeitos das listas partidárias e a competição intrapartidária. 2.2 Gastos de campanha e corrupção. 3 Perspectivas da lista aberta e fechada sob a ótica do ente partidário. 3.1 Noções iniciais. 3.2 Lista partidária como fator determinante à hegemonia da agremiação política. Conclusão.

Introdução

Consagrada nos Projetos de Lei n. 2.679/2003 e n. 1.712/2003, a Reforma Política dispõe acerca de numerosos institutos, dentre os quais se destacam as pesquisas eleitorais, o voto de legenda em listas partidárias preordenadas, a instituição de federações partidárias, o funcionamento parlamentar, a propaganda eleitoral, o financiamento de campanha e as coligações partidárias, e altera a Lei n. 4.737 (Código Eleitoral), a Lei n. 9.096 (Lei dos Partidos Políticos), bem como a Lei n. 9.504 (Lei das Eleições).

* Alceu José Cicco Filho é acadêmico de Direito do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB); pesquisador bolsista do CNPq.

¹ Pesquisa realizada no Programa de Iniciação Científica do UniCeub, sob a orientação da professora doutora Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

O caminho perpassado por esse fenômeno de ordem político-eleitoral reflete o pragmatismo existente desde o término dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, quando o constituinte maior delineou o esboço de uma primeira modificação no regramento político pátrio ao sagrar que o eleitorado seria convocado a definir a forma e o sistema de governo que vigorariam na nação decorridos cinco anos desse marco temporal. *A posteriori*, a proposta limitou-se na instituição do parlamentarismo como sistema de governo, na adoção de um sistema distrital misto com cláusula de barreira de 5% para a Câmara dos Deputados e no acolhimento do voto facultativo. *A ratio* no acolhimento dessa premissa tem como fundamento a tese de que o sistema político brasileiro cada vez mais se encontra em um estado político deplorável, resultante da combinação entre presidencialismo e multipartidarismo².

Todavia, dezoito anos após a promulgação da Carta Magna, as modificações no sistema eleitoral brasileiro não foram em demasia surpreendentes:

- redução, por ocasião da Revisão Constitucional de 1993, do mandato presidencial de cinco para quatro anos;
- exclusão dos votos brancos do cálculo do quociente eleitoral (o que provocava sua elevação artificial);
- instituição, em 1996, da reeleição para os cargos executivos;
- extinção, em 1998, da regra que definia os deputados como candidatos natos (independentemente da vontade das convenções partidárias) às eleições imediatamente subsequentes;

² Para Lessa (1995, p. 1-3), o que se nota é uma agenda marcada “por uma teoria da representação mínima”. Conforme Santos (apud MELO, 2006, p. 55), vislumbra-se uma tentativa de retomar o controle oligárquico sobre a competição política no Brasil, controle esse que estaria, segundo o autor, ameaçado na última década pelo acentuado crescimento numérico do eleitorado e do público atento.

- ☛ aprovação, em 2006, do fim da verticalização³ obrigatória das coligações partidárias;
- ☛ aprovação, em 2006, de regras mais rígidas sobre o financiamento das campanhas eleitorais, as quais determinam: a) o cancelamento de registro de candidatura ou a cassação de mandato no caso de uso comprovado de “caixa 2”; b) a divulgação de dois relatórios parciais de arrecadação e gastos por parte dos candidatos durante a campanha, sem necessidade de revelar doadores; c) a proibição de que entidades beneficentes e religiosas, entidades esportivas e organizações não governamentais, que recebam recursos públicos, e organizações da sociedade civil de interesse público façam doações de campanha; d) a proibição de showmícios e distribuição de brindes pelos candidatos.

Nesse prisma, Carlos Ranulfo Melo ensina que:

[...] são modificações pontuais, nada que permita dizer que qualquer uma das duas agendas esteja sendo efetivada. Em dois casos, nos votos brancos e no quociente eleitoral, foram realizados aperfeiçoamentos incrementais da legislação. O fim da verticalização significou uma reação do Congresso a uma interpretação do TSE no que concerne às coligações para as eleições majoritárias. A redução do mandato presidencial teve como objetivo principal eliminar a figura da eleição solteira, fazendo coincidir as eleições estaduais e a nacional. Somente as modificações aprovadas no mecanismo de financiamento eleitoral, em 2006, guardam relação com momentos de crise política e levam em conta os humores da opinião pública⁴.

³ A verticalização foi instituída pelo TSE para as eleições de 2002 por meio de uma interpretação da legislação já existente. Determinava que as coligações estabelecidas para as eleições estaduais fossem coerentes com aquelas definidas para a disputa da presidência da República. A doutrina é unânime ao dizer que, longe de garantir coerência às coligações, a verticalização apresentou duas consequências não previstas: a) a proliferação de alianças informais nos estados entre partidos, ou setores de partidos, que no plano nacional concorriam em coligações diversas, e b) a desistência, por parte de alguns partidos, de participar formalmente da disputa presidencial – lançando candidato ou coligando-se – como forma de manter a liberdade para as coligações estaduais. Em 2006, o Congresso aprovou legislação específica sobre o assunto, liberando as coligações a partir de 2008.

⁴ MELO, 2006, p. 56.

Essa questão restringe-se ao fato de a Reforma Política não ter constado na agenda de quaisquer dos presidentes eleitos desde 1989. Tanto Fernando Henrique como Lula, e.g., lograram o feito de obter a seu favor maioria legislativa, viabilizando não somente a aprovação de parte expressiva de suas metas e objetivos políticos; nos casos em que a iniciativa fosse parlamentar, o projeto só seria amparado pelos demais membros do Congresso se guardasse conexão com os interesses do Executivo. Eis a justificativa para modificações específicas, ocultando-se em covardes aperfeiçoamentos que unicamente contribuem para iludir e silenciar a *vox populi*, criando falsos estímulos à legitimidade no poder. Quiçá tenha sido nesse contexto que Nietzsche asseverou “O Estado é o mais frio de todos os monstros. Ele mente friamente; de sua boca sai esta mentira: Eu, o Estado, sou o povo”⁵.

Nesse ponto há que se ressaltar que, em vista da nítida impossibilidade de dar a justa e merecedora atenção a todos os institutos presentes nos projetos de lei supracitados, optou-se por limitar o estudo em questão sob a dualidade das listas fechada e aberta, a fim de que o resultado final fosse a apresentação de uma pesquisa minuciosa e atenta às diversas facetas inerentes ao tema que ora se propõe a examinar.

Cabe trazer a lume que o interesse e a relevância dessa questão estão associados ao fato de a Reforma Política manifestar-se com grande presença e proximidade da realidade social contemporânea, proporcionando ao povo um instrumento hábil a materializar o sonho, talvez adormecido, de um governo pautado no interesse público, no bem da pólis e no progresso da coletividade. Assim, mostrou-se e se impôs muito mais que um estudo doutrinário com teses puramente acadêmicas, carentes de uma proximidade com o corpo social. A Reforma fez-se merecedora da atenção da sociedade ao demonstrar que é o único meio capaz de sanar o câncer político que conta-

⁵ NIETZSCHE, 2003, p. 51.

mina por metástase a política nacional e corrompe o velho ideário de representantes *pro societatis*⁶.

Tal estudo revela-se ainda mais imperioso, pois em um meio onde as diferenças entre classes cada vez mais se afirmam, onde o acesso a direitos mínimos e básicos é obstaculizado e a *vox populi* igualmente ignorada e negada, onde impera a impunidade e o desrespeito à legalidade constituída, sem dúvida, há que se pensar nas várias dimensões que fazem emergir e reforçar a necessidade de uma reforma, seja tributária, seja previdenciária, mas prioritariamente política.

1 Perspectivas da lista aberta e fechada sob a ótica do cidadão

1.1 Noções iniciais

Reveste-se de grande importância no sistema de representação proporcional a fixação em listas dos nomes dos candidatos a cargos políticos, a fim de que o eleitor, no sufrágio, possa indicar aquele que, dentre os elencados, melhor reflita suas aspirações e seus anseios.

Uma primeira opção encontra seu fundamento na lista fechada, doutrinariamente definida e acentuada como preordenada, na qual os partidos definem, em momentos anteriores à eleição, não somente os nomes inseridos nesse arranjo eleitoral, mas, sobretudo, suas respectivas ordens. O eleitor, em face desse cenário, não mais vota de forma pontual, particularizando nomes específicos, visto

⁶ Simone Goyard-Fabre (2003, p. 80) relembra que, em Platão, “a desunião entre governantes e governados que aderem de maneira rígida a seus princípios leva uma Cidade-Estado à catástrofe: foi o que aconteceu com a Pérsia, que se autodestruuiu devido a seu despotismo, assim como com Atenas, arruinada pelos excessos da liberdade. Em contrapartida, a conciliação, ou até a união estabelecida entre os princípios opostos defendidos pelos reis e pelos súditos, é o penhor de uma boa política na qual autoridade e liberdade precisam uma da outra”. O que se deve destacar desse raciocínio é a tese de Platão ao afirmar que, embora impossível uma política perfeita, possível seria, no entanto, a criação de uma política alicerçada na autoridade dos chefes e nas aspirações do povo.

que limita a plenitude do seu sufrágio à lista hierarquizada pela agremiação partidária⁷.

Como adepta desse sistema, a Argentina⁸, antes mesmo da reforma constitucional de 1994, contemplava em seu sistema eleitoral o instituto das listas fechadas, agregando-se também a este rol grandes democracias como África do Sul, Espanha e Portugal, tendo a Itália utilizado o sistema de lista fechada pela primeira vez nas eleições de 2006.

A outra alternativa certamente perpassa pelo acolhimento da lista aberta, sistema em que a deliberação acerca de quais candidatos serão eleitos e legitimados a representar a *vox populi* circunda de forma exclusiva o ímpeto do eleitor. Os partidos, *a priori*, elaboram uma lista de candidatos e a população votante sufraga um dos aspirantes ali elencados, sendo distribuídas as vagas obtidas pelo partido aos nomes que auferiram um maior número de votos, traduzidos por intermédio da soberania intrínseca à aprovação social. Seu uso estende-se ao Brasil e em Estados outros como Finlândia e Polônia⁹.

Por fim, há que se mencionar a lista flexível. Nesse sistema, os partidos determinam previamente às eleições a ordem dos candidatos em face das listas, mas, por se tratar de um sistema híbrido, é, ao mesmo tempo, dada aos eleitores a faculdade de atribuir o seu voto a um específico e determinado candidato. O voto conferido

⁷ Nesse arquétipo de sistema político, os votos são concedidos aos candidatos elencados em posições de destaque pelo partido, que renega os demais aspirantes à função política as incertezas inerentes ao sistema.

⁸ Interessante mencionar que a lei argentina possui uma norma de obrigatoriedade de posição competitiva da lista. Assim, cada terceira posição deve ser ocupada por uma mulher. Se, por exemplo, um partido estiver concorrendo a somente duas vagas num distrito, ao menos um dos candidatos deverá ser do sexo feminino. Nos países que usufruem desse sistema, mas que não internalizaram essa peculiaridade, como a Costa Rica, a República Dominicana e a Venezuela, a possibilidade de mulheres no exercício da função pública é reduzida. Na Costa Rica, por exemplo, os partidos tendem a colocar as mulheres nas últimas posições da lista partidária, dificultando a chance de eleição.

⁹ FLEISCHER, 2004, p. 11.

à legenda ratifica a ordem dos candidatos editada pelas entidades partidárias, mas, caso um pretendente à função política avoque um número significativo de votos, destacando-se na esfera pública, sua posição na lista pode sofrer variações, garantindo a soberania popular, bem como a restrita obediência aos princípios que dela decorrem. É utilizado na Áustria, Suécia e Noruega e, em geral, o eleitor confirma a lista partidária, reduzindo o contingente de candidatos que conseguem mudar suas posições nesse arranjo partidário.

O Brasil faz uso do sistema proporcional de lista aberta desde 1945, antes de outros países que se notabilizaram por utilizá-la, como a já aludida Finlândia, em 1955, e o Chile, em 1958. Nessa esteira, o cidadão sufraga de forma pontual e particularizada os nomes dos candidatos que lhe são raros¹⁰, excepcionando a sistemática brasileira, uma vez que, no âmbito pátrio, o eleitor é ao mesmo tempo legitimado a sufragar a legenda, é dizer, não se restringe à votação nominal, mas prestigia e alcança alvedrio no sufrágio partidário¹¹.

Jairo Nicolau ensina que, por volta de 1950, o sistema de lista aberta brasileiro tornou-se um constante objeto de críticas da classe politizada e entendedor da *res publica*. O primeiro motivo que deu origem à propagação desses nefrálgicos comentários foi o fato de, durante a campanha eleitoral, ao invés de cooperarem entre si, os candidatos serem estimulados a competir pelas possíveis cadeiras obtidas pelos partidos. Como consequência, os aspirantes à função pública sentir-se-iam incentivados a angariar votos em prol de suas

¹⁰ É importante sublinhar que as coligações entre os partidos funcionam como uma única lista; ou seja, os mais votados da coligação, independentemente do partido a que pertencem, elegem-se.

¹¹ O voto de legenda é contado para distribuir as cadeiras entre os partidos, mas não tem efeito algum na distribuição das cadeiras entre os candidatos. A lista aberta, tal como é aplicada no Brasil, contrapõe-se aos regramentos de outros Estados, pois, na essência do sistema aberto, o eleitorado deve sufragar um dos nomes elencados na lista, a fim de que o seu voto seja contabilizado para o partido, renegando a possibilidade de sufragar a legenda.

causas e de forma individual, colaborando para promover a “personalização” e desestruturar os partidos¹².

Foi em 2003, contudo, por meio de uma tentativa voltada à modificação desse melancólico esboço institucional, que a Comissão Especial de Reforma Política da Câmara dos Deputados, presidida pelo deputado Ronaldo Caiado, sugeriu a substituição do sistema de lista aberta pelo de lista fechada nas eleições para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais. O juízo vigorou sinalizando a favor da lista fechada por duas razões precípuas: porque impulsionaria o fortalecimento de vínculos entre os eleitores e os partidos, bem como porque atuaria de forma compatível com o financiamento exclusivamente público das campanhas eleitorais. No tocante a esta última razão, o argumento estava alicerçado na dificuldade em se controlar os gastos do fundo de campanha devido ao imensurável contingente de candidatos que disputam as eleições.

1.2 Lista fechada obstaculiza o voto direto?

Aqueles que são contra a sistemática da lista fechada alegam que ela seria um nítido óbice ao voto direto, consagrado no plano constitucional. Se considerada de forma pontual e específica, essa peculiaridade é um aspecto negativo, visto que renega a soberania popular e afasta os princípios democráticos que necessariamente devem perpetuar no sistema. Consoante Wessels, o controle dos eleitores sobre aqueles que devem ou não exercer a função pública é minimizado e fica cingido à distribuição geral dos votos entre as agremiações partidárias¹³. Nos dizeres de Cristian Klein, “em vez de escolher mais, o eleitor escolhe menos, pois há uma transferência de soberania para os partidos”¹⁴.

¹² NICOLAU, 2006b, p. 134.

¹³ Apud KLEIN, 2007, p. 43.

¹⁴ KLEIN, 2007, p. 43.

Se esse é o argumento que prepondera na justificação da continuidade da lista aberta no sistema, faz-se oportuno mencionar que esta representa, na mesma proporção, um óbice à plena vontade do cidadão, visto que deturpa e inebria, ao fim e ao cabo, a pretensão primeira do eleitor¹⁵. Tais fragilidades traduzem-se no já decantado intercâmbio eloquente de parlamentares para outras legendas, na possibilidade de as coligações permitirem que o sufrágio conferido a um candidato auxilie a nomear outros concorrentes, bem como fazem imperar um baixo controle da atuação parlamentar pelo eleitor, devido à dificuldade de armazenar o nome dos candidatos tempos após a eleição. Logo, a lista aberta não representaria uma panaceia aos vícios e males petrificados no sistema representativo brasileiro.

1.3 O mecanismo da identidade partidária

Outro fundamento amparado pelos que admitem a lista fechada é a possibilidade de o eleitorado focar-se na figura do ente político, em vez de votar em candidatos. Desse modo, deixar-se-iam de sufragar propostas individuais dos concorrentes, concentrando o eleitor sua preferência em torno de programas partidários, notável expoente e incentivador da identificação partidária.

No que concerne a essa afinidade entre eleitorado e partido, a literatura estrangeira alicerçada, sobretudo, em Mainwaring e Sartori esboça o Brasil como um país onde a relação entre agremiações e eleitor é extremamente precária, pois estes seriam avessos aos princípios doutrinários, ao programa do partido e às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção da entidade política. Essa assertiva, todavia, não merece prosperar. No ano 2000, o Ibope declarou que aproximadamente 58% da classe votante brasileira pos-

¹⁵ NICOLAU, 2006a.

suem afinidade com algum partido¹⁶, um resultado extremamente favorável, se comparado com a média mundial de 45,3%¹⁷.

Na mesma pesquisa, o Ibope asseverou não haver correlação alguma entre o instituto da identificação partidária e o sistema eleitoral adotado em determinado país. Como dados concretos, as soberanias que fazem uso da lista fechada, tais como Espanha, Eslovênia, Israel e Noruega, apresentaram como média de afinidade política índices que permearam 43,5%, ao passo que as nações que acolheram a lista com voto preferencial, isso entendido como lista aberta, flexível e livre, refletiram resultados bem análogos, 43%. Assim, a ideia de justificar o acolhimento das listas preordenadas com o intuito de fomentar a relação entre eleitor e partido é um marco equivocado, porque não há um resultado coerente e certo da influência exercida pelo sistema eleitoral sobre a identificação partidária e mesmo que houvesse não se faria necessário acolhê-la, pois o eleitorado brasileiro contempla laços relativamente estreitos e harmônicos com o ente político.

1.3.1 Identificação partidária vs. sentimento antipartidário e o caso da Venezuela e Bolívia

Ainda na esfera da identificação partidária, merece destaque a sua face reversa, qual seja: o sentimento antipartidário. Naquelas sociedades em que o sistema eleitoral impõe uma grande proximidade do eleitor à figura da entidade partidária, há a probabilidade de, em situações extremistas, como crises políticas e perda da legitimidade institucional, o desencanto e a ira do cidadão serem

¹⁶ Pesquisa Ibope (OPP 217/00). Amostra nacional com 2 mil entrevistados. Perguntou-se “O senhor tem preferência ou simpatia maior por algum destes partidos políticos?”.

¹⁷ COMPARATIVE STUDY OF ELECTORAL SYSTEMS, 2008. A indagação feita foi “Do you usually think of yourself as close to any particular political party?”, isto é, você se considera próximo a algum partido político específico? (tradução livre).

direcionados, sobretudo, às agremiações partidárias. Corroborando essa tese, tem-se o frustrante cenário vivenciado na Venezuela e Bolívia, onde o sistema utilizado perpassava pela dialética da lista fechada. Assim, com o notório descontentamento social, adveio a imperiosidade de se iniciar, ainda que contra o anseio da classe dominante, reformas no aparelho político direcionadas a acolher o voto personalizado em detrimento da cultura até então praticada do sufrágio partidário.

Na Venezuela, a preocupação dos agentes políticos não mais era refletir no poder a vontade e as aspirações emanadas do seio da coletividade, função precípua de um sistema representativo¹⁸, mas focar unicamente no interesse dos partidos. O que bradava a sociedade venezuelana era que os parlamentares exercessem o seu mandato não em virtude de um direito próprio, mas em razão de sua qualidade de representante¹⁹, ou, nos dizeres de Friedrich Glum, deveriam permitir que os fins transcendessem os interesses individuais²⁰. Só aceitaram, no entanto, modificar o sistema quando os índices de abstinência da população no sufrágio alcançaram picos elevadíssimos de 40%²¹.

O caso boliviano, do mesmo modo, ocasionou uma grande perda da estabilidade institucional, acendendo a ruptura da legitimidade e sinalizando a necessidade de mudanças político-eleitorais. Logo, mesmo num sistema político alicerçado na centralização dos partidos, há sempre a possibilidade de os efeitos refletidos serem

¹⁸ Conforme propunha o Marquês de Mirabeau, em discurso na Assembleia de Provença, em 1789, a função era a de fazer um mapa acurado das divisões e tendências da sociedade, nele se refletindo as várias correntes políticas. Buscou-se enfatizar que o sistema representativo seria o único meio para se realizar a representação exata a todos os grupos significativos do eleitorado (CARSTAIRS, 1980).

¹⁹ MEIRELLES, 1991, p. 487.

²⁰ Apud BONAVIDES, 2006, p. 216.

²¹ Apud KLEIN, 2007, p. 52.

divergentes daqueles que se cobiçam, como a apatia e até mesmo a represália dos eleitores a todo o aparelho político. Nesse particular, Cristian Klein entende que a lista aberta contempla em si um aspecto positivo, pois, em situações de grande decepção do eleitorado, como o recente caso de corrupção que ocorreu no Brasil no período de 2005 a 2006, o eleitor sente-se “tentado” a legitimar alguma candidatura individual, já que não associa o problema ao partido, transfere-o, pois, a uma mera e solitária candidatura.

2 Perspectivas da lista aberta e fechada sob a ótica do candidato

2.1 Os efeitos das listas partidárias e a competição intrapartidária

Há que se ressaltar que as listas partidárias não exercem influência unicamente no eleitorado, não minimizam sua extensão ao cidadão, mas também refletem seus efeitos no próprio candidato. Assim, uma das múltiplas facetas que envolvem o tema é a relação existente entre a lista partidária e o aspirante à função política.

Carey e Shugart ensinam que as primeiras consequências das listas sobre aqueles aspirantes ao cargo político são a maneira e os meios pelos quais realizarão sua campanha eleitoral rumo ao Legislativo. A premissa que se tem é que na sistemática das listas fechadas o candidato possui grande incentivo para criar vínculo com o partido, sobretudo com os líderes, uma vez que se traduzem como responsáveis pela ordenação e organização de todo o arranjo eleitoral. O candidato, nessa geografia, volta-se para os muros da agremiação, que se converte, necessariamente, no seu principal distrito eleitoral²².

No sistema aberto, a *contrario sensu*, os concorrentes buscam a simpatia dos eleitores, pois são eles quem legitimam e sufragam os candi-

²² KLEIN, 2007, p. 54.

dados ao poder²³, atentando o pretendente à função política para além da entidade partidária. Esse personalismo refletido nas listas abertas não é um aspecto intensamente negativo, já que proporciona benefícios, na medida em que facilita o encargo dos representantes de prestar contas perante os representados, termo amplamente conhecido em sede doutrinária como *accountability*. Justamente nesse diapasão é que Estados como a Venezuela, Bolívia e Dinamarca buscaram, em vários momentos históricos, impulsionar uma relação pessoal entre político e cidadão. Na Alemanha, por exemplo, a personalização da política é tão crucial que o sistema distrital misto é popularmente denominado “representação proporcional personalizada”.

A característica precípua, portanto, do modelo fechado de lista é que este ratifica a dificuldade de disseminar a reputação pessoal e envolve o partido como magno protagonista da arena política. Nesse cenário, a disputa entre candidatos do mesmo partido ocorre no período pré-eleitoral²⁴, adiantando-se os concorrentes à ocasião em que o ente indica os nomes que serão elencados na lista, porquanto almejam posições de destaque em face dos demais membros da mesma agremiação. Relevante deixar claro que a lista fechada não extingue a necessidade de se edificar uma reputação pessoal, mas a restringe, sobretudo, ao alcance da instituição partidária.

Em terras germânicas, aquele que almeja um lugar político deve percorrer o que é chamado de *Ochsentour*²⁵. Inicia sua carreira no partido ostentando encargos em posições carecedoras de destaque e, à medida que se consolida este intenso e dificultoso processo de ascensão política, o aspirante ao encargo político é recompensado, apro-

²³ CAREY; SHUGART, 1995, p. 417.

²⁴ LIMONGI, 2003, p. 465.

²⁵ A tradução literal do termo exprime a vulgar expressão “caminho de boi”. No entanto, no meio político quer dizer todo e qualquer trajeto que tem que passar o agente até alcançar o reconhecimento político.

ximando-se cada vez mais do seu objetivo final de se converter em membro do Parlamento; uma trilha que leva em média 10,5 anos.

No esboço da lista fechada, em suma, a competição entre os membros do partido no decorrer das eleições é desnecessária e irracional, visto que a lista já se encontra estruturada, com os nomes e a ordem dos participantes nessa engenharia política. O desígnio, *a posteriori*, passa a ser um lento e árduo processo de angariar os votos do eleitorado ao partido.

Contrapondo-se a esse paradigma, a lista aberta reduz a disputa intrapartidária no período pré-eleitoral, mas opera como uma onda aterrorizante durante o momento eleitoral propriamente dito. Como a titularidade para se determinar a colocação final dos candidatos pertence unicamente aos cidadãos, que o fazem por intermédio do sufrágio, não é equívocado afirmar que a grande competição só é impulsionada e ganha estímulos durante a campanha.

Não há que se negar que a lista aberta instiga a competição entre candidatos pertencentes a um partido, afinal, para que o aspirante à função pública logre a eleição, é requisito precípua constar entre os nomes mais votados da agremiação a qual se encontra inserido. No entanto, ao contrário do que se anuncia, essa disputa não é alarmante, possuindo índices não muito robustos, já que permeia uma considerável cessão de votos, tanto dos concorrentes sobrepujados como daqueles que galgaram patamares ao superar o quociente eleitoral. Logo, ao fim e ao cabo, o que se vislumbra é um auxílio na eleição de integrantes do mesmo partido.

Nesse mister, reveste-se de essencialidade impedir que os concorrentes da mesma agremiação disputem eleitorados similares, tornando-se ausentes perante determinados agrupamentos de eleitores ou até mesmo permitindo que candidatos de outros partidos façam as vezes. Por tais motivos, o *modus faciendi* de elaboração da lista de candidatos é um fator vital para a estratégia eleitoral.

O argumento de que o sistema preordenado de lista é mais benéfico em face da exacerbada competição intrapartidária consubstanciada na lista aberta não é merecedor de prestígio. Ainda que não alcançando índices elevados, é possível evitá-la ao investir no perfil do candidato, analisando-o e instruindo-o a atuar naquela específica base eleitoral, evitando, pois, a temida concorrência pelo mesmo eleitorado. Para tanto, imperioso é um procedimento que envolva minuciosa seleção interna, bem como uma efetiva coordenação pela direção partidária que pondere “critérios geográficos, atraindo nomes de diversas regiões do estado e empenhando-se na busca de evitar superposições de candidatos da mesma área [...]”²⁶.

2.2 Gastos de campanha e corrupção

Bradam os idealistas afirmando que a lista aberta ocasiona ao candidato sensações de dúvida e incerteza, resultando uma instabilidade superior àquela contemplada na lista fechada. Assim, defendem que, no contexto idealizado pela lista aberta, a disputa entre concorrentes perfaz-se em ambiente público e, de uma forma ou de outra, está sob a égide dos caprichos e humores de um ator político de quem nem sempre se tem dados precisos: o eleitor. Logo, tem-se mais incerteza. Partindo-se do princípio de que na sistemática da lista fechada quem a define é o dirigente partidário, alguém que o candidato conhece relativamente bem devido ao amplo convívio no decorrer da vida política, o resultado certamente se revela na maior previsibilidade²⁷.

Essa instabilidade resultante do sistema aberto fomentaria claramente os elevados investimentos na campanha e a possível economia do dispêndio com a implantação da lista fechada transmudar-se-ia em elemento factível, pois se suprimiria a constante disputa

²⁶ NICOLAU, 2006c, p. 9.

²⁷ NICOLAU, 2006b, p. 135.

entre os candidatos, limitando a competição às entidades partidárias. Ademais, para aqueles que amparam o sistema preordenado, estar-se-ia diante de um imensurável subsídio à Justiça Eleitoral, na medida em que essa passaria a fiscalizar um contingente inferior de atores políticos, focando-se unicamente nas entidades partidárias e atuando de forma mais célere e eficiente no combate à corrupção.

Todavia, para aqueles que vislumbram na lista preordenada a panaceia às viciosidades enclausuradas no aparelho político-eleitoral pátrio, conforme proposta elencada no Projeto de Lei n. 2.679, o bem maior seria a sua compatibilidade com o financiamento exclusivamente público de campanha²⁸, atuando como mecanismo apto a impedir a prevalência do poder econômico nas disputas eleitorais e coibindo a busca de recursos para tais campanhas com grupos econômicos e empresas concessionárias de serviços públicos.

Assim, a aliança conjurada entre lista preordenada e financiamento público de campanha afastaria, ao menos em tese, a inclinação à corrupção. De certo atuaria como um óbice à já decantada e repetitiva compra de votos, uma vez que a *ratio* do sistema giraria em torno do voto partidário e estaria apta a obstaculizar a presença de recursos não contabilizados, justificando-se tal assertiva na presunção de que os atores políticos e patrocinadores privados estariam sob a égide de uma fiscalização eficaz e seriam austeramente apenados se incorressem em fraude²⁹.

Todavia, deve-se ponderar tais benefícios com um acentuado senso de precaução, pois a corrupção na dialética cerrada poderia, sem grandes devaneios, disseminar-se por outros ramos. Ao invés de

²⁸ O atual modelo brasileiro é parcialmente público, uma vez que os partidos recebem recursos da União por meio do fundo partidário e da utilização do horário eleitoral gratuito, que, apesar do nome, não é de graça; o Estado recompensa rádios e TVs, concedendo isenção fiscal.

²⁹ NICOLAU, 2006b, p. 135.

ocorrer compra de votos, os concorrentes, com a cega e inebriada ânsia de colher êxitos nessa conquista, poderiam focar-se na aquisição de melhores posições na lista partidária, direcionando a propina aos dirigentes do partido. De acordo com esse raciocínio, se porventura ocorressem eventuais escândalos na seara política, o sentimento de aversão da sociedade à classe politizada seria extremamente elevado, já que recursos públicos estariam sendo direcionados para a manutenção de um sistema eleitoral alicerçado em entidades partidárias antiéticas, sem apreço algum aos bons costumes, tampouco à lisura que deve nortear o exercício da função pública.

3 Perspectivas da lista aberta e fechada sob a ótica do ente partidário

3.1 Noções iniciais

Outro aspecto de magna relevância no tocante ao tema em tela é, por certo, a análise dos efeitos e dos impactos causados aos partidos com o advento desse novo arquétipo de listas.

É cediço que em todas as democracias uma das funções precípuas que envolve a entidade partidária gira em torno da deliberação daqueles que representarão o ente político, podendo esse processo sofrer variações de maior ou menor centralização. Processos abertos legitimam o que a doutrina classifica como *individualist behavior*, um comportamento adstrito e constricto ao político, pois edificariam laços pessoais em face dos eleitores, fragilizando o ente partidário. De outro modo, procedimentos mais estreitos atuariam como mecanismo de proteção à direção da agremiação, gerando liames organizacionais.

Explanado ao largo desse artigo, o sistema fechado de lista confere aos partidos a possibilidade de legitimar seus candidatos de forma centralizada, priorizando a obediência e a rígida disciplina às

diretrizes da agremiação. Logo, a ideia de voto preferencial é rejeitada, a fim de que candidatos não colham os ditos vínculos pessoais e, conseqüentemente, subordinem-se ao ente.

3.2 Lista partidária como fator determinante à hegemonia da agremiação política

Para Figueiredo e Limongi, a lista aberta desestruturaria os partidos, na medida em que subtrai das lideranças os mecanismos de punição daqueles que contradizem as diretrizes partidárias³⁰. Dessarte, pelo fato de atenuar a supremacia das decisões dos dirigentes, a lista aberta seria a causa dos demais males que assolam o sistema político brasileiro e ao fim acabaria por desestabilizar a coesão interna das legendas, desestruturaria o pensamento do eleitor e deturparia a identificação partidária³¹.

Tal assertiva não deve ser acolhida sem um mínimo de prudência e razoabilidade, visto que a modalidade aberta, do mesmo modo que os demais sistemas, possui o condão de definir os mecanismos de ordem procedimental e instrumental que partidos acolherão para controlar seus membros. Um nítido exemplo é o que ocorreu com o Partido dos Trabalhadores em meados de 1997. Ao concorrer na sistemática da lista aberta, fez-se uma organização disciplinada e dificultou-se o individualismo “através da institucionalização de diversos mecanismos de sanção, inclusive o controle do acesso à legenda e a ameaça de expulsão”³².

Outro exemplo a ser sopesado é o sistema partidário finlandês, que reafirma e ratifica que lista aberta não exclui, tampouco cria óbices à construção de entidades políticas bem estruturadas:

³⁰ FIGUEIREDO; LIMONGI, 2002, p. 303-339.

³¹ DULCI, 2003, p. 12.

³² SAMUELS, 1997, p. 526.

O caso finlandês torna evidente que não podemos formular uma hipótese geral de que sistemas de lista aberta sempre têm efeitos deletérios sobre a construção partidária [...]. O sistema partidário (finlandês) é marcado por profundas divisões ideológicas; os partidos são programáticos; as organizações partidárias são fortes³³.

De modo instigante, Owens ressalta que, ao contrário do que se espera, há na dialética da lista fechada a possibilidade de persistirem partidos menos coesos e até mesmo individualistas, caso este que se vivencia e se vislumbra na realidade política da Áustria, Bélgica, Venezuela e Argentina³⁴.

Shugart reconhece que o Brasil, ainda que no panorama das listas abertas, possui mecanismos de controle sobre as candidaturas, concedendo-lhe um *score* que corresponde ao dos países em que a supremacia do ente partidário faz-se valer em face de seus membros³⁵. Sem embargo, mesmo que tal controle não fosse algo peculiar do sistema pátrio, o processo de seleção não é o único instrumento que legitima a disciplina partidária, visto que os dirigentes ainda possuem, na arena eleitoral, o controle do horário político e, na arena legislativa, determinados direitos parlamentares que adjudicam à direção partidária a centralização desse condão decisório³⁶. Assim:

[...] a construção de “partidos fortes” não passa, necessariamente, pela mudança do sistema eleitoral. Partidos são fortalecidos por regras internas, pertinentes à sua própria organização.

[...]

Nosso argumento é que as propostas de reforma eleitoral no Brasil têm sido enviesadas pela obsessão de fortalecer artificialmente os partidos,

³³ MAINWARING, 1991, p. 46.

³⁴ OWENS, 2003, p. 22.

³⁵ SHUGART, 2001, p. 37.

³⁶ FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999.

isto é, reforçando os poderes dos líderes – poderes esses, que, hoje, embora vulneráveis aos resultados das urnas, não são poucos³⁷.

Por conseguinte, resta indubitável que inserir a lista preordenada no atual cenário político brasileiro é caminhar de encontro ao aprimoramento dos pequenos grupos de liderança partidária, não raro atingindo o controle das candidaturas níveis de onipotência que resgatariam e fariam vívidos antigos conceitos de caciquismo e oligarquização partidária.

Conclusão

Diante dos comentários tecidos, deve-se atentar que a necessidade de uma reforma no âmbito político-eleitoral está ligada à sociedade brasileira na mesma proporção em que estão os velhos valores de respeito à soberania popular, às regras de civismo e aos princípios que norteiam uma democracia verdadeiramente consolidada. Analisá-la é especialmente rememorar patriotismo e consciência política; é o chamado à construção de novos pilares, de novos fundamentos em prol de toda coletividade, favorecendo a restauração de um corpo social doentio e severamente molestado.

Em uma brevíssima síntese, pode-se inferir que várias das críticas e análises voltadas à lista aberta não se sustentam empiricamente e uma possível mudança para a lista preordenada não representaria uma alternativa satisfatória, uma vez que a ausência de *accountability* personalizado, a tendência à oligarquização partidária e a possibilidade de estimular o sentimento antipartidário superam em demasia os benefícios esperados. Essa conclusão não implica a afirmativa segundo a qual o sistema de lista aberta está livre de defeitos, consubstanciando a plenitude das virtudes, mas reconhece,

³⁷ KLEIN, 2007, p. 80.

sobretudo, a necessidade de reestruturá-lo e adequá-lo ao cenário político pátrio.

Essas, portanto, foram as conclusões oriundas deste minucioso estudo de investigação, que deve nortear e servir de suporte a qualquer perspectiva de mudança. A proposta de adoção da lista fechada no Brasil não somente gerou grande controvérsia e discussão entre estudiosos, mas também no âmbito político, na *ratio* dos jornalistas, formadores de opinião, e até mesmo entre o cidadão, o “simples eleitor”, paciente de uma reforma que se insurge em forma de ingêrências dramáticas nas instituições brasileiras.

É de interesse legítimo do cidadão inteirar-se e tecer comentários sobre a *res publica*, criticando o sistema político e propondo a melhoria de seus elementos constitutivos; isso inegavelmente é cidadania³⁸. Sob esse contexto, tal fato seguramente se revela na construção de novas relações e consciências.

A aquisição de consciência cidadã perfaz-se ante a convivência na vida pública e social. Dá-se, na vivência cotidiana, o aperfeiçoamento do senso de cidadania, que se instala na mente humana por meio das relações desenvolvidas com a coisa pública e política. É um desafio que não chega ao fim. Não se constitui em mera tarefa, em que cada qual faz a sua parte ou tem-se cumprida a missão.

Como indivíduos inseridos e pertencentes a um constante processo de aperfeiçoamento, estaremos eternamente a procurar e a desmistificar, adquirindo consciência mais vasta dos direitos e das obrigações cívicas. Talvez jamais se possa ousar e apresentar a tarefa que foi proposta pronta, pois novos desafios na vida social e política hão de advir, exigindo novas conquistas e, portanto, mais cidadania³⁹.

³⁸ DALLARI, 1998, p. 14.

³⁹ REDE DIREITOS HUMANOS E CULTURA, 2008.

Referências

- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BAWN, Kathleen. The logic of institutional preferences: german electoral law as a social choice outcome. *American Journal of Political Science*, v. 37, n. 4, nov. 1993.
- BOBBIO, Noberto. *Teoria geral da política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Ciência política*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CAIN, Bruce; FERREJOHN, John; FIORINA, Morris. *The personal vote: constituency service and electoral independence*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- CAREY, John; SHUGART, Matthew. Incentives to cultivate a personal vote: a rank ordering of electoral formulas. *Electoral Studies*, v. 14, n. 4, 1995.
- CARSTAIRS, Andrew McLaren. *A short history of electoral systems in Western Europe*. London: George Allen&Unwin, 1980.
- CINTRA, Antonio Octávio. *O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.
- _____. *A proposta de reforma política: prós e contras*. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/2004_14292.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2007.

COMPARATIVE STUDY OF ELECTORAL SYSTEMS. Disponível em: <www.csesdb.org>. Acesso em: 22 jan. 2008.

DALLARI, Dalmo. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DIRCEU, José; IANONI, Marcus. *Reforma política: instituições e democracia no Brasil atual*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

DULCI, Otávio S. A incômoda questão dos partidos no Brasil: notas para o debate da reforma política. In: BENEVIDES, M. V.; VANNUCHI, P.; KERCHE, F. (Org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo Horizonte, 1966. [Versão portuguesa da tese de doutorado de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Le statut constitutionnel des partis politiques au Brasil, en Italie, en Allemagne et en France*. Paris, 1960].

_____. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

_____. Incentivos eleitorais, partidos e política orçamentária. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, 2002.

FLEISCHER, David. Reforma política e financiamento das campanhas eleitorais. *Os custos da corrupção*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. (Cadernos Adenauer, n. 10).

_____. Reforma política no Brasil: uma história sem fim. *Revista do Curso de Direito*, v. 5, n. 1, jan./jun. 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é a democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KINZO, Maria. Os partidos no eleitorado: percepções públicas e laços partidários no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 57, 2005.

KLEIN, Cristian. *O desafio da reforma política*. Rio de Janeiro: Mauad, 2007.

LAMOUNIER, Bolívar. *A democracia brasileira no limiar do século 21*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1996.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. 3. ed. São Paulo: Minelli, 2006.

LESSA, E. A teoria da representação mínima. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 3 fev. 1995, p. 1-3.

LIJPHART, Arend. *As democracias contemporâneas*. Lisboa: Gradiva, 1989.

_____. The political consequences of electoral laws, 1945-1985. *American Political Science Review*, v. 84, n. 2, 1990.

LIMONGI, Fernando. Voto distrital, voto proporcional e coligações. In: BENEVIDES, M. V.; VANNUCHI, P.; KERCHE, F. (Org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

MAINWARING, Scott. Políticos, partidos e sistemas eleitorais: o Brasil numa perspectiva comparada. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 29, 1991.

_____. *Rethinking party systems in the third wave of democratization: the case of Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 1999.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

MAYORGA, René. La democracia en Bolivia: ¿consolidación o desestabilización? *Revista Pensamiento Iberoamericano*, Madrid, n. 14, jul. 1988.

MEIRELLES, J. H. Teixeira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

MELO, Carlos Ranulfo. Reforma política em perspectiva comparada na América do Sul. In: AVRITZER, Leonardo; ANATASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2006. v. 1.

NICOLAU, Jairo M. *O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil*. Working paper n. 70, Centre for Brazilian Studies, 2006a.

_____. *Lista aberta – Lista fechada*. Belo Horizonte: UFMG, 2006b.

_____. *O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006c.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zarathustra*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

NOHLEN, Dieter. Changes and choices in electoral systems. In: LIJPHART, A.; GROFMAN, B. *Choosing an electoral system: issues and alternatives*. New York: Praeger, 1984.

OWENS, John E. Explaining party cohesion and discipline in democratic legislatures: purposiveness and contexts. *The Journal of Legislative Studies*, v. 9, n. 4, 2003.

REDE DIREITOS HUMANOS E CULTURA. *O que é cidadania*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/oque_e_cidadania.html>. Acesso em: abr. 2008.

RICOLFI, Luca. Il voto proporzionale e il nuovo spazio politico italiano. *Rivista Italiana di Scienza Política*, anno 24, n. 3, 1994.

SAMUELS, David. Determinantes do voto partidário em sistemas eleitorais centrados no candidato: evidências sobre o Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 1997.

SAMUELS, David. Sources of mass partisanship in Brazil. *Latin America Politics and Society*, v. 48, n. 2, p. 1-27, 2006.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Crise e castigo: os partidos e generais na política brasileira*. Rio de Janeiro: Vértice; IUPERJ, 1987.

SARTORI, Giovanni. Sistemas electorales. In: _____. *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza, 1992.

_____. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

SHUGART, Matthew S. Extreme electoral systems and the appeal of the mixed-member alternative. In: _____. WATTENBERG, Martin P. (Ed.). *Mixed-member electoral systems: the best of both worlds?* Oxford: Oxford University Press, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. Projetos de reforma política na Câmara dos Deputados. In: _____ (Org.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SOBIERAJSKI, Denise Goulart Schlickmann. *Financiamento de campanhas eleitorais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

TAAGEPERA, Rein; SHUGART, Matthews S. *Seats and votes: the effects and determinants of electoral systems*. New Haven: Yale University Press, 1989.

TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições e estratégias*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

UNGLAUB, Manfred. Eleições e sistema político: experiências com o voto distrital misto na Alemanha. In: JUNG, Winfried et alli.

Partidos e sistemas eleitorais em tempos de reforma. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995. (Debates, n. 9).

WEBER, Max. *Política como vocação.* Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

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 artigos que versem sobre matéria jurídica ou afim, de autoria de membros e servidores do MPU ou de colaboradores externos à Instituição; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU. 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 (somente para autores estrangeiros), com no máximo quarenta laudas.
- 1.2 Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se farão 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 à Câmara Editorial do Boletim Científico, pelo fax (61) 3313-5185, o Formulário de Cessão de Direitos Autorais e Autorização para Publicação em Meio Eletrônico, disponível na página da ESMPU, <www.esmpu.gov.br>, no *link* “Formulários”, devidamente preenchido e assinado.

- 1.4 Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato .doc (Word) 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 (NBR 6023).
- 1.6 O Núcleo 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 pelo telefone (61) 3313-5114.

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 A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.4 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.

- 2.5 As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.6 A Câmara Editorial do Boletim Científico reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.