

ISSN 1518-0891

Revista

do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios



v. 1 • n. 6 • 2012

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

v. 1 • n. 6 • 2012

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – MPDFT

Eunice Pereira Amorim Carvalho
Procuradora-Geral de Justiça

Zenaide Souto Martins
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

Benis Silva Queiroz Bastos
Corregedora-Geral

Thaís Freire da Costa Flores
Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça

Wagner de Castro Araújo
Chefe de Gabinete Adjunto da Procuradoria-Geral de Justiça

Vetuval Martins Vasconcelos
Diretor-Geral

CONSELHO SUPERIOR DO MPDFT

Presidente: Eunice Pereira Amorim Carvalho
Procuradora-Geral de Justiça

Vice-Presidente: José Firmo Reis Soub
Procurador de Justiça

Secretária do Conselho: Marta Maria de Rezende
Procuradora de Justiça

Corregedora-Geral: Benis Silva Queiroz Bastos
Procuradora de Justiça

CONSELHEIROS

Zenaide Souto Martins
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

Antonio Ezequiel de Araújo Neto
Procurador de Justiça

Rogério Schietti Machado Cruz
Procurador de Justiça

Maria Anáides do Vale Siqueira Soub
Procuradora de Justiça

Carlos Eduardo Magalhães de Almeida
Procurador de Justiça

José Valdenor Queiroz Júnior
Procurador de Justiça

Ana Luisa Rivera
Procuradora de Justiça

CONSELHEIROS SUPLENTES

Eduardo José Oliveira de Albuquerque
Procurador de Justiça

Petrônio Calmon Filho
Procurador de Justiça

Conceição de Maria Pacheco Brito
Procuradora de Justiça

Adaudo Arruda de Moraes
Procurador de Justiça

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

v. 1 • n. 6 • 2012

**REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA**

Eixo Monumental, Praça do Buriti, Lote 2 - Ed. Sede do MPDFT, 9º andar, CEP 70091-900
Brasília - DF, Telefone Geral: (61) 3343-9500
Site: www.mpdft.gov.br, E-mail: conedit@mpdft.gov.br

CONSELHO EDITORIAL

Maria Anaides do Vale Siqueira Soub
Procuradora de Justiça

José Theodoro Correa de Carvalho
Promotor de Justiça

Wanessa Alpino Bigonha Alvim
Promotora de Justiça

Antônio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça

Maércia Correia de Mello
Promotora de Justiça

Danielle Martins Silva
Promotora de Justiça Adjunta

Rodolfo Cunha Salles
Promotor de Justiça

Dermeval Farias Gomes Filho
Promotor de Justiça Adjunto

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do MPDFT

Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios /
Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. – Vol. 1,
n. 1 (1985) - . – Brasília : MPDFT, Procuradoria-Geral de Justiça,
1985- . .

Annual.

Edições anteriores com periodicidade irregular.

ISSN 0103-3867 (Título anterior)

Continuado por: Revista do Ministério Público do Distrito Federal e
Territórios.

ISSN 1518-0891

1. Direito – Periódico. I. Ministério Público do Distrito Federal e
Territórios.

CDD 340

© MPDFT - Todos os direitos reservados. Qualquer parte desta publicação poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Coordenação editorial: Maria Anaides do Vale
Siqueira Soub (Procuradora de Justiça)

Assessoria: Ana Carmen Carvalho da Silva

Capa: Camila Gabriela de Araújo Antunes

Diagramação: Aline Meira Mello e Roseane Bezerra
de Lima do Vale

Informática: Paulo Henrique Ferreira Lima Ellery

Normalização e formatação (BIB/DIDOC):

Cristiane Vieira da Silva, Dulcineide Camargo

Santos e Érika Carvalho Lemos de Oliveira

Produção Gráfica: Daniel Sidney da Costa Gontijo,
Jun Matsuoka Tomikawa

Revisão de português: Joíra Coelho Furquim

Revisão de inglês: Roney Ramalho Sereno e
Alexandre Sales de Paula e Souza (Promotor de
Justiça)

Os conceitos e opiniões expressas nos textos assinados são de responsabilidade dos autores.



Editora MPDFT

Tiragem: 500 exemplares

Sumário

Apresentação	5
A Inadequação do Exame Supletivo em Face da Inobservância da Lei – Análise à Luz da Proposta de Emenda Constitucional 75 de 2011 <i>Ludimila Tavares de Castro Brandão</i>	11
O Ministério Público como Cláusula Pétrea - Análise à Luz da Proposta de Emenda Constitucional 75 de 2011 <i>Raquel Ediane Rodrigues</i>	39
Modelagem de Processos no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios <i>Andreza Soares Moreira Bandeira</i>	91
O Papel Democrático do Ministério Público no Processo Coletivo: o Ministério Público como Garantia Institucional do Cidadão na Democratização do Acesso À Justiça <i>Cláudio João Medeiros Miyagawa Freire</i>	129
A Prescrição no Direito Civil após a Lei nº 11.280/06 <i>Fábio Macedo Nascimento</i>	257
Secularismo e Diversidade: o Véu Islâmico na França <i>Mônica Aparecida Silva</i>	289
A Construção Discursiva da Violência Sexual Contra Adolescentes nas Esferas Jurídicas: Valores Morais e Significados Negociados Sobre Gênero e Violência <i>Izis Morais Lopes dos Reis</i>	303
Legislação Simbólica e Expansão do Direito Penal: do Caráter Simbólico das Novas Leis Penais <i>Josiane Corrêa Pires</i>	329

Quem Gosta de Apanhar? Uma Perspectiva ? Uma Perspectiva Psicanalítica da Violência de Gênero

Adriana Chies 359

Normas Editoriais para os Autores 385

Apresentação

A presente edição da Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios foi elaborada visando a prosseguir com o objetivo do periódico, que é a publicação de artigos jurídicos ou matérias correlatas que tenham como finalidade incrementar os estudos de temas relevantes para a área de atuação do Ministério Público.

Nesta edição foram discutidos assuntos significativos para a instituição ministerial, como a importância e a necessidade de manutenção das garantias que lhe foram concedidas pela Constituição de 1988 para o exercício de seu múnus de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos fundamentais estabelecidos (*O Ministério Público como cláusula pétrea à luz da proposta de emenda constitucional 75 de 2011 – Raquel Ediane Rodrigues*).

Em outro texto, foi demonstrado como as ações coletivas podem ser utilizadas como forma de implementar a proteção dos interesses sociais e garantir o direito de acesso à justiça aos cidadãos (*O papel democrático do Ministério Público no processo coletivo: o Ministério Público como garantia institucional do cidadão na democratização do acesso à justiça – Cláudio João Medeiros Miyagawa Freire*).

Há também um trabalho examinando matéria referente à proibição fundamentada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação de realização do exame supletivo por alunos que não concluíram o terceiro ano do Ensino Médio e que ainda não completaram dezoito anos, mas que foram aprovados nos exames vestibulares das universidades públicas e particulares do Distrito Federal,

assunto que tem gerado discussões no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios diante do grande volume de ações intentadas por estudantes que objetivam o acesso ao ensino superior (*A inadequação do Exame Supletivo em face da inobservância da lei* – Ludimila Tavares de Castro Brandão).

Abordando tema relativo à proteção dos direitos humanos é apresentado interessante estudo sobre o choque entre as ideias de secularismo e liberdade religiosa na sociedade francesa, no qual se discutem os desafios de ordem cultural na integração da comunidade muçulmana, considerada a mais expressiva minoria religiosa no país (*Secularismo e diversidade; o véu islâmico na França* – Mônica Aparecida Silva).

Sob o prisma administrativo, foi exposto ensaio sobre o planejamento desenvolvido no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que buscou utilizar estratégias e ações equilibradas e balanceadas, visando a assegurar-lhe o cumprimento de suas metas constitucionais (*Modelagem de processo no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: atingindo os objetivos do Planejamento Estratégico* – Andreza Soares Moreira Bandeira).

Já adentrando o campo do Direito Civil e do Direito Processual Civil, é ventilada questão referente à inovação trazida pela Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que revogou o art. 194 do Código Civil, que dispunha ser defeso ao juiz reconhecer de ofício a prescrição, abrindo-se a possibilidade do julgador suprir a ausência de arguição da prescrição feita pela parte interessada (*A prescrição no Direito Civil após a Lei nº 11.280/06* – Fábio Macedo Nascimento).

Em matéria de Direito Penal sob o aspecto sociológico, é trazida à baila a prática do abuso sexual contra adolescentes dentro do seu próprio ambiente familiar, demonstrando-se que, excetuados os casos de agressões físicas provocadoras de graves lesões, a percepção da violência está vinculada aos valores morais enraizados na cultura e nas relações de poder entre os gêneros (*A construção discursiva da violência sexual contra adolescentes nas esferas jurídicas: valores morais e significados negociados sobre gênero e violência* – Izis Morais Lopes dos Reis).

As situações de violência entre os gêneros são também focadas sob os aspectos sociocultural e psicológico: demonstra-se que a vítima de situações de violência repetida pode desenvolver neurose traumática, e que a culpa e a vergonha que passa a experienciar contribuem para a manutenção das situações de abuso sofridas (*Quem gosta de apanhar? Uma perspectiva psicanalítica em que da violência de gênero* – Adriana Chies).

O último ensaio examina o fato que ocorre na atualidade de edição de novas e variadas leis penais de pouca efetividade, mas que possuem importantes funções político-ideológicas, tendo tais normas um caráter simbólico de acalantar a opinião pública e reafirmar os valores da população que se acha amedrontada com as notícias do aumento da violência nas cidades (*A legislação simbólica e expansão do Direito Penal: do caráter simbólico das novas leis penais* – Josiane Corrêa Pires).

O Conselho Editorial espera que os trabalhos apresentados sejam bastante úteis aos operadores do direito e que contribuam com o desenvolvimento da ciência jurídica aqui tratados em seu caráter interdisciplinar.

A realização desta obra deve-se ao trabalho de todos que participam das diversas fases do processo de edição, sejam os autores, os conselheiros que analisam os textos e todos os servidores que voluntariamente contribuem para o seu aprimoramento até que chegue ao resultado final.

Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub

Coordenadora do Conselho Editorial

A Inadequação do Exame Supletivo em Face da Inobservância da Lei

Ludimila Tavares de Castro Brandão

Analista Processual do MPDFT. Pós-Graduada em Direito Público. Bacharel em Direito.

Resumo: O Poder Público contemplou, na Lei nº 9.394/96, a qual dita as Diretrizes e Bases da Educação, um sistema de ensino que oferece cursos e exames para habilitação e prosseguimento de estudos em caráter regular, sendo certo que o legislador estabeleceu idade mínima de dezoito anos para a conclusão do ensino médio. Ocorre que os Tribunais, ao conceder e confirmar infundáveis mandados de segurança impetrados com o fim de obter provimento jurisdicional que autorize a realização de matrícula e inscrição para realização de exames supletivos por menores de dezoito anos, estão não só afastando a aplicação da lei vigente, como também trazendo inúmeros prejuízos à qualidade de ensino. Diante desse cenário, resta nítido que as Turmas dos Tribunais, ao deixar de aplicar a regra legal, estão reconhecendo de forma implícita a inconstitucionalidade da lei, em estrita violação à cláusula de reserva de plenário, o que subverte o sistema de acesso à educação vigente do país. Sob esse enfoque, insta ressaltar que o Judiciário não pode olvidar que o legislador teve a preocupação em editar um corpo normativo coeso, com regramento próprio, com o fim de evitar desigualdades, bem como propiciar educação àqueles que não a obtiveram em idade própria, além de ter se preocupado também com o pleno desenvolvimento intelectual, mental, emocional e físico dos alunos como pessoas humanas.

Palavras-chave: Exame supletivo. Idade mínima. Inobservância da regra legal. Reconhecimento implícito da inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1 A Inobservância da Lei de Diretrizes Básicas pelo Aplicador do Direito. 2 O Reconhecimento Implícito da Inconstitucionalidade de Norma Infralegal e Violação à Clausula de Reserva de Plenário. 3 Preocupação do Legislador

em um Corpo Normativo Coeso. 4 O Desvio de Finalidade dos Exames Supletivos. 5 A Importância do Cumprimento das Etapas no Processo de Educação para Alcançar o Nível Superior. 6 Conclusão. Referências.

Introdução

O reflexo das decisões prolatadas em repetitivos e infundáveis mandados de seguranças, impetrados com a finalidade de obter autorização para realização de exames supletivos por menores de dezoito anos, tem afastado não só o cumprimento da legislação vigente, como sobretudo trazido ameaças à qualidade de ensino.

É cada vez mais habitual jovens estudantes, em razão de aprovação em concurso vestibular de alguma faculdade ou universidade, impetrarem mandado de segurança com o fim de obter provimento jurisdicional que os autorize a efetuar matrícula e inscrição para realização de exames supletivos, sem que tenham completado a idade mínima legal de dezoito anos.

Ora, não resta a menor dúvida de que a via judicial tem se constituído um canal alternativo de acesso a instituições para estudantes que, ao ser aprovados no vestibular, não reúnem as condições necessárias para o ingresso no nível superior (FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2011).

Nesse contexto, relevante assinalar que, atualmente, tramitam no Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), aproximadamente 160 ações de candidatos aprovados no vestibular as quais buscam, por via judicial, compelir as suas instituições de ensino a emitir certificados de conclusão de ensino médio com

a finalidade de futuro ingresso em instituição de nível superior (FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2011). Embora os tribunais não enfrentem esta realidade, é inegável que o aumento significativo de propositura de demandas judiciais por candidatos aprovados no vestibular que não concluíram o ensino médio decorre da infundada inobservância da lei pelo próprio aplicador do direito, consoante será demonstrado a seguir.

1 A Inobservância da Lei de Diretrizes Básicas pelo Aplicador do Direito

Com efeito, o legislador preocupou-se em estabelecer requisitos para permitir a inscrição de aluno em exame supletivo, a qual somente pode ser autorizada quando ele for maior de 18 anos, associado ao pressuposto de não ter tido acesso aos estudos ou à continuidade destes, no ensino médio, na idade própria (BRASIL, 1996).

Permitir interpretação contrária significa violação expressa e direta tanto ao art. 38, § 1º, II, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes Básicas), bem como às Resoluções regulamentares expedidas pelo Conselho de Educação do Distrito Federal, as quais vedam expressamente a realização do exame supletivo por menores de 18 anos. Vejamos:

Art. 38. Os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular.

§ 1º Os exames a que se refere este artigo realizar-se-ão:

I - no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quinze anos;

II - no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos. (BRASIL, 1996, grifo nosso.)

Art. 31. As idades mínimas para inscrição em exames supletivos são as seguintes:

I - para realização de exames de conclusão do ensino fundamental, a de 15 anos completos até a data do encerramento das inscrições;

II - para realização de exames de conclusão do ensino médio, a de 18 anos completos até a data do encerramento das inscrições.

[...]

Art. 35. A matrícula e a conclusão de curso supletivo devem obedecer ao seguinte:

I - em nível de ensino fundamental - a partir de 14 anos para matrícula e a partir de 15 anos completos para conclusão do curso;

II - em nível de ensino médio - a partir de 17 anos para matrícula e 18 anos completos para conclusão do curso. (DISTRITO FEDERAL, 2001, grifo nosso.)

Art. 23. A educação de jovens e adultos destina-se aos que não tiveram acesso à escolarização do ensino fundamental e médio na idade própria e poderá ser oferecida sob diferentes formas de organização, por instituições educacionais credenciadas.

§ 1º A educação de que trata o caput deverá observar as disposições gerais da educação básica e considerar características, interesses, condições de vida e de trabalho do público-alvo.

§ 2º O Poder Público do Distrito Federal assegurará, gratuitamente, a jovens e adultos, oportunidades educacionais apropriadas nos termos do parágrafo anterior.

Art. 24. O Sistema de Ensino do Distrito Federal admitirá cursos e exames supletivos para jovens e adultos, nos termos do art. 38 da lei n. 9.394/96, que compreenderão a Base Nacional Comum dos currículos do ensino fundamental e médio, habilitando ao prosseguimento de estudos, inclusive em caráter regular.

Art. 25. As idades mínimas para inscrição em exames supletivos são:

I - para realização de exames de conclusão do ensino fundamental, a de quinze anos completos até a data da primeira prova;

II - para realização de exames de conclusão do ensino médio, a de dezoito anos completos até a data da primeira prova.

§ 2º O direito dos menores emancipados para os atos da vida civil não se aplica à prestação dos exames supletivos.

[...]

Art. 28. A matrícula e a conclusão de curso supletivo devem obedecer:

I - no ensino fundamental - a partir de quatorze anos para a matrícula e a partir de quinze anos completos para a conclusão do curso;

II - no ensino médio - a partir de dezessete anos para a matrícula e dezoito anos completos para a conclusão do curso.
(DISTRITO FEDERAL, 2003, grifo nosso.)

Ocorre, contudo, que os tribunais, embora cientes da restrição legal imposta pela lei, mitigam sua aplicação, com amparo no argumento de que a aprovação no exame vestibular anteriormente ao término do ensino médio seria uma prova hábil a demonstrar a capacidade já atingida pelo estudante para iniciar em curso de nível superior, de forma a homenagear o art. 208, V, da Carta Magna, o qual assegura acesso aos níveis mais elevados de ensino, conforme a capacidade de cada um (BRASIL, 1988).

Tal entendimento, entretanto, não merece prevalecer, seja porque não há campo interpretativo na dicção literal da aludida norma infraconstitucional, seja porque tal entendimento dependeria de formal declaração da inconstitucionalidade da norma de regência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o que nunca ocorreu nem vem ocorrendo.

Ademais, o simples fato de o aluno ser aprovado em vestibular não o habilita a completar o curso na modalidade Escola de Jovens e Adultos antes de 18 anos de idade, sendo certo que não se trata de questionar sua capacidade, mas deixar claro que não cabe ao Judiciário se sobrepor às normas impostas aos estudantes em geral.

Diante desse cenário, é indubitável que a regra legal vem sendo claramente afastada de forma ilegal pelas Turmas TJDFT, em controle de constitucionalidade em concreto que não são competentes para exercer, o que subverte completamente o sistema de acesso à educação vigente no país.

2 O Reconhecimento Implícito da Inconstitucionalidade de Norma Infralegal e Violação à Cláusula de Reserva de Plenário

Como exposto, as turmas dos tribunais estão afastando a aplicação do art. 38, § 1º, II, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes Básicas), argumentando à luz da Constituição, sem, contudo, declarar a inconstitucionalidade do dispositivo afastado.

Tal entendimento significa afastar a aplicação do art. 38, § 1º, II, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes Básicas), o que implica o reconhecimento implícito da inconstitucionalidade da aludida norma, sendo certo ser matéria adstrita ao exame do plenário ou de órgão especial dos tribunais.

Sob esse aspecto, relevante mencionar que o artigo 97 da CF/88 estabelece que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais

declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”, o que se denomina de cláusula de reserva de plenário (BRASIL, 1988).

Sobre a necessidade da maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pertinente os esclarecimentos de Marcelo Caetano, citado pelo Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento do RE 190.725-8/PR, *verbis*:

[...] a exigência de maioria qualificada para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto e, portanto, salte aos olhos de um grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado. Sendo atingida a majestade da lei a qual, em princípio, se beneficia da presunção de estar de acordo com a Constituição, é necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável e não brote de qualquer escassa maioria [...]. Essa exigência, por outro lado, acautela contra uma futura variação de jurisprudência no mesmo Tribunal. Assim, a inconstitucionalidade tem de ser declarada pelos votos conforme de um número de juízes equivalente a metade mais um dos membros do Tribunal ou órgão competente nele formado. (CAETANO, 1978).

Ainda, a despeito sobre o tema, confira-se o teor do seguinte aresto prolatado pela Suprema Corte Federal:

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA JURÍDICA. Art. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- A declaração de constitucionalidade de norma jurídica incidenter tantum, e, portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o juiz, ou o tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida por inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de

inconstitucionalidade de uma norma jurídica *incidenter tantum* quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de uma norma jurídica a ser declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no artigo 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro. No caso, não se observou esse dispositivo constitucional Recurso Extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, 1998).

Ressalta-se, portanto, que a regra do referido art. 97 trata-se de verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público (LENZA, 2011). A propósito, restou consignada a Súmula Vinculante nº 10 do STF, nos seguintes termos:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte. (BRASIL, 2008).

Isto posto, é patente que os juízes de direito e os nossos tribunais, ao conceder e confirmar inúmeros mandados de segurança no sentido de autorizar a realização de exames supletivos por menores de dezoito anos, estão julgando contra norma expressa do art. 38, § 1º, II, da Lei nº 9.394/96 e, por conseguinte, reconhecendo implicitamente a inconstitucionalidade de referida norma infralegal, em estrita inobservância à Súmula Vinculante nº 10 do STF (BRASIL, 2008).

Logo, faz-se necessário que o Conselho Especial, único órgão colegiado competente para declarar a inconstitucionalidade em concreto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, aprecie e julgue, por meio de controle *incidenter tantum* de constitucionalidade, a inconstitucionalidade ou não do art. 38, § 1º, II, da Lei nº 9.394/96, a fim de equacionar o entendimento ilegal aplicado pela jurisprudência pátria.

3 Preocupação do Legislador em um Corpo Normativo Coeso

É oportuno ressaltar que a Constituição Federal fixa a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV). Ademais, o artigo 24 da Carta Magna também prevê regras de competência concorrente entre a União, Estados e o Distrito Federal, dentre as quais se destaca o inciso IX, que trata da educação, cultura, ensino e desporto (BRASIL, 1988).

Ora, sabe-se que, no âmbito da competência concorrente, a União encontra-se adstrita ao estabelecimento de normas gerais, cabendo aos Estados e ao DF suplementá-las por meio de suas próprias leis (artigo 24, §2º da CF/88) (BRASIL, 1988).

Desta forma, o legislador federal determinou que tais exames devessem ser feitos, para a conclusão do ensino médio, apenas a partir dos 18 (dezoito) anos de idade (BRASIL, 1996). Em verdade, trata-se de presunção legislativa de que, completados os 18 (dezoito) anos, poderia o estudante optar por concluir o

ensino médio em um sistema de ensino diverso do regularmente oferecido pela rede pública de ensino.

É certo que o legislador, ao determinar a idade mínima de 18 anos para a conclusão dos exames supletivos (BRASIL, 1996), preocupou-se em um corpo normativo coeso, com regramento próprio, exatamente com o fim de evitar e proibir excessos por parte de menores de idade que têm tempo e condições de concluir o ensino médio normalmente.

Nessa seara, relevante esclarecer que a legislação de regência da matéria (Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação) contempla dispositivos (art. 21, incisos I e II; art. 35, inciso I; art. 24, inciso V, alínea “c” e art. 47, §2º) que permitem a conclusão mais célere do ensino médio com base no rendimento escolar e nos conhecimentos individuais dos alunos. A mesma norma, como era de se esperar, fixa os limites de tal faculdade de forma precisa e direta. Veja-se, a propósito, o teor dos dispositivos mencionados:

Da Composição dos Níveis Escolares

Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior.

[...]

Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

[...]

V - a verificação do rendimento escolar observará os seguintes critérios:

[...]

c) possibilidade de avanço nos cursos e nas séries mediante verificação do aprendizado;

d) aproveitamento de estudos concluídos com êxito;

[...]

VII - cabe a cada instituição de ensino expedir históricos escolares, declarações de conclusão de série e diplomas ou certificados de conclusão de cursos, com as especificações cabíveis.

[...]

Seção IV

Do Ensino Médio

Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades:

I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;

[...]

Seção V

Da Educação de Jovens e Adultos

Art. 37. A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.

§ 1º Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do aluno, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.

§ 2º. O Poder Público viabilizará e estimulará o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si.

CAPÍTULO IV

DA EDUCAÇÃO SUPERIOR

[...]

Art. 47. Na educação superior, o ano letivo regular, independente

do ano civil, tem, no mínimo, duzentos dias de trabalho acadêmico efetivo, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver.

[...]

§ 2º Os alunos que tenham extraordinário aproveitamento nos estudos, demonstrado por meio de provas e outros instrumentos de avaliação específicos, aplicados por banca examinadora especial, poderão ter abreviada a duração dos seus cursos, de acordo com as normas dos sistemas de ensino. (BRASIL, 1996).

Verifica-se, pois, que o legislador, ao prever dispositivos que permitem a conclusão mais célere do ensino médio com base no rendimento escolar e nos conhecimentos individuais dos alunos, bem observou o comando constitucional previsto no art. 208, V, da Carta Magna, o qual assegura acesso aos níveis mais elevados de ensino, conforme a capacidade de cada um (BRASIL, 1988).

Desta feita, imperioso dizer que o legislador, ao vedar expressamente a realização de exame supletivo de ensino médio por menores de dezoito anos (BRASIL, 1996), não teve o fim de impedir que menores de dezoito obtenham certificado de conclusão de ensino médio. Pelo contrário, a regra programática inscrita no inciso V do art. 208 da Constituição Federal assegura aos estudantes o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade de cada um (BRASIL, 1988), desde que o façam pelas vias comuns, e não por meio de exames supletivos, destinados a adultos.

Nessa linha, é a jurisprudência recente e pacífica do Tribunal Regional da 1ª Região, verbis:

ADMINISTRATIVO. ENSINO. COMPETENCIA. JUSTIÇA FEDERAL. MATRÍCULA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. NECESSIDADE DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de dirigente de estabelecimento de ensino superior privado, por se tratar atividade delegada do Poder Público. Precedentes da Corte.

2. A regra inscrita no inciso V do artigo 208 da Carta Constitucional de fato assegura o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade de cada um, mas tal acesso somente se faz possível depois de vencidas as etapas de ascensão educacional, tanto assim que na regulamentação infraconstitucional da matéria é expresso o inciso II do artigo 44 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, em só permitir o ingresso, no ensino superior, àqueles estudantes que concluíram o ensino médio ou equivalente e foram aprovados em processo seletivo no qual é aferida essa capacidade intelectual individual.

3. Hipótese em que o impetrante não comprovou a conclusão do ensino médio anterior à época da matrícula, cabendo-lhe tão somente, a ressalva dos créditos já cumpridos.

4. Recurso de apelação não provido. (BRASIL, 2011b).

Logo, infere-se que a vedação imposta no art. 38 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação não foi criada isoladamente, mas atrelada aos objetivos descritos no art. 37 da mesma Lei, de modo a propiciar educação àqueles que não a obtiveram na idade própria, em observância ao princípio constitucional da isonomia.

4 O Desvio de Finalidade dos Exames Supletivos

A excepcional autorização legislativa, ora idealizada com o propósito de facilitar a inclusão educacional daqueles que não tiveram a oportunidade em tempo próprio - infelizmente, realidade

comum em nosso país - e promover a cidadania, vem sendo desnaturada cotidianamente por estudantes do ensino médio que visam a encurtar sua vida escolar de maneira ilegítima, burlando as diretrizes legais (BRASIL, 2011a).

Há que se ressaltar que os exames supletivos fazem parte de uma modalidade de oferta de educação destinada a “Jovens e Adultos” para o ensino fundamental e médio, consistindo em esforço estatal para oportunizar aos que não tiveram acesso aos estudos em tempo ordinário cursá-los em regime especial ou, ainda, ensejar a continuidade destes na idade própria (artigo 37 da Lei nº 9.394/96), para concluí-los mais rapidamente (BRASIL, 1996).

Vê-se que o legislador, ao criar o art. 38 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, visou principalmente a assegurar a aplicação do princípio constitucional da isonomia, como bem pontuado pela promotora de justiça do MPDFT Tânia Regina Fernandes Gonçalves Pinto, em sua obra sobre A Banalização do Ensino Supletivo - Desigualdade Levada às Últimas Consequências, verbis:

Aplicação do Princípio Constitucional da Isonomia

A norma do artigo 38 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação visa principalmente promover a isonomia, princípio constitucional.

Para o aluno adulto, com dezoito anos ou mais, que ainda está cursando o ensino fundamental ou o ensino médio, foi criado o ensino supletivo, como o próprio nome já indica, para suprir uma deficiência, a deficiência do retardo no tempo.

É uma oportunidade para o adulto recuperar no todo ou em parte

o tempo perdido e poder diminuir a desigualdade existente entre ele e outro adulto da mesma idade, que já concluiu o ensino médio e já pleiteia postos de trabalho qualificado. Funciona de maneira semelhante à política de cotas para negros. Oferece-se a vaga para o negro de uma forma facilitada a fim de diminuir a desigualdade existente.

À lei é permitido desigualar para corrigir o prejuízo fático de uma dada realidade. Utilizada com esta finalidade a lei torna-se um instrumento de aplicação da igualdade. Algumas vezes o legislador está obrigado a autorizar medidas concretas que equalizem as diferenças que afrontam a dignidade da pessoa humana. Por vezes é necessário até uma conduta positiva, uma ação afirmativa, como por exemplo o sistema de cotas para minorias e outros destinatários.

Ocorre que os alunos tardios, assim considerados aqueles que não concluíram o ensino fundamental até 15 (quinze) anos e o ensino médio até os 18 (dezoito) anos, vivem uma realidade de desigualdade. Especialmente os que já têm dezoito anos já estão concorrendo a postos de trabalho remunerado. Por óbvio estarão em franca desvantagem em relação aos que já possuem escolaridade média. *Não há como, pois, oferecer ao estudante que não é aluno tardio, a oportunidade de fazer supletivo e prestar exames supletivos tornando maior ainda a distância que há entre estes estudantes e os alunos tardios. Estar-se-ia na contramão da igualdade, desestimulando os alunos tardios de prosseguir lutando por se educar.* (PINTO, 2005, grifo nosso).

Acrescente-se que os princípios constitucionais referentes à Educação e à LDB devem sofrer interpretação benéfica em relação ao aluno tido como hipossuficiente, tido como aquele que não conseguiu cursar o ensino fundamental e/ou médio de forma regular.

Nesse sentido, necessário salientar que os exames supletivos não conferem aos alunos o mesmo conhecimento proporcionado pelo ensino regular, pois as aulas são condensadas e os programas

das disciplinas, resumidos. Ou seja, a excepcionalidade de tal sistema é patente e deve ser utilizado tão somente para conferir a alunos deficitários oportunidade de regularizar seus estudos e se capacitar para uma vida laboral mais condigna.

É por isso que o sistema só é adequado àqueles que, por diversas razões, não puderam frequentar a escola na idade correta e que ainda precisam conciliar o estudo com o trabalho; e não aos estudantes que cursavam o ensino médio regularmente, em idade própria, e que, em razão de aprovação no vestibular, resolvem prestar exames supletivos apenas para satisfazer os seus próprios interesses.

A esse respeito, vem se posicionando o TJDF, sendo meramente exemplificativas as seguintes ementas abaixo colacionadas:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME SUPLETIVO. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. IDADE MÍNIMA. DEZOITO ANOS.

I - O EXAME SUPLETIVO PARA O ENSINO MÉDIO FOI CRIADO PRECISAMENTE PARA OS MAIORES DE 18 ANOS, QUE NÃO TIVERAM OPORTUNIDADE DE FREQUENTAR O ENSINO REGULAR.

II - NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO (DISTRITO FEDERAL, 2008, grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXAME SUPLETIVO. ENSINO MÉDIO. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. IDADE MÍNIMA.

I - O exame supletivo para o ensino médio foi criado precisamente

para os maiores de 18 anos, que não tiveram oportunidade de frequentar o ensino regular:

II - O curso supletivo não se presta para violação transversa da exigência de conclusão regular do ensino médio para acesso ao ensino superior, mediante a simples inscrição e realização das provas para obtenção do certificado, mormente quando ainda não atingida a idade mínima legal.

III - Negou-se provimento ao recurso. (DISTRITO FEDERAL, 2011b, grifo nosso).

Na mesma linha de entendimento, o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu no seguinte julgado que é inadmissível a subversão da teleologia do exame supletivo que foi concebido para aqueles que não lograram concluir o Ensino Médio após completarem 18 anos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO. EXAME SUPLETIVO. APROVAÇÃO NO VESTIBULAR. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. De acordo com a Lei 9.394/96, a inscrição de aluno em exame supletivo é permitida nas seguintes hipóteses: a) ser ele maior de 18 anos e b) não ter tido acesso aos estudos ou à continuidade destes, no ensino médio, na idade própria, de sorte que é frontalmente contrária à legislação de regência a concessão de liminares autorizando o ingresso de menores de 18 anos em curso dessa natureza.

2. *É inadmissível a subversão da teleologia do exame supletivo, o qual foi concebido com o escopo de contemplar aqueles que não tiveram acesso ao ensino na idade própria ou, mesmo o tendo, não lograram concluir os estudos, não sendo por outra razão que o legislador estabeleceu 18 (dezoito) anos como idade mínima para ingresso no curso supletivo relativo ao ensino médio.*

3. *Lamentavelmente, a excepcional autorização legislativa,*

idealizada com o propósito de facilitar a inclusão educacional daqueles que não tiveram a oportunidade em tempo próprio, além de promover a cidadania, vem sendo desnaturada dia após dia por estudantes do ensino médio que visam a encurtar sua vida escolar de maneira ilegítima, burlando as diretrizes legais.

4. Sucede que a ora recorrente, amparada por provimento liminar, logrou aprovação no exame supletivo, o que lhe permitiu ingressar no ensino superior, já tendo concluído considerável parcela do curso de Direito.

5. Consolidadas pelo decurso do tempo, as situações jurídicas devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Aplicação da teoria do fato consumado. Precedentes.

6. Recurso especial provido. (BRASIL, 2011b, grifo nosso).

Ocorre, contudo, que a matéria ora enfrentada pelo Judiciário tem deixado de aplicar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional para permitir que menores de 18 anos concluam cursos para formação de jovens e adultos a fim de matriculem-se em instituições de ensino superior para a qual obtiveram aprovação, como se vê do seguinte aresto do TJDF, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO. ENSINO SUPLETIVO. MENOR DE DEZOITO ANOS. POSSIBILIDADE.

Deve ser garantido aos menores de 18 (dezoito) anos, com elevada capacidade intelectual, tanto que aprovados em vestibular da Universidade Federal de Goiás, *o direito de cursarem o ensino supletivo, pois a norma constitucional (art. 208, V) afirma ser a “capacidade” o único requisito para o acesso aos níveis mais elevados de ensino.* (DISTRITO FEDERAL, 2009c, grifo nosso).

Dessarte, esse entendimento, além de ilegal, enfoca o ensino médio como mera ferramenta de acesso aos cursos superiores, de forma a esvaziar todo o planejamento concebido pelo legislador e implementado pela Administração para proporcionar aos cidadãos seu crescimento, a tempo e modo definidos de acordo com o desenvolvimento psíquico e intelectual do ser humano.

5 A Importância do Cumprimento das Etapas no Processo de Educação para Alcançar o Nível Superior

Com efeito, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, de 1996, ao estabelecer como regra a necessidade de os alunos cumprirem etapas para alcançar o ensino superior, preocupou-se também com o “pleno desenvolvimento intelectual, mental, emocional e físico” dos alunos como pessoas humanas (PINTO, 2005, p. 1).

Isso porque o aprendizado nada mais é que “um processo, informado pelos conhecimentos da pedagogia”, o qual não pode ser interrompido e abreviado, sob pena, repise-se, de resultar em prejuízo não só para os alunos, como também para o sistema educacional pátrio (PINTO, 2005, p. 1).

Sob esse aspecto, vale ressaltar que o ensino em todos os seus graus (fundamental, médio e superior) envolve também sociabilização e amadurecimento, os quais são adquiridos tão-somente com a frequência efetiva dos alunos à escola e com a participação nas atividades escolares propostas.

Em observância a esses fatores, não é possível considerar que a aprovação de um estudante em exame vestibular para uma

das centenas de milhares de vaga oferecidas a cada ano no país seja capaz, por si só, de demonstrar que foram apreendidas todas as habilidades programadas para serem desenvolvidas no ensino médio, tampouco demonstrar a capacidade excepcional do aluno (BRASIL, 2011b).

Não obstante, os estabelecimentos de ensino superior estão cada vez mais incentivando e facilitando o acesso a esta etapa, de forma que já é possível, inclusive, em estabelecimentos de ensino privado, realizar vestibular agendado para o dia que o aluno desejar e até responder as provas pela internet. Diante desse cenário, não pairam dúvidas de que há “uma forte comercialização do ensino e não há incremento” na sua qualidade (PINTO, 2005, p. 7).

Conforme pesquisa realizada no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, instituição ligada ao MEC, o número de cursos de graduação no Brasil cresceu 107% em cinco anos. Em 1998, havia 6.950 cursos e, em 2002, já somavam 14.399 (PINTO, 2005, p. 7).

Ocorre, contudo, que o aumento da quantidade de cursos de nível superior não está sendo acompanhado de proporcional aumento de qualidade de ensino, o que resulta em prejuízo não só para os alunos, como também para o sistema educacional pátrio, como dito alhures.

Não se pode olvidar, assim, que a norma legal, ao estabelecer a idade mínima para realização de exames supletivos (BRASIL, 1996), não afronta o disposto previsto no art. 208, V, da CF (BRASIL, 1988), porquanto a vedação prevista na Lei de Diretrizes

e Bases da Educação, de 1996 - ao impor a idade mínima para realização de cursos supletivos decorre, notadamente, do “ciclo de aprendizagem natural dos jovens” (DISTRITO FEDERAL, 2009b), o qual foi considerado pelo legislador na criação das normas que regem o ensino.

Dessarte, em observância à importância desempenhada pelo ensino escolar no ambiente macro, é com tristes olhares que se vê o Judiciário afastar a excepcional autorização legislativa prevista no art. 38, § 1º, II, da Lei nº 9.394/96 (BRASIL, 1996) e, por conseguinte, contribuir com as apontadas consequências no âmbito da qualidade de ensino.

6 Conclusão

A banalização do ensino supletivo por meio das inúmeras concessões de mandados de segurança reflete uma situação cada vez mais habitual em nosso ordenamento jurídico, o que tem trazido ameaças não só às estruturas das universidades, mas sobretudo ao sistema educacional pátrio, o que deve ser combatido, sob pena de prejuízos indelévels à formação escolar dos alunos.

Ora, a garantia assegurada pelo art. 205, V, da CF (BRASIL, 1988), consistente no acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um, não dispensa a conclusão, pelo candidato, dos níveis fundamentais e médio.

Isso porque o ensino supletivo é um sistema diferenciado, dirigido a uma classe específica, com a função de atender àqueles que não tiveram a oportunidade de frequentar o ensino regular. E, depois, o aluno tem de satisfazer os requisitos legais para concluir

os ciclos de aprendizagem, como a idade mínima de dezoito anos para realizar exame supletivo.

Observa-se, contudo, que a excepcionalidade do ensino supletivo tem sido erroneamente afastada pelas turmas do Poder Judiciário, ao reconhecerem implicitamente a inconstitucionalidade da restrição legal, sendo certo ser matéria adstrita ao exame do plenário ou de órgão especial do Tribunal.

Ressalta-se que a situação excepcional prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação não pode ser adotada como forma de substituição do ensino regular, “a fim de atender ao imediatismo daqueles que buscam reduzir o tempo do nível médio para precocemente ingressar numa faculdade” (DISTRITO FEDERAL, 2006).

É fato que, na atual conjectura, a seleção promovida pelas instituições particulares não visa ao preparo do estudante, mas sobretudo está condicionada a sua capacidade econômica. Logo, para a grande maioria das instituições privadas, pouco importa se o aluno aprovado concluiu ou não o ensino médio, de modo que se faz necessário apenas que mostre condições de arcar com as robustas mensalidades (DISTRITO FEDERAL, 2006).

Assim, a exigência imposta pela lei no que se refere ao ensino supletivo é extremamente razoável, mormente porque vivemos em uma época em que o ensino superior “transformou-se em lucrativo negócio”, de modo que as faculdades, na ânsia de conseguir alunos, realizam vestibulares que praticamente não aferem o conhecimento dos candidatos (DISTRITO FEDERAL, 2005).

Desta feita, é inaceitável admitir a alegação de que, aprovado no vestibular, o aluno, ainda que não tenha dezoito anos, demonstrou capacidade e maturidade para ingressar em curso superior.

É curial, portanto, que o Judiciário, juntamente com a sociedade, se conscientizem que o ensino médio não se trata apenas de um “mero propulsor para o vestibular”, mas sobretudo considerar que constitui “uma etapa importante do sistema educacional, para consolidar conhecimentos e alcançar maturidade” (DISTRITO FEDERAL, 2008).

Title: The Inappropriateness of the Supplementary Examination Due to the Failure to Comply with of Law

Abstract: Brazilian Law 9.394/96 dictates the Guidelines and Bases of Education and it establishes the minimum age of eighteen years old to complete high school. When the Judicial Court grant countless writs of mandamus, which assure the enrollment of people under eighteen in equivalent exams courses, it contributes to a reduction of the quality of Brazilian education. It also shows the Court failing while applying the Law “C it recognizes the unconstitutionality of the Law itself. The Judiciary has to concern with the full intellectual, mental, emotional and physical development of students as human beings and the emphasis is that the judiciary should not forget that the legislature was concerned in editing a cohesive body of standards, in order to avoid inequalities and providing education to those who did not receive it in the proper age.

Keywords: Supplementary examination. Minimum age. The failure to comply with of Law. Implicit recognition of unconstitutionality.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 22 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1262673/SE. Segunda Turma. Recorrente: Y.B.F. Recorrido: Colégio Appogeu Ltda. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 18 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 179.170/CE. Primeira Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 30 out. 1998. p. 15.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula n. 10. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, n. 172/2008, 12 set. 2008, p. 33. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0015591-17.2002.4.01.9199/MT. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira

Alves, Juiz Federal convocado Marcos Augusto de Sousa. *Diário da Justiça Federal da Primeira Região*, Brasília, DF, 8 ago. 2011. p. 73.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Conselho de Educação do Distrito Federal. *Resolução nº 1/2001*. Brasília, DF, 13 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.conselhodeeducacao-df.com.br/documentos/resolucoes/resolucoes/Resolucoes2001/RESOLU%c7%c3O%20N%201%20-%202001.doc>>. Acesso em: 22 abr. 2012.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Conselho de Educação do Distrito Federal. *Resolução nº 1/2003*. Brasília, DF, 26 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.conselhodeeducacao-df.com.br/documentos/resolucoes/resolucoes/Resolucoes2003/FINAL-Resolu%e7%e3o%201-2003-CEDF%20-%20aprovada%20em%2026.8.2003.doc>>. Acesso em: 22 abr. 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento no 20110020039142. Sexta Turma Cível. Agravante: Felipe Pereira de Almeida. Agravado: CETEB Centro de Ensino Tecnológico de Brasília. Relator: José Divino de Oliveira. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 26 maio 2011. p. 162.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento no 20080020097664. Sexta

Turma Cível. Agravante: M.B.P. Agravado: Centro de Ensino Tecnológico de Brasília - CETEB. Relator: José Divino de Oliveira. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 105, 9 set. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível no 2008011155213-2. Segunda Turma Cível. Apelante: L.C.C.B. Apelada: Diretora do Centro de Ensino Tecnológico de Brasília - CETEB. Relator: Demétrius Gomes Cavalcanti. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 14 set. 2009. p. 163.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível no 2008011088493-6. Sexta Turma Cível. Apelante: G.B.A. Apelada: Diretora do Centro de Ensino Tecnológico de Brasília - CETEB. Relator: Rômulo de Araújo Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 4 mar. 2009. p. 158.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível no 20040110968019. Sexta Turma Cível. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado: G.B.M e outros. Relator: Jair Soares. *Diário da Justiça, Brasília*, DF, 6 out. 2005. p. 102.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível no 20040111081257. Segunda Turma Cível. Apelante: S.S.C. Apelado: Diretor do Colégio Integrado Polivalente. Relator: J.J. Costa Carvalho. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24 ago. 2006. p. 111.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Remessa de Ofício no 20080110125232. Primeira

Turma Cível. Autor(es): Lorena Damásio Cardoso e outros. Réu: Centro de Ensino Tecnológico de Brasília - CETEB. Relator: Natanael Caetano. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 fev. 2009. p. 51.

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Procuradoria Jurídica. *Memorando n. 1013/2011 – FUB/PJU/LCS*. Brasília, DF, 16 ago. 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, Tânia Regina Fernandes Gonçalves. A banalização do ensino. *Correio Braziliense*, Brasília, 28 nov. 2005. Caderno Direito e Justiça, p. 1.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BRANDÃO, Ludimila Tavares de Castro. A inadequação do exame supletivo em face da inobservância da lei. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 6, p. 11-37, 2012. Anual.

Submissão: 30/04/2012

Aceite: 10/07/2012

O Ministério Público como Cláusula Pétreia - Análise à Luz da Proposta de Emenda Constitucional 75 de 2011

Raquel Ediane Rodrigues

Advogada. Pós-Graduada pela FESMPDFT.

Resumo: O Ministério Público, à luz do neoconstitucionalismo, foi consagrado por nossa Magna Carta como Instituição permanente essencial na defesa da cidadania e da democracia, bem como na efetivação da ordem social justa. Além do mais, o Ministério Público desempenha uma função indispensável à efetivação dos direitos fundamentais, pois nosso ordenamento tem como um dos valores supremos a dignidade da pessoa humana, o que atribui à instituição *status* de cláusula pétreia. Não podendo ser suprimido nem restringido pelo Poder Constituinte Derivado. Recentemente foi proposta a Emenda Constitucional nº 75, que pretende acabar com a vitaliciedade dos membros do Ministério Público, possibilitando sua demissão por decisão administrativa do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Uma vez que se trata de uma instituição permanente responsável pela defesa da ordem jurídica e do regime democrático, qualquer tentativa de reforma constitucional que vier a suprimir o Ministério Público da Constituição, como ocorre com a PEC 75, culminaria na supressão do próprio regime democrático, da ordem jurídica e dos direitos fundamentais. Retirar as garantias dos membros do Ministério Público seria o mesmo que retirar da sociedade alguns direitos a ela garantidos constitucionalmente, pois é justamente por meio dessas garantias constitucionais que ele vai proteger a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos fundamentais constitucionais. Sem esse instrumental garantido constitucionalmente, restam prejudicadas todas as finalidades atribuídas ao Ministério Público. Portanto, a PEC 75 esbarra nos limites materiais de reforma impostos por nossos constituintes de 1988, o que a torna inconstitucional.

Palavras-chave: Ministério Público. PEC. Cláusulas pétreas. Garantias e vitaliciedade.

Sumário: Introdução. 1 O Ministério Público. 1.1 Funções Institucionais do Ministério Público. 1.2 Princípios Institucionais do Ministério Público. 1.3 Garantias e Vedações. 2 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 2.1 Os Direitos Fundamentais como Cláusulas Pétreas. 2.2 Limitações ao Poder Constituinte Reformador. 2.3 Cláusulas Pétreas Explícitas e Implícitas. 3 O Ministério Público como Cláusula Pétreas. 3.1 O MP e suas Garantias são Cláusulas Pétreas. 3.2 O Ministério Público à Luz do Neoconstitucionalismo. 3.3 O Controle Externo do Ministério Público. 4 A Proposta de Emenda à Constituição nº 75/2011. 4.1 Aspectos da PEC 75. 4.2 Violação ao Princípio da Vitaliciedade do Ministério Público. 4.3 A Inconstitucionalidade da PEC 75. 4.4 O Risco de Supressão do Órgão Ministerial. 5 Conclusão. Referências.

Introdução

A importância das garantias institucionais concedidas ao *Parquet* é relevante não apenas para os membros do Ministério Público (MP), mas para o papel social que a Instituição desempenha na sociedade, com repercussões de ordem jurídica e sociológica, principalmente com o papel delegado ao MP no pós-neoconstitucionalismo. O MP, a partir da Constituição Federal (CF) de 1988, tornou-se guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos fundamentais, e, para exercer com efetividade seu mister, o constituinte de 1988 entendeu necessário dotar seus membros de algumas garantias, com intuito de que os promotores possam exercer com imparcialidade uma das mais nobres funções atribuídas pelo Estado.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 75 propõe acabar com o princípio da vitaliciedade dos membros do Ministério Público, mediante a demissão administrativa por meio do

CNMP. Entretanto, essa PEC é apontada como inconstitucional, por violar o caráter perpétuo da Instituição, já que o Ministério Público tornou-se imprescindível aos direitos basilares de um Estado Social Democrático de Direito. Essa Proposta, caso seja aprovada, poderá ocasionar a supressão paulatina do Ministério Público, já que seria um precedente para acabar com as demais garantias concedidas ao *Parquet*, causando, com isso, prejuízos devastadores à sociedade, pois essa é uma instituição fundamental na efetivação dos direitos sociais previsto em nossa Magna Carta.

Serão abordados pontos considerados subsídios fundamentais para a compreensão da proposta de conhecer o Ministério Público e suas garantias como cláusulas pétreas, para, com isso, podermos inserir o MP como instituição permanente e indispensável à efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos pelo Constituinte de 1988. Garantindo, assim, a dignidade da pessoa humana e a preservação do regime democrático como causas precípuas de nosso Estado. Desse modo, o estudo não esgotará o tema em torno do caráter permanente do MP, o que confere *status* de cláusula pétrea à instituição e às suas garantias previstas constitucionalmente.

1 O Ministério Público

O Ministério Público surgiu ao longo da história da formação das sociedades. Foi evoluindo de forma lenta e progressiva, como resposta às exigências sociais. A doutrina não é unânime quanto à gênese do Ministério Público. A respeito do assunto, Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 39) assegura que “foram, porém, os

textos napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade, daí vindo a ser difundida e modelada a instituição em diversos países”.

No Brasil, as Constituições brasileiras apontavam o Ministério Público de forma dissidente e com muitas variações em seu histórico. O Ministério Público era um órgão atrelado à estrutura do Poder Executivo, por vezes atrelado à estrutura do Poder Judiciário. Somente com a Constituição Federal de 1988 o Ministério Público foi elevado à instituição permanente essencial à justiça e como legítimo defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais homogêneos.

Assim, com nossa atual Magna Carta foi que o Ministério Público se consolidou como instituição fundamental para a preservação do Estado democrático e essencial à função jurisdicional e à efetivação dos interesses sociais. A Constituição de 1988 trouxe ainda um dos pontos mais marcantes do Ministério Público: tornou-o independente da estrutura dos três tradicionais Poderes da União, o que possibilitou ao MP o efetivo exercício de suas atribuições.

1.1 Funções Institucionais do Ministério Público

Sob a ótica institucional, o Ministério Público não está atrelado ou vinculado à estrutura de nenhum dos poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Portanto, está fora da estrutura tripartite tradicional do Estado. Também não é considerado um quarto poder. Trata-se, como instituição, de um verdadeiro órgão extrapoderes.

O Ministério Público funciona como verdadeira garantia da sociedade civil na defesa dos interesses sociais, individuais homogêneos e indisponíveis. Modernamente, o MP não é apenas o *custus legis* (mero fiscal da lei), mas atua também como *custus societatis* (fiscal e defensor dos direitos da sociedade).

Atualmente o Ministério Público tem ampla autonomia funcional. E com a promulgação da Magna Carta de 1988¹ o Ministério Público foi elevado à instituição indispensável à efetivação da função jurisdicional e do regime social democrático brasileiro (CF/88 art. 127). Quando o Constituinte de 1988 consagrou o MP como instituição permanente quis dizer que ela não poderá ser suprimida do texto constitucional, em função de sua importância na efetivação dos direitos fundamentais, da ordem jurídica e da democracia.

Sendo assim, Cândido Furtado Maia Neto (2000, p. 46) ressalta:

Devemos entender o Ministério Público como instituição permanente à administração geral da justiça, no sentido mais

1 Nesse sentido, importante trazer a baila o preâmbulo da Magna Carta de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade [...]” (BRASIL, 1988, g. n.). Verifica-se que tais direitos são valores supremos, e como tal necessitam de um guardião, no caso o MP, para garantir a sua efetividade. Dessa forma, não pode o órgão que tem como finalidade garantir a preservação dos valores mais supremos de nosso Estado sofrer qualquer restrição no que concerne a sua atividade institucional para manutenção desses valores sob pena de distorcer a vontade de nosso constituinte originário, o que não é admitido em nosso sistema.

amplo, na qualidade de corresponsável pelo processo de democratização e guardião das liberdades públicas e cidadãs; converte os juízos penais autoritários em processos e julgamentos com fins educativos e humanitários, na qualidade de proteção dos Direitos Humanos e dos princípios fundamentais da cidadania. (MAIA NETO, 2000, p. 46).

O Ministério Público, nos moldes atuais, desempenha importante função social em nossa sociedade. Suas atribuições, a partir da Constituição de 1988, foram estendidas além da função meramente acusadora. Hoje, o Órgão ministerial está presente em vários segmentos da sociedade, atuando em programas de prevenção e conscientização da coletividade no que concerne aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O MP tornou-se imprescindível à própria organização democrática de nosso Estado e essencial à função jurisdicional e à defesa dos interesses da coletividade. Com isso, verifica-se que foi vedada ao constituinte derivado qualquer possibilidade de reforma que vise a suprimir a instituição ministerial. A justificativa que se encontra para tal vedação é que, se o Ministério Público for suprimido ou tiver uma ou algumas de suas funções ou prerrogativas restringidas, serão violados, por consequência, os próprios interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como o nosso regime democrático e a atividade jurisdicional.

As finalidades essenciais da instituição estão no artigo 129 da Constituição, que não limita, em regra, a atuação do Ministério Público. Além do mais, a Constituição reconheceu expressamente o caráter essencial do Ministério Público para

a função jurisdicional, por ser a instituição o instrumento de efetivação da lei processual e, por consequência, legitimadora da atuação dos direitos sociais.

Em suma, para que o Novo Ministério Público possa exercer com efetividade suas atribuições constitucionais, faz-se necessário assegurar suas garantias, a fim de dar plenitude ao exercício de tais funções.

1.2 Princípios Institucionais do Ministério Público

São princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Por meio deles é assegurado que os membros de MP possam agir em nome da instituição, e não em nome próprio. Tais princípios são, precipuamente, uma garantia à sociedade de que terá um órgão imparcial na defesa de seus interesses, e desvinculado de qualquer interesse, salvo o interesse da própria sociedade, final destinatária de sua atuação.

O princípio da unidade permite que os membros do Ministério Público integrem um só órgão. Isto é, a manifestação de qualquer um deles terá validade como a manifestação de toda a Instituição. Pelo princípio da indivisibilidade, entende-se que os membros da Instituição podem ser substituídos reciprocamente sem prejuízo do exercício da atividade ministerial.

Segundo o princípio da independência funcional, os membros do Ministério Público, no exercício de suas atribuições, estão vinculados apenas a sua consciência jurídica e à lei, ou seja, significa dizer que nenhum órgão ministerial possui subordinação

intelectual em relação a outros órgãos ou a seu superior hierárquico, porque agem em nome da instituição.

1.3 Garantias e Vedações

A Constituição Federal assegurou importantes garantias ao Ministério Público para que pudesse melhor desempenhar suas funções. Essas garantias propiciam ao *Parquet* maior efetividade no exercício de suas atribuições, por ser o MP um órgão de proteção das liberdades públicas e dos direitos indisponíveis, além de guardião da ordem jurídica e do regime democrático.

Dessa forma, o que se espera de tais garantias, em última análise, é assegurar à sociedade a preservação de seus direitos sociais e a manutenção do próprio Estado democrático. Qualquer tentativa de restrição ou supressão das garantias do Ministério Público incorreria em subtração da democracia e dos próprios direitos fundamentais, o que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Nossa Magna Carta, por meio de tais garantias, permitiu o fortalecimento da instituição para que ela pudesse desempenhar suas atividades sem temores ou perseguições. Depois de um longo período subordinado a um dos Poderes de nosso Estado, o Constituinte de 1988 concedeu ao Ministério Público ampla autonomia funcional e desvinculou-o dos demais poderes porque entendeu ser a instituição essencial à preservação da democracia.

Após vastos anos de ditadura militar, em que direitos e garantias dos cidadãos não foram respeitados, nem tão pouco vigeram os princípios democráticos, necessário foi criar mecanismo

para coibir a possibilidade de um possível ressurgimento de governos ditatoriais. O instrumento utilizado para evitar tal retrocesso em nosso Estado foi dotar o Ministério Público como o responsável por assegurar nosso regime democrático e os direitos sociais da coletividade.

Porém, para que o MP possa exercer sua tão elevada função, sabiamente o Constituinte também teve de lhe fornecer os instrumentos que lhe garantissem desempenhar suas atividades. Esses instrumentos são as garantias da instituição previstas na Constituição de 1988 com *status* de cláusulas pétreas. A esse respeito, eis a precisa observação de Hugo Nigro Mazzilli (2001, p. 269):

A Constituição de 1988 trouxe para o Ministério Público nacional notáveis avanços institucionais, seja no campo de suas garantias, seja no de suas atribuições. [...] conferiu relevantes garantias e predicamentos à instituição e a seus agentes, para melhor assegurar o cumprimento de suas funções.

Afora as garantias conferidas à própria instituição, que por certo repercutem em seus membros [...] outras há que, por sua vez, se prendem mais diretamente aos seus agentes, beneficiando a instituição de modo reflexo (independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios).

O fundamento desses predicamentos da instituição e de seus agentes, por evidente, não é constituir uma casta privilegiada de funcionários públicos, e sim e tão-somente assegurar a alguns agentes do Estado, apenas em razão das funções que exercem, garantias para que efetivamente possam cumprir seus misteres, em proveito do próprio interesse público. (MAZZILLI, 2001, p. 269).

Portanto, as garantias dadas aos membros do Ministério Público poderão ser ampliadas, mas jamais suprimidas sob pena de serem subtraídos, por conseguinte, o próprio regime democrático e os direitos fundamentais. Hugo Nigro Mazzilli (2001, p. 271) destaca que “[...] as garantias do Ministério Público e de seus agentes são, antes de tudo, e desde que bem utilizadas, verdadeiras garantias da coletividade”.

O texto constitucional enumera as seguintes garantias (Art. 128, § 5º, I): *vitaliciedade* após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; *inamovibilidade*, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; *irredutibilidade de subsídio* fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I.

Nossa Constituição prevê um rol de proibições aos membros do Ministério Público, em seu art. 128, § 5º, II. Essas vedações têm como escopo fortalecer o MP, uma vez que tais hipóteses podem pôr em risco a autonomia da instituição. Dessa forma, qualquer limitação à manifestação do *Parquet* deverá advir do próprio texto constitucional, por ser ele o diploma legal a lhe atribuir sua legitimidade funcional.

2 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

Podemos citar como uma das grandes conquistas dos povos civilizados a necessidade de se reconhecer segurança jurídica pautada em uma Lei Suprema. A vontade de nossa Constituição foi buscar mecanismos de efetividade e garantias dos direitos considerados fundamentais à dignidade humana, sejam eles direitos individuais ou sociais. E, com, isso concretizar os valores basilares de um Estado Social Democrático de Direito, bem como alcançar a segurança jurídica almejada pelos ordenamentos jurídicos das sociedades democráticas.

Nosso país passou por um longo período em que não foram respeitados os direitos básicos de seus cidadãos: a ditadura militar (1964 a 1985). Nessa época os direitos fundamentais foram amplamente supridos em prol de um sistema de hierarquia, obediência e autoritarismo estatal. A população não podia sequer reivindicar seus direitos fundamentais em face do Estado, que tinha como finalidade apenas os interesses da ditadura, ou seja, a manutenção de um regime de exceção.

Após o fim da ditadura militar e com o processo de abertura política, foi necessário criar mecanismos capazes de atender aos anseios sociais na defesa dos valores democráticos de nosso Estado. Para demonstrar as mudanças ocorridas no novo sistema de governo e com o escopo de evitar golpes de qualquer natureza foi que, em Assembleia Constituinte, estabeleceu-se que um dos fundamentos de nosso Estado é a dignidade da pessoa humana e a cidadania (CF art. 1º).

Nossa Magna Carta tornou-se um marco jurídico no processo de redemocratização em nosso país. O constituinte de 1988 outorgou importante significado aos direitos fundamentais. Analisando a questão, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 65) assim leciona:

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter sido ela precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor escala – a ditadura militar que vigorou em nosso país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais. (SARLET, 2011, p. 65).

Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 671) acrescenta que: “O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendentes a suprimi-los (art. 60, § 4º, IV)”.

A fim de se evitar retrocessos e para garantir a própria essência de nosso Estado, a vontade da Constituição deve ser preservada e respeitada. Caso contrário, corre-se o risco de paulatinamente suprimir-se os direitos e garantias dos cidadãos e, por consequência, o próprio Estado Democrático de Direito.

Portanto, os direitos fundamentais formam a base do atual Estado Democrático, uma vez que um Estado que não respeita as

garantias individuais de seus cidadãos não pode ser considerado democrático. E esses regimes totalitários e ditatoriais não são mais admissíveis nos dias atuais de uma sociedade livre.

De nada adianta criar direitos se o Estado não assegurar um mecanismo para a efetivação desses direitos. A Constituição de 1988 atribuiu ao Ministério Público a função de guardião da ordem jurídica, da democracia e dos direitos fundamentais. Segundo Paulo Gonet Branco (2011, p. 1041), “a instituição foi arquitetada para atuar desinteressadamente na prossecução dos valores mais encarecidos da ordem constitucional”.

O Ministério Público, portanto, tornou-se entidade fundamental para garantir a preservação dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, ou seja, o MP é indispensável à própria concretização dos direitos fundamentais. Nessa linha, bem adverte Bruno Calabrich (2008, p. 628) de que “a proteção dos direitos fundamentais (art. 129 da CF/88) é uma das funções primordiais do Ministério Público”.

No mesmo sentido, Eduardo Ritt (*apud* ROSENVALD, 2008, p. 80) leciona que:

[...] o Ministério Público é “uma verdadeira garantia institucional fundamental, eis que serve como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais e, neste sentido, possui a mesma ‘dignidade jurídico-constitucional’ que os direitos fundamentais”. (RITT *apud* ROSENVALD, 2008, p. 80).

O Constituinte de 1988 elevou os direitos fundamentais ao *status* de cláusulas pétreas por se tratar de direitos essenciais à dignidade da pessoa humana: vida, liberdade, honra, propriedade, privacidade, entre outros. Conforme lembra Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 92):

Não há como olvidar, neste contexto, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental. (SARLET, 2011, p. 92).

Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 26 *apud* ALMEIDA, 2008, p. 31):

No Brasil um amplo grupo de cláusulas superconstitucionais foi estabelecido como cerne inalterável do texto de 1988. O enrijecimento desses dispositivos por força do art. 60, § 4º e incisos, da Constituição constitui uma resposta às diversas experiências autoritárias de nossa história, nas quais os princípios e direitos, agora entrincheirados como cláusulas superconstitucionais, foram sistemática e institucionalmente violados. A adoção dessas cláusulas limitadoras do poder de reforma também parece corresponder a uma alteração do próprio modelo constitucional adotado em 1988. (VIEIRA, 1999, p. 26 *apud* ALMEIDA, 2008, p. 31).

A Constituição reservou em seu Título II² especial dedicação aos direitos e garantias individuais que se encontram vinculados

2 Os Direitos fundamentais estão na Constituição em rol exemplificativo. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes leciona que “também fora do rol dos direitos e

aos princípios e valores de nossa Carta. Para evitar que esses direitos sejam maculados, o Poder Constituinte Originário impôs limitações ao Poder de Reforma a fim de garantir a perpetuidade dos valores expressos em tais direitos.

Sendo assim, os mecanismos que asseguram a efetividade desses direitos fundamentais, conseqüentemente, também devem ser considerados cláusulas pétreas, a fim de se evitar que haja supressão dos próprios direitos fundamentais a serem protegidos. Nesta linha, bem adverte Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 35):

A interpretação, portanto, das garantias e atribuições do Ministério Público como cláusula superconstitucionais deve ser direcionada para proteger a instituição, de modo a fortalecer os seus compromissos constitucionais com a sociedade e com os valores que compõem o regime democrático. (ALMEIDA, 2008, p. 35).

Dessa forma, a leitura dos direitos e garantias fundamentais, assim como dos instrumentos que lhe asseguram em nosso ordenamento jurídico, deve ser feita em consonância de que esses direitos são um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito.

garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantias de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), [...], apenas para mencionar os exemplos mais típicos”. Temos ainda direitos fundamentais fora do texto constitucional, como, por exemplo, os direitos de personalidade que se encontram disciplinados no Código Civil.

2.1 Os Direitos Fundamentais como Cláusulas Pétreas

Conforme já exposto, os direitos fundamentais são considerados, em nosso ordenamento jurídico, cláusulas superconstitucionais, ou seja, são cláusulas pétreas por expressa disposição constitucional. Com efeito, a finalidade da Constituição Federal de eleger os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas foi priorizar as prerrogativas inerentes à dignidade humana face às ingerências estatais que possam colocar em risco à tutela desses direitos. Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 139) aponta em seus ensinamentos que:

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela. (BRANCO, 2011, p. 139).

No mesmo sentido, adverte Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 65):

[...] cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes Constituídos. (SARLET, 2011, p. 65).

Portanto, qualquer proposta de emenda que vise a suprimir, de alguma forma, os direitos fundamentais ou os institutos garantidores desses direitos deverá ser considerada inconstitucional. Não são admissíveis, também, propostas de mudanças legislativas com argumentos superficiais e falaciosos que visem a retirar garantias asseguradas constitucionalmente ao povo como resultado de longos anos de conquista.

Como vem ocorrendo, por exemplo, com a PEC 75, que visa a retirar a vitaliciedade dos membros do Ministério Público, cuja finalidade precípua é assegurar a efetividade dos direitos sociais, da ordem jurídica e da democracia.

Assim, qualquer tentativa de supressão ao guardião do nosso regime democrático, dos direitos e garantias individuais e da ordem jurídica estará suprimindo o próprio Estado, visto serem tais direitos o tripé do atual Estado moderno. Recorrendo mais uma vez à lição de Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 140):

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição.

A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro. (BRANCO, 2011, p. 140).

Dessa forma, os direitos fundamentais não comportam emendas que lhes subtraíam seu conteúdo ou seu âmbito de aplicação, estando caracterizado seu caráter perpétuo por opção

do Constituinte de 1988. De igual modo, sustenta Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 66-67):

De qualquer modo, ficou consagrado um *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” (ou “garantias de eternidade”) do art. 60, § 4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado. (SARLET, 2011, p. 66-67).

Como se vê, o legislador originário consagrou certos valores naturais como absolutos. Valores estes inerentes à condição humana, como a dignidade, manifestados por meio dos direitos fundamentais. Essas garantias dadas à sociedade se submetem a limites jurídicos impostos pelo Constituinte, sob pena de padecer de inconstitucionalidade. Sendo assim, também não poderão ser objeto de emendas que visem a diminuir os institutos garantidores da efetividade dessas garantias fundamentais, sob o risco de incidirem na mesma anomalia: a inconstitucionalidade.

2.2 Limitações ao Poder Constituinte Reformador

O Poder Constituinte Originário delegou ao Poder Constituinte Derivado a legitimidade para realizar alterações no texto constitucional. Contudo, as possibilidades de mudanças foram limitadas pelo Constituinte de 1988. Os limites podem ser de ordem formal ou material. As limitações formais estão relacionadas ao procedimento, disposto pela Constituição,

que deve ser respeitado para a realização de uma emenda à Constituição. Já os limites materiais dizem respeito ao conteúdo eleito pelo Constituinte que não poderá sofrer qualquer subtração por meio de emendas à Constituição.

Os limites materiais são conhecidos também como “cláusulas pétreas explícitas” previstas no § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Além do mais, a doutrina também aponta as chamadas cláusulas pétreas implícitas, ou seja, são as normas que decorrem da própria lógica do sistema constitucional, portanto, seu conteúdo, apesar de não estar disposto no parágrafo 4º do artigo 60, possui caráter perpétuo.

As mudanças constitucionais, mediante emendas à Constituição, devem respeitar a ordem jurídica vigente. Caso contrário, a segurança de nosso ordenamento jurídico corre o risco de sucumbir. Qualquer proposta de Emenda à Constituição ou Projeto de Lei que vá de encontro à ordem jurídica vigente poderá ser objeto de análise da inconstitucionalidade. Entretanto, as cláusulas pétreas poderão ser objeto de emendas desde que seja para melhorar ou ampliar as garantias constitucionais³ previstas nos incisos do § 4º do artigo 60 da Constituição.

Dessa forma, as modificações aos direitos e garantias individuais somente são possíveis para melhorar o texto constitucional, mas nunca serão admitidas emendas tendentes a abolir essas garantias, caso contrário, estaremos diante de uma

3 Podemos citar como exemplo de ampliação de cláusula pétrea a inserção do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 45.

inconstitucionalidade, por não atender às condições impostas pelo Constituinte Originário.

Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 31) destaca a importância das cláusulas pétreas:

As cláusulas pétreas exercem papel de suma importância em uma Constituição democrática e cidadã como é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nelas estão assentadas todas as garantias máximas da sociedade, as quais são protegidas contra o poder reformador. (ALMEIDA, 2008, p. 31).

O objetivo da cláusula pétrea é justamente de evitar que o Poder Constituinte Derivado altere o núcleo irreformável da Constituição determinado pelo Poder Constituinte Originário. Esse núcleo intangível de nossa Carta pode vir expresso, como ocorre no artigo 60, § 4º da Constituição (cláusulas pétreas explícitas) ou em outro dispositivo do texto constitucional (cláusulas pétreas implícitas) que guarda relação com a essência da Constituição.

2.3 Cláusulas Pétreas Explícitas e Implícitas

As cláusulas pétreas podem ser classificadas como explícitas – aquelas dispostas no § 4º do art. 60 da Constituição Federal, e implícitas – aquelas que estão dispostas nos demais dispositivos da Constituição, cujo conteúdo apresenta a característica da perpetuidade por estarem relacionadas ao núcleo básico de nossa Constituição.

Sua função, em nosso ordenamento jurídico é não permitir que os princípios presentes no parágrafo 4º do art. 60 sejam

revogados ou suprimidos. Delimitando, assim, um núcleo que não poderá ser modificado e, ainda, estabelecendo limites às hipóteses de revisão constitucional.

No entanto, não são somente as cláusulas pétreas explícitas que não poderão ser objeto de Emenda à Constituição tendente a abolir ou suprimir qualquer dos conteúdos dispostos no § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Também não poderão ser objeto de tal deliberação as cláusulas pétreas implícitas, visto que estas são uma forma de ampliar a proteção da forma federativa de Estado, do voto (direto, secreto, universal e periódico), da separação dos Poderes e dos direitos e garantias individuais.

Nossa Suprema Corte manifestou entendimento, na ADI 939, de que as cláusulas pétreas não são apenas as dispostas no § 4º do art. 60, da Constituição Federal. O caráter perpétuo, segundo o Supremo Tribunal Federal, é inerente aos direitos básicos do ser humano e à condição da dignidade da pessoa humana, e, por isso, poderá estar disposto ao longo do texto constitucional quando estiverem envolvidos tais valores.

Assim, as cláusulas pétreas (explícitas ou implícitas) garantem maior segurança jurídica ao cidadão, uma vez que asseguram os direitos básicos da sociedade. Além do mais, elas também garantem a manutenção da democracia e da estrutura de nosso Estado. Esses preceitos são de grande importância por tratar dos fundamentos basilares da estrutura do Estado. E sua preservação adquire conotação de relevância imprescindível e fundamental.

Sendo assim, devemos entender que o rol do artigo 60, § 4º da Constituição não é taxativo, e sim exemplificativo, já que o próprio artigo 5º, § 2º da Constituição Federal traz expressamente a possibilidade de outros direitos e garantias individuais que decorram do regime e dos princípios adotados por nossa Carta, além dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte.

Nesse sentido, sendo o MP indispensável à ordem jurídica e guardião do regime democrático e dos direitos fundamentais, conseqüentemente, a garantia de seus membros se encontra amparada pelo manto da perpetuidade que o Constituinte deu às cláusulas pétreas, devendo a Instituição receber o mesmo *status* constitucional: o MP, portanto, é uma cláusula pétrea implícita.

3 O Ministério Público como Cláusula Pétrea

3.1 O MP e suas Garantias são Cláusulas Pétreas

O Ministério Público se consolidou como instituição permanente e essencial ao regime democrático, à função jurisdicional do Estado e à efetivação dos direitos fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988. O Poder Constituinte Originário traduz, por meio da nova ordem jurídica que dá início, o contexto e as necessidades da sociedade de seu tempo. Ao MP foi dado um *status* que anteriormente nenhuma Constituição lhe atribuiu.

O Constituinte de 1988 entendeu pela necessidade de atribuir ao Ministério Público maiores poderes em função de

nosso país ter passado por um vasto período de regime ditatorial em que foram violadas as garantias individuais e a democracia do Estado. Para evitar que tais regimes de exceção pudessem ressurgir, foi necessário criar uma instituição que assegurasse a democracia e os direitos sociais dos cidadãos.

Além do mais, o momento histórico de evolução da instituição, ocorrido em vários países, colaborou para que o Brasil também consolidasse o MP como órgão guardião dos direitos basilares de um Estado democrático. Consoante aduzido por Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 43):

De acordo com a tendência mundial mais recente, define-se hoje a Constituição de 1988 como instituição “essencial à função jurisdicional do Estado”. Com efeito, em *Guidelines on the role of prosecutors*, o VIII Congresso das Nações Unidas sobre a prevenção do crime e tratamento dos delinquentes considerou serem os promotores públicos “agentes essenciais da administração da Justiça”. (MAZZILLI, 2005, p. 43).

Foi para essa função que o MP foi criado, portanto, qualquer interpretação em função da instituição e de seus membros deverá levar em consideração o caráter essencial e permanente que lhe foi conferido.

Nesse sentido, cabe entender que o Ministério Público é, por consequência, uma cláusula pétrea por ser o instituto garantidor do núcleo irreformável da nossa Constituição. Qualquer supressão ao MP, indubitavelmente, resultará em forte tendência a supressões ao regime democrático e aos direitos e garantias individuais,

além de comprometer a função jurisdicional do Estado. Gregório Assagra de Almeida (2011) assegura que:

O art. 127, caput, da CF/88, diz expressamente que o Ministério Público é Instituição permanente. Com base na interpretação lógica e na sua correta e perfeita relação com a interpretação teleológica, verifica-se que a Constituição, ao estabelecer que o Ministério Público é instituição permanente, está demonstrando que a Instituição é cláusula pétrea que recebe proteção total contra o poder reformador, ao mesmo tempo em que impõe a sua concretização social como função constitucional fundamental.

[...]

Não bastasse isso, observa-se que o Ministério Público tem o dever de defender o regime democrático, conforme está expresso no próprio art. 127, caput, da CF. O regime democrático, na sua condição de regime do Estado da cidadania brasileira, é cláusula pétrea, com previsão, inclusive, no art. 60, § 4º, incisos II e IV, da CF/88. Ora, se a Instituição ministerial é defensora do regime democrático, torna-se inquestionável a sua inserção no plano das cláusulas pétreas.

[...]

Ademais, o Ministério Público também é Instituição essencial à Justiça, outra cláusula superconstitucional. Se o Ministério Público é essencial à Justiça e se a Justiça é cláusula pétrea, ele também é cláusula pétrea. (ALMEIDA, 2011).

As atribuições conferidas ao Ministério Público o tornam órgão integrante da base de nosso ordenamento jurídico e de nosso Estado. Logo, as garantias e as atribuições conferidas ao MP também são cláusulas pétreas por serem essenciais à sua função institucional. Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 34), a respeito do tema afirma que:

Os princípios, as atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público conferem a própria dimensão constitucional da Instituição, além de revelarem o seu verdadeiro e legítimo papel social. A supressão ou restrição desses princípios e atribuições representam a supressão e a restrição do próprio Ministério Público em sua dimensão substancial.

O Ministério Público, como Instituição constitucional, é cláusula pétrea. Como consequência, os seus princípios, as suas atribuições e garantias constitucionais, as quais lhe dão dimensão constitucional e revelam o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Essas cláusulas compõem o núcleo de uma Constituição no Estado Democrático de Direito. Por isso, elas não podem ser eliminadas nem restringidas. Todavia, elas podem ser ampliadas. (ALMEIDA, 2008, p. 34).

Sendo assim, o Ministério Público deve ser interpretado à luz das cláusulas pétreas. Qualquer emenda tendente a abolir as garantias ou prerrogativas dos membros do Ministério Público deverá ser oriunda tão somente do Poder Constituinte Originário.

Portanto, qualquer tentativa de supressão do órgão ministerial só será possível pela criação de uma nova ordem jurídica. As emendas tendentes a abolir ou suprimir os poderes conferidos pela Constituição de 1988 ao *Parquet*, bem como as suas garantias e os seus princípios, serão flagrantemente consideradas inconstitucionais por ser o MP uma cláusula pétrea.

3.2 O Ministério Público à Luz do Neoconstitucionalismo

Para melhor entender a importância do Ministério Público nos dias atuais, é necessário fazer uma abordagem do *Parquet* à luz do neoconstitucionalismo. A Constituição de 1988, em consonância com esse novo constitucionalismo, reservou novo

perfil à instituição como guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos fundamentais.

Luiz Roberto Barroso (2007, p. 11-12, 40), dissertando sobre o tema, esclarece o neoconstitucionalismo:

[...]

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

[...]

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2007, p. 11-12, 40).

O neoconstitucionalismo se consolidou no pós-Segunda Guerra, quando houve mudança de paradigma para se reconstruir um novo Direito Constitucional pautado no princípio da dignidade

da pessoa humana e no fim dos regimes totalitários, responsáveis por violações aos direitos fundamentais, vigentes em muitos Estados até então.

Com esse “novo constitucionalismo”, os Estados passaram a promulgar suas Constituições com caráter social e democrático, rompendo com o autoritarismo e enfatizando os direitos humanos de seus cidadãos pela contemplação de princípios jurídicos embaixadores desse novo sistema.

No Brasil não foi diferente, temos como marco do neoconstitucionalismo a abertura política ocorrida em meados da década de 1980 e a promulgação de nossa Magna Carta em 1988, que trouxe como fundamentos a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

O neoconstitucionalismo trouxe maior exigência no que tange a interpretação do Direito Constitucional, a fim de se evitar interpretações distorcidas que possibilitassem acobertar governos a cometerem atrocidades ocorridas em outrora. Essa nova postura possibilitou o desenvolvimento de novos métodos e princípios na hermenêutica constitucional a fim de dar maior efetividade aos verdadeiros valores ditados pelas Constituições, ditas, agora, cidadãs.

Conforme Gregório Assagra de Almeida (2011), o neoconstitucionalismo tem como finalidade dar eficácia à Constituição. Para isso o legislador Originário criou mecanismos de efetivação dos valores de nossa Carta. Entre esses mecanismos

encontra-se o Ministério Público, que possui atribuição vinculada aos objetivos fundamentais de nossa República.

Hoje, a instituição ministerial é uma ferramenta para a implantação de um Estado Democrático de Direito, pois está comprometida com a sociedade na busca da efetivação de seus direitos fundamentais. Modernamente o MP se tornou um dos grandes defensores dos direitos sociais dos cidadãos.

Assim sendo, nossa Constituição concedeu ao Ministério Público as condições necessárias para melhor realizar suas funções sociais, a saber: seus princípios, garantias e prerrogativas constitucionais. Dessa forma, os membros do MP poderão desempenhar suas atribuições desvinculados dos demais poderes e comprometidos com uma Constituição pautada numa carga ética e principiológica.

Nesse sentido, qualquer interpretação direcionada à Instituição deverá ser à luz do neoconstitucionalismo caso contrário estará sucumbindo não apenas o Ministério Público, mas, principalmente, os institutos pelos quais o MP tem a atribuição de zelar.

3.3 O Controle Externo do Ministério Público

A Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o artigo 130-A à Constituição, instituindo o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) como órgão responsável pelo controle externo do Ministério Público. O CNMP controla a atuação administrativa e financeira do Ministério Público, além dos deveres funcionais de seus membros.

De sua composição fazem parte quatorze membros, presidindo-o o Procurador Geral da República, assim dispostos: quatro membros do Ministério Público da União, três membros do Ministério Público dos Estados, dois juízes indicados pelo Supremo Tribunal Federal e outro indicado pelo Superior Tribunal de Justiça, dois advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Salienta-se que o CNMP não interfere na independência funcional do Ministério Público. O que o CNMP realiza é a fiscalização externa do MP, não intervindo na atividade interna da instituição, a qual está vinculada apenas à consciência jurídica de seus membros e à lei.

4 A Proposta de Emenda à Constituição nº 75/2011

4.1 Aspectos da PEC 75

Em setembro de 2011 foi apresentada a Proposta a Emenda à Constituição (PEC) nº 75, de autoria do Senador Humberto Costa (PT/PE), que propõe, entre outras penalidades, a demissão administrativa dos membros do Ministério Público diretamente pelo CNMP, acabando assim com a vitaliciedade dos promotores de justiça.

A Constituição prevê o princípio da vitaliciedade no art. 128, parágrafo 5º, inciso I, alínea “a”, que determina que os

membros do Ministério Público somente perderão seus cargos após sentença judicial transitada em julgado.

A PEC 75 tem como justificativa ampliar os poderes do CNMP e acabar com os entraves burocráticos que permitem a punição efetiva de membros do Ministério Público transgressores da lei. O fundamento da PEC, aparentemente moralizador e anticorporativista, para punir promotores corruptos possui pretexto falacioso e visa, em última análise, a intimidar a atuação do Ministério Público.

Qual o promotor que, diante do risco de uma decisão administrativa direta pelo CNMP, vai se arriscar em avançar numa investigação para denunciar “alguém” se, como consequência, tal atitude poderá acarretar sua demissão?

O Ministério Público, após a Constituição de 1988, tornou-se imprescindível para acabar com a impunidade enraizada em nosso país. O *Parquet* vem atuando de forma proba e transparente na investigação de crimes cujos autores estão direta ou indiretamente ligados a nossos governantes. E isso tem incomodado muita gente influente, com poderes para tentar “calar o Ministério Público”.

Assim, alerta Bruno Amaral Machado (2007, p. 66-67):

A chamada criminalidade de governantes sugere diversos questionamentos sobre a credibilidade de um modelo de MP subordinado ao Executivo, em razão das suspeitas de que a ação penal possa ser dirigida por determinado grupo político para garantir a imunidade de aliados e a perseguição de rivais políticos. (MACHADO, 2007, p. 66-67).

A Instituição tornou-se, portanto, uma “pedra no caminho” de muitos políticos e particulares poderosos com influência em nosso país. Hoje o *Parquet* está muito mais atuante no combate aos crimes de colarinho branco, na apuração de improbidade administrativa, na efetivação da lei da ficha limpa, na fiscalização da atuação da administração pública, em licitações, na aplicação de verbas públicas, na investigação de lavagem de dinheiro, no combate à corrupção, etc.

Nessa esteira, Geisa de Assis Rodrigues (2008, p. 175) preconiza:

Um dos maiores legados do processo constituinte brasileiro de 1988 foi a concepção do novo Ministério Público. Não é casual a relação entre Estado democrático de Direito no Brasil e a nova essência do Ministério Público. O Ministério Público que emerge da nova ordem constitucional é uma instituição diferente, com novas atribuições, com importantes garantias institucionais e pessoais, aliando a sua clássica tradição de postulação em juízo, seja no âmbito penal seja no âmbito cível na tutela de direitos transindividuais e individuais indisponíveis, com a possibilidade de uma ampla atuação de defesa extrajudicial da cidadania, e com os poderes de investigação e de utilização de outras medidas extrajudiciais para a defesa do patrimônio público e social. (RODRIGUES, 2008, p. 175).

Essa atuação dos membros do MP não demora a causar incômodos em nossos políticos e governantes que vêm tentando de qualquer forma impossibilitar a atuação independente do Ministério Público. Nosso legislativo utiliza instrumentos processuais de discutível constitucionalidade para legalizar mudanças consideradas ilegais, inconstitucionais ou muitas vezes

ímorais, a exemplo temos a tentativa de supressão da atuação do órgão ministerial proposto pela PEC 75.

Como se vê, a PEC 75 atenta contra os princípios que norteiam o Ministério Público, especificamente contra a sua liberdade de atuação e sua independência, garantidas constitucionalmente com o escopo de assegurar à sociedade uma instituição capaz de defender seus mais altos interesses livre de qualquer influência ou represália a seus membros.

Aceitar propostas dessa natureza é retroceder à época de regimes autoritários, em que não era possível criticar o sistema de governo nem apontar governantes infratores. Não podemos conceber a ideia de voltarmos a ter um Ministério Público que emana tão somente a vontade dos detentores do poder. São sábias as palavras de Luciano Coelho Ávila (2011):

Eis aí o grande perigo oculto na proposta de emenda 75: ela certamente definhará o espírito combativo do promotor para dar lugar ao surgimento de promotores covardes e receosos de suas ações, em manifesto prejuízo ao interesse da sociedade por um órgão independente capaz de levar oficialmente ao conhecimento do Poder Judiciário os desmandos de corrupção e desvio de dinheiro público que afrontam a própria dignidade do sofrido povo brasileiro. (ÁVILA, 2011).

O desejo do Constituinte foi ampliar os poderes do Ministério Público, principalmente desvinculando a instituição do Executivo e do Judiciário. Entendeu, ainda, necessário à consolidação do MP que lhe atribuíssem garantias para que seus membros pudessem desempenhar efetivamente suas atribuições.

Vejamos a lição de Oto Almeida Oliveira Júnior e Robério Nunes dos Anjos Filho (2008, p. 244):

Importantíssimo foi, ainda, o fato de que os membros do Ministério Público passaram a ter constitucionalmente asseguradas a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (hoje subsídios), instrumentos indispensáveis à plena garantia da sua independência e liberdade de atuação, e, ao mesmo tempo, impôs-lhes uma série de vedações como garantias da sua imparcialidade. (OLIVEIRA JÚNIOR; ANJOS FILHO, 2008, p. 244).

De igual modo Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 49), em suas lições, defende que:

Numa democracia, não basta assegurar um órgão isento para julgar; é indispensável, também, que seja dotado de independência real o órgão incumbido de promover a ação penal pública. Essa independência tem de ser considerada especialmente em face do próprio Estado e dos governantes, pois não raro há necessidade de responsabilizar criminalmente por seus atos os políticos, os administradores e pessoas a estes estreitamente ligadas. (MAZZILLI, 2007, p. 49).

Além do mais, o MP está muito mais atuante na efetivação dos direitos sociais, principalmente diante da ausência do Estado, cobrando medidas para garantir a dignidade da pessoa humana na sociedade. Ou seja, o Ministério Público vem cumprindo com as mais importantes funções que lhe foram delegadas por nossa Constituição.

Porém, muitas das atividades ministeriais encontram entraves sob alegação de que os membros do MP estão se

imiscuindo em atribuições que não lhe pertencem. Ou ainda, a justificativa do famigerado “mínimo legal”, que é um dos grandes empecilhos nos investimentos de recursos públicos no campo social.

O Novo Ministério Público tem a responsabilidade de transformar a realidade social, em consonância ao que prega nossa Magna Carta. O texto constitucional preconiza entre seus objetivos (art. 3º) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos.

Essa tem sido uma atividade em que o MP tem se destacado com assiduidade profissional. O atual promotor de justiça tem sede de realização de suas atividades constitucionais. Portanto, a atuação do MP é fundamental para a efetivação dos objetivos de nossa República, uma vez que seu cumprimento está relacionado aos direitos sociais que por sua vez está atrelado à própria efetivação da democracia.

Infelizmente, o que se tem visto, desde que a Constituição de 1988 desvinculou o *Parquet* dos demais poderes, consagrando autonomia em sua atuação, são as mais diversas tentativas, por meio de propostas legislativas, de lhe suprimir suas atribuições, por meio da criação de entraves às suas atividades e a supressão de suas garantias.

A proposta de redução do MP não se coaduna com os interesses da sociedade, que necessita da instituição como guardiã

da ordem jurídica, do regime democrático e responsável pela efetivação dos direitos fundamentais.

A supressão do Ministério Público é a vontade de uma minoria (detentores do poder em nosso país) que enxerga na atuação de seus membros o risco de pôr fim a um sistema de corrupção e impunidade, visto que o MP tem atuado brilhantemente no combate dessas condutas nocivas à nossa democracia.

Nesse contexto, o que se verifica são políticos usando indevidamente de seus poderes concedidos por cidadãos honestos mediante seu voto, para legislar em causa própria. Se isso de fato não é proibido em nosso ordenamento, com certeza é imoral e, por consequência, ilegítimo, uma vez que vai de encontro aos próprios interesses do povo que delegou a “esses” representantes legislar em nome dos interesses da sociedade.

O que se extrai de propostas que tentam suprimir a atuação do *Parquet* são tentativas de retroceder o MP à dependência ou influência dos poderes estatais, como ocorria antes da Constituição de 1988. Nessa esteira, Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 1043) enfatiza que:

A relevância da sua atividade para o regime republicano democrático indica a necessidade de preservar o membro do Ministério Público de temores e de perseguições, que lhe inibam o exercício funcional desassombrado. Sensível a isso, a Constituição de 1988 estabeleceu garantias de vitaliciedade, de inamovibilidade e de irredutibilidade de subsídios. (BRANCO, 2011, p. 1043).

Além do mais, se Ministério Público foi concebido para dar efetividade às garantias fundamentais dos cidadãos, logo, necessária é sua atuação na fiscalização de como vêm sendo aplicadas as verbas públicas, responsáveis pelos investimentos em saúde, educação e segurança pública, entre outros.

Em última análise, o que pretendem suprimir são os direitos básicos da sociedade de ter uma instituição que zele por seus direitos fundamentais. Direitos estes relacionados à preservação da dignidade de seu povo.

Assim, a supressão das garantias dos membros do Ministério Público, como pretendem os representantes do Poder Legislativo, resultará, conseqüentemente, na violação da própria dignidade da pessoa humana que ficará mais suscetível ao arbítrio do poder, seja de forma direta, como ocorreu na época da ditadura militar, seja de forma indireta, por exemplo, a falta de aplicação de recursos em segmentos básicos essenciais à dignidade e à sobrevivência dos cidadãos.

Salientemos, ainda, que é de causar espanto que nossa sociedade clame por justiça ao tomar conhecimento de um homicídio, sem, porém, reclamar com o mesmo clamor quando desvios de verbas públicas ocorrem em nosso país, o que pode ocasionar a morte de dezenas, talvez centenas, de pessoas, por falta de investimentos na saúde, hoje precária e muito distante de atender às necessidades básicas de quem precisa de atendimento na rede pública.

Não que um crime seja menos importante que o outro: ambos são abomináveis e merecem o mesmo tratamento. A diferença está apenas em quem os comete e na forma como os comete.

É isso que está ocorrendo em nossa sociedade. Nosso país é uma das maiores economias do mundo. Porém, socialmente estamos longe de ser uma sociedade “democrática”. A impunidade continua a imperar no Brasil. Só que agora os crimes não são de tortura, de perseguição política, de anarquia.

Os crimes agora são: a tortura de não termos segurança dentro e fora de nossas casas; a perseguição do analfabetismo funcional que a maioria de nossas crianças terá no futuro, pela ausência de educação de qualidade; a anarquia que se tornou a saúde pública, em um país no qual a população morre por falta de leitos, de remédios, de médicos.

A tão almejada “democracia” – sistema político cujas ações atendem aos interesses populares – está longe de ser concretizada em nosso país, pois sua efetivação caminha a passos lentos. Somando-se a isso, ainda temos de conviver com o constante risco de supressão, por meio de propostas de mudanças legislativas, de uma das poucas instituições – MP – que atuam seriamente na concretização dos ideais democráticos.

Nossos governantes estão sempre em busca de mecanismos que visam a evitar a consolidação desse regime democrático aclamado por nossos constituintes, por meio da diminuição de instituições sólidas como o Ministério Público.

Assim, a PEC 75 não é apenas um atentado à independência funcional do Ministério Público, essa proposta atenta, principalmente, contra a própria democracia, contra nossa Carta Maior e, acima de tudo, contra os cidadãos brasileiros.

4.2 Violação ao Princípio da Vitaliciedade do Ministério Público

Conforme a Constituição Federal os membros do Ministério Público só poderão perder o cargo por decisão judicial transitada em julgado. O objetivo da garantia da vitaliciedade é possibilitar o exercício efetivamente da função de promotor de justiça. Assegurando, assim, a seus membros a possibilidade de poder atuar sem interferências dos Poderes estatais em suas atividades como ocorria antes da Magna Carta de 1988.

Como bem salientado por Hugo Nigro Mazzilli (2001, p. 149):

Há, sim, uma estreita ligação entre democracia e um Ministério Público forte e independente. Já um Ministério Público forte mas submisso só poderia convir a governos totalitários.

[...] um Ministério Público realmente voltado à defesa dos interesses da coletividade (e não do governo ou dos governantes) somente poderá vicejar e produzir frutos para esta sob regime democrático, sob pena de prestar-se a servir à exceção e ao arbítrio, não à coletividade. (MAZZILLI, 2001, p. 149).

Apesar de os membros do Ministério Público possuírem autonomia funcional, sua atuação não é feita de forma arbitrária. Há vedações expressas no art. 128 da Magna Carta a respeito da conduta dos membros do Ministério Público. Além do mais,

o CNMP tem a competência de punir algumas condutas dos promotores de justiça.

Não é o MP, portanto, instituição imune a controle ou a punição de seus integrantes em caso de condutas arbitrárias ou incompatíveis com a função de promotor de justiça. Conforme lembra Hugo Nigro Mazzilli (2001, p. 276-277):

Apesar dessa independência, e até precisamente por causa dela, podem os membros do Ministério Público ser responsabilizados pelo exercício irregular da função. Responderão por abusos ou erros que cometerem, não só no campo civil e penal, mas também sob o aspecto disciplinar (prazos, forma e requisitos dos atos etc.). (MAZZILLI, 2001, p. 276-277).

Outro argumento fraco que não se sustenta é que, sendo o CNMP de composição majoritária do próprio Ministério Público, seria ele um órgão corporativista, e isso comprometeria a punição dos membros do MP. Este argumento serve apenas como justificativa para tornar o CNMP um órgão estritamente político, portanto, mais suscetível às manipulações.

Apesar de o Ministério Público não pertencer a nenhum dos três Poderes do Estado a ele foram dadas as mesmas garantias concedidas aos juízes integrantes do Poder Judiciário: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Por sua vez, o MP também possui as mesmas vedações destinadas aos magistrados, previstas no texto constitucional.

O MP se aproxima do Judiciário, uma vez que seus membros são dotados das mesmas garantias e prerrogativas

asseguradas aos magistrados, a fim de garantir à instituição o exercício independente de suas atribuições na defesa dos direitos da sociedade.

Os membros do Ministério Público possuem tratamento equiparado aos magistrados porque ambos são essenciais à concretização da justiça. O que levou o CNJ a editar a Resolução nº 133, de 21 de junho de 2011, que dispõe sobre a simetria constitucional entre as carreiras da magistratura e do Ministério Público e sobre a equiparação de vantagens, ou seja, alguns direitos que os procuradores da República possuem devem ser estendidos aos juízes federais.

Assim, todas as garantias e restrições que são dadas à magistratura também são dadas ao MP, para que seja resguardo o exercício das funções constitucionais, o que permite perceber que as duas instituições estão no mesmo plano constitucional.

Dessa forma, não há qualquer justificativa para o tratamento discriminatório proposto pela PEC 75. Essa simetria é imposição da própria vontade do texto constitucional, e aprovar tal proposta é burlar o desejo de nossos Constituintes de 1988, ou, ainda, possibilitar que num futuro, talvez não tão distante, as proposições dispostas na PEC 75 sejam também estendidas aos magistrados.

Portanto, suprimir a garantia da vitaliciedade dos membros do Ministério Público seria permitir que em nosso ordenamento jurídico sejam maculados os fundamentos que norteiam o sistema constitucional vigente, quais sejam: a promoção da

justiça, a realização justa e efetiva dos direitos fundamentais e a concretização de nossa democracia.

Luciano Coelho Ávila (2011) destaca mais um aspecto de relevo a respeito do tema:

Resta saber se a sociedade brasileira compactuará com o enfraquecimento das garantias constitucionais de independência do Ministério Público rumo à construção de um novo modelo de instituição permanentemente intimidada e ameaçada após cada ação investigativa de repercussão nacional, por projetos de lei e propostas de emenda à Constituição tendentes a resgatar a já superada ideia da mordaza. Em jogo, uma vez mais, a ainda frágil democracia brasileira e a capacidade de irrisignação da opinião pública diante de proposta legislativa flagrantemente atentatória aos ideais de transparência, moralidade e independência dos órgãos de controle da Administração Pública. (ÁVILA, 2011).

Essa proposta de demissão sumária dos membros do MP está em descompasso com o que vem ocorrendo no resto do mundo. Enquanto os países desenvolvidos pregam maior independência ao Ministério Público, tendo em vista o papel da instituição no combate de crimes oriundos do novo contexto global, no Brasil, o caminho tem sido o inverso: a supressão do MP por meio das propostas de mudanças oriundas de uma “casta” de políticos que insiste em perpetuar a impunidade e a corrupção em nosso país.

Nesse diapasão, a proposta da PEC 75 é uma abertura ao retrocesso, rumo à arbitrariedade, ao autoritarismo e à impunidade. É permitir que nosso país seja imune a qualquer forma de punição à corrupção. É legalizar a impunidade. Em um país em que os representantes dos Poderes atuam de forma reta, proba, não há

o que se temer. Ao contrário, buscarão uma forma de escapar do cerco à impunidade.

Assim, é nítida a inconstitucionalidade da PEC 75, que visa a suprimir o Ministério Público, e atender interesses particulares de nossos representantes políticos que tem como finalidade tornar o MP uma instituição frágil, dependente e com atuação limitada.

4.3 A Inconstitucionalidade da PEC 75

É notável a inconstitucionalidade da PEC 75. Essa proposta vai contra os limites materiais de reforma impostos por nossa Constituição. Tais limites estão relacionados com os valores máximos de nosso Estado, e entre eles encontra-se o Ministério Público, com suas atribuições, princípios e garantias que visam a assegurar a independência na atuação dos membros do MP. Retirar essas garantias significa limitar a atuação dos promotores de justiça, e não é essa a vontade de nossa Magna Carta.

O Constituinte de 1988, ao estabelecer as garantias do Ministério Público, consagrou-o como a instituição responsável por zelar pelos valores mais elevados de nossa sociedade: os direitos fundamentais, a ordem jurídica e o regime democrático. Assim, qualquer limitação à atuação do órgão ministerial esbarraria no desrespeito a esses valores primordiais que serviram como diretrizes na elaboração de nossa Constituição, ferindo, assim, a vontade de nossos Constituintes.

Nessa linha, portanto, a PEC 75 é totalmente inconstitucional porque visa a suprimir um dos valores supremos inaugurados por nosso legislador originário, que não dispôs de forma impensada

as garantias ao *Parquet*. Ao contrário, o que o Constituinte de 1988 almejou foi reagir contra o regime de exceção, ao estipular um instituto totalmente desvinculado e independente dos poderes dominantes, evitando, por meio do MP, a formação de novos regimes autoritários, pois a sociedade teria um órgão capaz de vigiar e fiscalizar seus interesses.

Portanto, qualquer supressão ao Ministério Público, seja a diminuição de suas atribuições, seja a redução de suas garantias, será considerada em nosso ordenamento jurídico como inconstitucional. Desse modo, a PEC 75 é inconstitucional por retirar do MP uma garantia fundamental – a vitaliciedade –, o que reduz a independência dos membros do Ministério Público, suprimindo, assim, ainda que em parte, a própria instituição.

4.4 O Risco de Supressão do Órgão Ministerial

O perigo, se a PEC 75 for aprovada, é a supressão paulatina do Ministério Público. Se extinta a vitaliciedade hoje, quem garante que amanhã não irão retirar a independência funcional e, depois, a inamovibilidade, até vincular novamente a instituição à estrutura do Executivo e, posteriormente, os membros do *Parquet* voltarem a ser os “procuradores do rei”?

O desejo de nosso legislador, assim exposto na PEC 75, é tornar os membros do Ministério Público “capachos” a serviço de nossos governantes. Sem a vitaliciedade, os promotores de justiça ficarão vulneráveis a demissões arbitrárias. Com isso, a intenção dessa proposta é criar uma instituição que atenderá a

interesses de “poderosos”. E aos promotores que atuarem contra esses “poderosos” restará, indubitavelmente, a demissão sumária.

Essa Proposta de Emenda à Constituição é perigosa para nosso ordenamento jurídico e demonstra a ousadia de nossos legisladores em tentar extinguir da sociedade uma das instituições que mais têm credibilidade na luta contra a corrupção e a impunidade e efetivação dos direitos sociais.

Quando nossa Constituição estabelece que o MP é instituição permanente, ela atribui o caráter perpétuo ao Ministério Público. Porém, o MP só será instituição permanente, e, portanto, perpétua, se suas garantias também forem permanentes. Ao contrário, se retirarmos suas garantias, a instituição perde sua razão de ser. Pois são exatamente as garantias que lhe asseguram esse caráter permanente.

Nossos políticos almejam, isso sim, retirar os poderes que foram conferidos ao Ministério Público, tendo em vista que a instituição se tornou “inimigo capital” de nossos representantes no Legislativo e no Executivo. Infelizmente, não são poucas as notícias veiculadas diariamente na mídia envolvendo “grandes figurões” dos Poderes do Estado como autores de diversos crimes envolvendo desvio de verbas, uso indevido da função, corrupção, além de outros vários atos que atentam contra a própria atividade que exercem.

A maioria desses crimes, divulgados à sociedade, envolvem a brilhante atuação do Ministério Público para a apuração dos fatos e condenação dos envolvidos. Retirar as garantias do

MP significa impossibilitar o trabalho de seus membros nessa atribuição tão nobre para com a sociedade.

Em última análise, o que se deseja é “tapar os olhos da sociedade” para que tais crimes não venham à tona. É, ainda, garantir aos delinquentes de “colarinho branco” que no Brasil poderão atuar livremente, uma vez que não terão um Ministério Público para lhes barrar a atuação.

A aprovação da PEC 75 resultará para a sociedade um risco muito grande de abertura de precedente para supressão do MP, o que poderá resultar na perpetuação da impunidade, na extinção do guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos fundamentais. Por conseguinte, acarretará risco do surgimento de um regime autoritário, pela supressão da democracia, no comprometimento da ordem jurídica e na aniquilação dos direitos fundamentais.

5 Conclusão

Desde que o Ministério Público foi elevado pela nossa Magna Carta a instituição permanente e essencial aos valores fundamentais da República Federativa do Brasil, tornou-se alvo de muitas críticas e de várias tentativas de retirar a independência funcional deste órgão, que assombra principalmente os detentores do poder político e econômico.

Antes da Constituição de 1988, o Brasil passou por longo período de regime autoritário, o MP apresentava pouca significância em sua atuação e havia constante supressão dos direitos fundamentais da sociedade, bem como a repressão a

qualquer tipo de manifestação contrária ao governo e à impunidade dos governantes.

Diante da conjuntura internacional face ao neoconstitucionalismo, nosso país não teve outra alternativa senão consagrar em nosso ordenamento os valores básicos de um Estado Social Democrático de Direito. Para isso, foi necessário dotar um órgão capaz de zelar pelos valores essenciais a qualquer democracia.

Assim, nossa Magna Carta atribuiu ao Ministério Público tal função. Nasce um “Novo Ministério Público”, que até então era vinculado a algum dos Poderes estatais e sem nenhuma autonomia ou independência funcional em suas atribuições. Sua atuação, com a Constituição de 1988, foi ampliada para que as desigualdades sociais pudessem ser reduzidas, fazendo-se, assim, a tão almejada justiça social. O *Parquet* passou a ser muito mais atuante em diversas esferas sociais, a fim de dar efetividade aos objetivos de nossa República Federativa.

Entretanto, não bastava estabelecer que o MP seria o guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos fundamentais. O Constituinte de 1988 entendeu que acima disso era preciso dar condições para que os membros do Ministério Público pudessem agir livremente e com imparcialidade no exercício de suas funções.

Dessa forma, criaram seus princípios e garantias, os quais possibilitam que seus membros possam agir com independência funcional e consoante à lei. Tais garantias resguardam não apenas

independência ao *Parquet*, mas principalmente asseguravam que nosso país estava aberto ao regime democrático, em que os direitos sociais seriam respeitados e protegidos por esta instituição totalmente desvinculada da arbitrariedade dos Três Poderes.

Por isso, ao MP é dado o mesmo *status* dado às cláusulas pétreas, por ser a instituição guardiã dos valores supremos de nosso Estado. Assim, entendeu nosso Poder Constituinte Originário elevar o Ministério Público a instituição permanente, criando, com isso, uma limitação material ao poder de reforma, que não poderá diminuir a atuação dos membros do Ministério Público por meio da redução de suas garantias ou princípios institucionais.

A recente Proposta de Emenda à Constituição nº 75, que visa a retirar dos membros do Ministério Público sua vitaliciedade, é inconstitucional. Essa PEC tem como finalidade atender aos interesses pessoais dos políticos que temem a atuação do Ministério Público. Além de burlar os objetivos e interesses assegurados em nossa Constituição Federal.

Os dispositivos constitucionais não podem ser interpretados isoladamente, ou seja, a interpretação da Constituição deve ser feita em conjunto com o corpo constitucional e em consonância com o fim pela qual a Magna Carta destina alcançar. Nossa Carta Política foi criada num contexto de redemocratização e com escopo de preservar a dignidade da pessoa humana, materializado mediante os direitos e as garantias fundamentais.

Portanto, qualquer interpretação inerente a tais direitos ou aos institutos que visem a preservar esses valores deverá atender à vontade, primeiramente, do Constituinte de 1988. E a vontade do Poder Constituinte Originário foi conceber um Ministério Público forte, independente dos demais Poderes estatais, para que assim possa atuar efetivamente no cumprimento de suas funções constitucionais.

Por isso, o MP foi elevado à Instituição permanente, para que suas atribuições, suas garantias e seus princípios pudessem se perpetuar em nosso ordenamento jurídico, em que só assim, serão também perpetuados os valores fundamentais materializados em nossa Constituição, representados pelo tripé de qualquer democracia: os direitos fundamentais, o regime democrático e a ordem jurídica.

Title: The National Prosecution as Entrenchment Clause Analysis in the Light of the Proposed Constitutional Amendment 75 Of 2011

Abstract: The Prosecution Service of the Union (MPU) was consecrated by our Magna Carta as a permanent institution essential to the defense of citizenship and democracy, as well as to the realization of just social order, in the light of neoconstitutionalism. In addition, the MPU plays a crucial role to the enforcement of fundamental rights, because our legal system has the human dignity as one its supreme values, what gives to the institution the *status* of entrenchment clause, not allowing it to be suppressed nor restricted by the Derivative Constituent Power. Recently it was proposed Constitutional Amendment No. 75 (PEC 75), which aims to end the tenure of Prosecution Service of the Union members, allowing his dismissal by an administrative decision of the National Public Prosecution Council (CNMP). As it is about a permanent institution, responsible for

defense of legal and democratic system, any attempt at constitutional reform that may suppress the Prosecution Service of the Union of the Constitution, as suggests the PEC 75, would lead to the suppression of the democratic regime itself, of the legal order and of the fundamental rights. Withdraw the guarantees of the MPU members would be the same as removing from society some of its constitutionally guaranteed rights, because it is precisely through these constitutional guarantees that the MPU will protect the legal order, the democratic system and the constitutional fundamental rights. Without this constitutionally guaranteed instrumental remain damaged all purposes attributed to MPU members.. Therefore, the PEC 75 comes up against the reform material limits imposed by our constituents in 1988, making it unconstitutional.

Keywords: Prosecutors. PEC. Immutable clauses. Guarantees and tenure.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público brasileiro como cláusulas superconstitucionais*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/26782.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17-59.

ÁVILA, Luciano Coelho. *PEC 75: um atentado à independência do Ministério Público*. Brasília, 5 set. 2011. Disponível em:

<http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=4110&Itemid=93>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 9, p. 1-41, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ministério Público, Advocacia Defensoria Pública – funções essenciais à justiça. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1039-1051.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder constituinte originário. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. 2, p. 117-151.\

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988.

CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 2008. p. 603-6631.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *O promotor de justiça e os direitos humanos: acusação com racionalidade*. Curitiba: Juruá, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público Paulista*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. 5, p. 667-725.

OLIVEIRA JÚNIOR, Oto Almeida; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breves anotações sobre a atuação conjunta de membros do Ministério Público. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 241-286.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 175-221.

ROSENVALD, Nelson. O Ministério Público e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 61-92.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRIGUES, Raquel Ediane. O Ministério Público como cláusula pétrea - análise à luz da proposta de Emenda Constitucional 75 de 2011. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 6, p. 39-90, 2012. Anual.

Submissão: 08/05/2012

Aceite: 22/06/2012

Modelagem de Processos no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: Atingindo os Objetivos do Planejamento Estratégico¹

Andreza Soares Moreira Bandeira

Técnica em Informática do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Gestão Pública e Gerenciamento de Projetos. Graduada em Processamento de Dados.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar a metodologia de Análise e Melhoria de Processos (AMP) como sendo de fundamental importância para o fortalecimento e o desenvolvimento dos processos de uma organização, conduzindo-a ao caminho da excelência gerencial. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT elaborou seu Plano Estratégico para os próximos dez anos e, como parte deste trabalho, a melhoria de processos aperfeiçoará a capacidade de se antecipar, gerenciar e responder às alterações e maximizar os resultados para a sociedade. A princípio é feito breve relato sobre a metodologia utilizada para elaboração do Plano Estratégico do MPDFT, a saber, o *Balanced Scorecard – BSC*, e as técnicas de modelagem de processos e, ainda, uma proposta de continuidade de esforços a fim de que o plano estratégico seja executado e que os objetivos sejam atingidos a partir de processos bem definidos, elaborados e constantemente revisados.

Palavras-chave: Planejamento estratégico. Ferramentas. Gestão pública. Análise e melhoria de processos.

Sumário: Introdução. 1 Breve Histórico do Plano Estratégico do MPDFT - Projeto Básico para Licitação e Metodologia BSC. 1.1 Metodologia para Aplicação do *Balanced Scorecard – BSC*. 1.1.1 Construção do Mapa Estratégico. 1.1.2 Alinhar a Organização à Estratégia. 1.1.3 Transformar a Estratégia em Tarefa de Todos. 1.1.4 Converter a Estratégia em Processo Contínuo. 1.1.5

1 Trabalho desenvolvido no curso de Pós-graduação *lato sensu* em Administração de Órgãos do Poder Judiciário e Ministério Público da Universidade da Grande Fortaleza.

Mobilizar a Mudança por Meio da Liderança Executiva. 1.2 Da Justificativa Técnica da Metodologia – Utilização do *Balanced Scorecard* – BSC. 1.3 Da Necessidade do Treinamento Ser Parte do Desenvolvimento e da Implementação da Gestão Estratégica no MPDFT. 1.4 Desenvolvimento e Implementação. 1.4.1 Plano Estratégico Corporativo e Mapa Estratégico. 1.4.2 Etapa 2 do Projeto – Indicadores e Metas Estratégicas. 1.4.3 Iniciativas Estratégicas. 1.4.4 Suporte à Implementação e Realização da Primeira Reunião de Análise Estratégica – RAE com os Líderes do MPDFT. 1.4.5 Alinhamento do BSC aos Processos de Gestão existentes. 2 Análise e Melhoria de Processos. 2.1 Modelagem de Processos. 2.2 Hierarquia dos Processos. 2.3 Realizando a Melhoria de Processos. 2.4 Alinhando os Processos aos Objetivos Estratégicos. 3 Considerações Finais. Referências.

Introdução

O Brasil sofreu um processo de múltiplas transformações ao longo do século XX quanto à gestão administrativa. Na visão de estudiosos sobre a Administração no País, o processo de mudanças permitiu a evolução dos modelos administrativos, trazendo reformas que vieram beneficiar a sociedade.

Parte dessa perspectiva transformadora deveu-se à inserção de metodologias nas quais o planejamento estratégico constituiu-se em aspecto importante para a obtenção de resultados das organizações. Acrescenta-se que entre os principais problemas do Estado em realizar planejamentos foram detectadas as sucessivas crises políticas, agravadas por processos inflacionários, condicionantes essas responsáveis por limitar a ação de planejar e ao mesmo tempo inibidoras das boas práticas de gestão.

O Planejamento Estratégico muito se relaciona à Administração Gerencial, por implicar a antevisão de questões de

gestão desse planejamento, aspecto que inclui o desenvolvimento de competências. As mudanças e os desafios que essas organizações e seus dirigentes terão pela frente nesses próximos anos de transição serão de tal importância que podem afirmar que quem não tiver adquirido competência, inclusive para antever situações de planejamentos, não sobreviverá.

O presente artigo tem como objetivo geral demonstrar a utilização da metodologia BSC no desenvolvimento do Plano Estratégico do MPDFT. E, especificamente, abordar a metodologia de Análise e Melhoria de Processos (AMP) como ferramenta fundamental para o alcance das metas estabelecidas.

A AMP foi utilizada para implantar melhorias contínuas nos processos de trabalho e promover aprendizado organizacional, de forma que a sociedade seja atendida com mais eficiência e eficácia, para que metas de excelência possam ser atingidas no longo prazo.

Especificamente pretende-se abordar a AMP como ferramenta para melhoria da gestão e gerar aprendizado sobre os processos internos. Para melhor compreensão, o presente artigo foi dividido em tópicos.

Após a introdução é apresentado breve histórico do desenvolvimento do Planejamento Estratégico no MPDFT, apresentando parte do projeto básico de licitação e a metodologia utilizada, a fim de contextualizar quanto às necessidades do Órgão. O segundo tópico aborda a conceituação da AMP. O terceiro tópico apresenta as ferramentas de melhoria utilizadas no

MPDFT para análise de processos, e o último tópico é destinado às considerações finais.

Para elaboração do artigo foi utilizada como metodologia a investigação exploratória da literatura específica sobre o tema, artigos especializados e publicações veiculadas na intranet do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Efetuada a pesquisa bibliográfica, fez-se a seleção de textos, a elaboração dos dados e a redação do presente artigo.

1 Breve Histórico do Plano Estratégico do MPDFT - Projeto Básico para Licitação e Metodologia BSC

Atualmente, a sociedade está mais participativa e preocupada em saber com o quê como e onde está sendo gasto o dinheiro público e de que forma a entidade contribui para a melhoria da qualidade de vida do contribuinte. Por isso o planejamento estratégico deve ter como ponto de partida o ambiente externo, que está em constante mudança.

Com a finalidade de seguir essa tendência, o Tribunal de Contas da União – TCU edita anualmente normas recomendando às organizações fornecerem informações da contribuição que elas têm dado à sociedade, isto é, se estão cumprindo a sua verdadeira missão institucional prevista na Constituição. Por exemplo, a Instrução Normativa nº 57/2008 (Acórdão nº. 346/2009 – 2ª Câmara do TCU) estabelece normas de organização e apresentação dos relatórios de gestão e dos processos de contas da Administração Pública Federal. No acórdão 1.603/2008, o TCU recomendou ao Conselho Nacional do Ministério Público

– CNMP a implementação do planejamento estratégico, e, no acórdão 663/2009, recomenda que o *Balanced Scorecard – BSC* seja a ferramenta a ser utilizada no planejamento.

Logo, percebe-se que o TCU tenta motivar as instituições a atuar com planejamento e com estratégia para resgatar de cada órgão a contribuição efetiva que tem dado à sociedade. Não apenas demonstrando-a em cifras, mas também nas atividades desenvolvidas em prol da coletividade e impostas pela Carta Magna.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, ramo do Ministério Público da União – MPU, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, além de exercer a defesa dos direitos constitucionais do cidadão. Por isso, ao se adequar às exigências do TCU, a Instituição evidenciará claramente sua atuação, ou seja, de que forma ela responde às necessidades da sociedade e do Estado e se realmente está exercendo as atribuições emanadas pela Constituição.

Com vistas a viabilizar as atividades desenvolvidas pelo órgão, o planejamento estratégico seria a ferramenta fundamental para se adaptar à atual tendência de programação de ações, da prestação de contas e da apresentação de relatórios de gestão. A gestão estratégica organiza os contributivos que as diversas áreas têm a dar à organização, servindo como linha orientadora à

integração dos esforços desenvolvidos pelas áreas especializadas envolvidas no processo. Permite desbloquear o individualismo seccionista, desassociado dos objetivos da instituição e, ainda, permite uma visão temporal mais favorável à sobrevivência da organização, pensando-se constantemente a médio e longo prazos.

O planejamento estratégico é um processo gerencial contínuo e sistemático, que diz respeito à formulação de objetivos para a seleção de programas de ação e para sua execução, levando em conta as condições internas e externas à instituição e sua evolução esperada.

O papel do chefe (gerente e líder estratégico organizacional) deve ser o de desenvolver competências nas quais possamos aprender a aprender, saber observar, ouvir para realizar e implementar os planejamentos realizados.

A construção do planejamento estratégico, em organizações estatais, por sua vez, exigirá a discussão das relações de poder presentes nas organizações, havendo a necessidade do envolvimento de todos com planejamento, que se alinha ao orçamentário.

No decorrer deste processo, é realizada análise sistemática dos pontos fortes e fracos da instituição, e das oportunidades do meio ambiente, com o intuito de estabelecer os objetivos, as estratégias, assim como ações que possibilitem aumento da efetividade e da eficiência. Também considera premissas básicas que o órgão deve respeitar para que todo o processo tenha coerência e sustentação, permitindo, assim, fixar as grandes

orientações para que a instituição possa modificar, melhorar e se fortalecer. Além de ser uma ferramenta de suporte à gestão com vista ao desenvolvimento futuro da organização, especificando a forma e os prazos de execução.

O *Balanced Scorecard*, segundo seus criadores Kaplan e Norton (1997) foi concebido, originalmente, como ferramenta de gestão de mensuração balanceada, apoiada em medida financeira e não-financeira, que traduzisse a missão e a estratégia de uma unidade de negócios em objetivos e medidas tangíveis. Sua proposta original visava a superar as limitações da gestão baseada apenas em indicadores financeiros. Sua mensuração incorporava novos indicadores que comunicam vetores de desempenho futuro, sob a forma de criação de valor mediante investimentos em clientes, fornecedores, empregados, tecnologia e inovação.

A experiência da aplicação do BSC, com sucesso, em organizações públicas e privadas, mostrou, segundo Kaplan e Norton (2000), que ele é mais do que um sistema de gestão de mensuração, e sim de gestão de estratégia, pois, além de manter o interesse no desempenho financeiro, revela com clareza os vetores de desempenho superior e de longo prazo, em termos competitivos e de criação de valor. Nesta nova abordagem busca-se converter a estratégia em processo contínuo, a ser executado não somente pela Alta Administração, mas também por toda a organização.

Este novo referencial de gestão insere a estratégia no âmago dos processos e sistemas fundamentais e estimula o alinhamento

e o comprometimento de todos com os objetivos estratégicos da empresa.

A implementação do *Balanced Scorecard* nas empresas permite incorporar uma filosofia que as torna organizações orientadas para estratégias, as quais, segundo seus idealizadores, devem ser norteadas por cinco princípios básicos:

- a) traduzir a estratégia em termos operacionais;
- b) alinhar a organização com a estratégia;
- c) transformar a estratégia em tarefa cotidiana de todos;
- d) converter a estratégia em processo contínuo;
- e) mobilizar a mudança por meio de uma liderança forte e eficaz.

A utilização do BSC por parte das organizações públicas e privadas, do ponto de vista dos autores, atende a diferentes objetivos, tais como:

- a) melhoria da rentabilidade e da comunicação; antecipar-se às mudanças do ambiente externo;
- b) garantir a otimização na aplicação dos recursos públicos;
- c) permitir a criação de valor para organização na perspectiva de longo prazo;
- d) valorizar as competências e habilidades existentes na organização, entre outros.

Princípio 1 – Traduzir a estratégia em termos operacionais

A experiência de aplicação do BSC segundo Kaplan e Norton (2000) aponta que o sucesso das empresas não resulta apenas em lançamento de novos produtos ou serviços, de grandes

investimentos de capital ou mesmo de absorção de novos ativos intangíveis, mas, principalmente, de explorar melhor a sua capacidade e os ativos tangíveis e intangíveis já existentes na empresa.

Nesse sentido o *scorecard* fornece um tipo de “receita” pela qual os ingredientes já existentes na organização possam se combinar para a criação de valor de longo prazo.

Este sistema é um referencial para descrever e comunicar a estratégia de maneira coerente e criativa.

Este referencial é denominado “mapa estratégico”, o qual é uma arquitetura lógica e abrangente utilizada na descrição da estratégia, sendo um ponto de referência comum e compreensível na sua tradução para toda a empresa.

O processo se inicia com o trabalho da Equipe Executiva em descrever e comunicar a estratégia. Escolhem-se os objetivos estratégicos específicos e definem-se metas e indicadores sob as seguintes perspectivas: financeira, cliente, processos de negócio interno e aprendizado e crescimento.

Princípio 2 – Alinhar a organização à estratégia

Trata-se de um princípio fundamental para garantir o alinhamento de todos ao foco estratégico. É importante, portanto, promover a sinergia em toda a organização. A forma de superar as barreiras funcionais nas organizações orientadas para estratégias é criar mecanismos eficazes de comunicação e buscar estabelecer a conexão dos diferentes órgãos à estratégia, por meio de temas e objetivos comuns que permeiam os seus *scorecards*.

Este princípio busca promover o alinhamento entre o *scorecard* corporativo e os *scorecards* das unidades de negócios e de serviços de apoio.

Princípio 3 – Transformar a estratégia em tarefa de todos

Este princípio estabelece, para as organizações orientadas para a estratégia, a necessidade de que todos os empregados compreendam a estratégia e conduzam suas tarefas cotidianas de modo a contribuir para seu êxito. Nesse sentido, o BSC é utilizado para incentivar toda a organização a executar a estratégia, por meio da comunicação, da educação e da sinergia.

Alguns observadores questionam a difusão da estratégia em toda a empresa, com receio de passar informações estratégicas para o concorrente. Por outro lado, não há como implementar a estratégia, de forma eficaz, se o pessoal a desconhece.

A implementação deste princípio inicia-se com o treinamento dos empregados em todos níveis da organização e, em seguida, infunde-se para os níveis mais baixos o *scorecard* corporativo e de cada unidade de negócio. O estilo adotado para transmitir as estratégias é *top-down*.

Uma etapa final que as organizações adotam é vincular a remuneração por incentivos ao *scorecard*. Dessa forma são realizadas três etapas importantes: comunicação, *scorecard* pessoal e incentivos.

Princípio 4 – Converter a estratégia em processo contínuo

A maioria das organizações desenvolve seu processo gerencial em torno do orçamento e do plano operacional. A reunião gerencial mensal concentra-se na avaliação do comportamento físico e financeiro e na aplicação de plano de ação para corrigir distorções.

Pesquisas realizadas indicam que 85% das equipes gerenciais dedicam menos de uma hora por mês discutindo estratégia, conforme Kaplan e Norton (2000).

As empresas que adotam o BSC implementam de forma integrada, num único processo, o gerenciamento estratégico e o gerenciamento tácito (orçamentos financeiros e avaliações mensais) de forma ininterrupta e contínua.

Isto vem sendo feito obedecendo a uma evolução que se iniciou com as organizações buscando conectar a estratégia ao processo orçamentário. Numa fase seguinte implementaram reuniões gerais simples, para avaliação das estratégias, e, por fim, adotou-se um processo de aprendizado e adaptação da estratégia, utilizando métodos estatísticos para validar os *scorecards* iniciais (hipóteses sobre as estratégias).

O processo envolve as seguintes etapas vinculadas à estratégia: orçamentação, sistema de informações (*feedback*) e reuniões.

Princípio 5 – Mobilizar a mudança por meio da liderança executiva

A experiência tem demonstrado que a condição isolada mais importante para o sucesso da implementação do BSC é o senso de propriedade e o envolvimento da equipe executiva (KAPLAN; NORTON, 2000). Não se trata de um projeto de mensuração, mas de um programa de mudança que atinge praticamente todas as partes da organização. Se as pessoas do escalão mais alto da empresa não liderarem o processo de mudanças, elas não ocorrerão.

Inicia-se com o foco na mobilização, visando a dar início ao processo, quando se esclarece por que as mudanças são necessárias.

Em seguida, desloca-se o foco para o processo de governança, visando a orientar a transição. Nessa fase definem-se, demonstram-se e reforçam-se os novos valores culturais da organização e estimula-se o rompimento das tradicionais estruturas de poder.

Finalmente, implementa-se o novo sistema gerencial – um sistema gerencial estratégico – que institucionaliza os novos valores culturais e define as novas estruturas para o novo sistema de gestão.

1.1 Metodologia para Aplicação do *Balanced Scorecard* – BSC

1.1.1 Construção do Mapa Estratégico

Após a construção de um conjunto significativo de *scorecards* estratégicos, segundo Kaplan e Norton (2000), foi possível mapear os padrões num referencial denominado mapa estratégico. O mapa estratégico do *Balanced Scorecard* é uma arquitetura genérica para a descrição da estratégia.

Ocorre, todavia, que a estratégia não é um processo gerencial isolado. É parte de um contínuo que começa no sentido mais amplo com a missão da organização, que deve ser traduzida para que as ações individuais se alinhem com ela. A estratégia é, portanto, um dos passos deste processo contínuo que movimenta a organização para incorporar o sentido de missão em toda a empresa.

A missão e os valores essenciais são estáveis no tempo. A visão aponta para o futuro e ajuda os indivíduos a compreender por que e como respaldar os esforços da organização. Além disso, inicia-se o movimento, a partir da estabilidade da missão e dos valores essenciais, que promove o dinamismo da estratégia, e esta evolui no tempo, adaptando-se às mutações do mundo real.

A partir da visão se definem os temas estratégicos, que refletem a trajetória e as prioridades gerais. O mapa estratégico, juntamente com o *balanced scorecard*, fornece ferramentas para traduzir declarações estratégicas genéricas em hipóteses, objetivos, indicadores e iniciativas.

A metodologia para a construção do mapa estratégico começa do geral para o particular (*top-down*), num processo de desdobramento da estratégia segundo quatro perspectivas (financeira, cliente, processo interno e aprendizagem e crescimento), obedecendo às seguintes etapas:

- a) estabelecimento da visão e da estratégia;
- b) desdobramento da estratégia em temas estratégicos;
- c) busca dos resultados almejados, a partir da definição de objetivos, atividades, metas e indicadores sob a perspectiva financeira e do cliente;
- d) definição de proposição de valor ou vetores de mudanças a partir da análise sob a perspectiva de processos internos e de aprendizagem e crescimento.

As relações entre os vetores de mudanças e os resultados almejados constituem as hipóteses que definem a estratégia.

A construção de *scorecard* estratégico para organizações governamentais, sem fins lucrativos, como o caso do MPDFT, sofre adaptações, em relação ao modelo apresentado, nos seguintes pontos:

- a) inverte-se a ordem de prioridade para considerar a perspectiva do cliente em precedência à perspectiva financeira;
- b) inclina-se a buscar atingir os objetivos de alto nível relacionados com:
 - criação de valor para atingir a missão,
 - custo mínimo,
 - comprometimento com a fonte de financiamento.

1.1.2 Alinhar a Organização à Estratégia

Para que a organização esteja alinhada à estratégia é necessária a integração entre os *scorecards* desenvolvidos por unidade de negócios e de apoio da empresa. Impõe-se conexão entre as unidades dentro de uma única entidade corporativa, a qual tem a função de criar as sinergias entre os negócios componentes e as unidades de apoio. Isto é feito pela criação de valor, por meio do gerenciamento do capital e das pessoas.

Outra forma de gerar sinergia nas unidades de apoio é mediante a centralização das funções organizacionais, quando se tem economia de escala e vantagens da especialização.

A metodologia aplicada para criar sinergia varia de caso a caso, porém alguns critérios gerais podem ser adotados, tais como: relacionamento ganha-ganha, parcerias estratégicas, processos internos compartilhados, etc.

1.1.3 Transformar a Estratégia em Tarefa de Todos

Para a aplicação deste princípio é necessário o gerenciamento dos seguintes processos:

a) comunicação e educação: transferir aos empregados o conhecimento e a compreensão sobre a estratégia, de modo a contribuir para a sua implementação;

b) desenvolvimento pessoal e de equipe: desenvolver mecanismo de desdobramento do conhecimento, num processo de cima para baixo, com orientações sobre as contribuições que garantem a implementação de estratégia;

c) sistema de incentivos e recompensas: estabelecer mecanismos que possibilitem a aplicação de benefícios e ônus decorrentes do sucesso ou insucesso da organização orientada para a estratégia, estimulando o comprometimento de todos com os resultados.

1.1.4 Converter a Estratégia em Processo Contínuo

A metodologia a ser adotada para garantir eficácia gerencial no modelo de organização orientada para a estratégia é a seguinte:

a) conexão entre o orçamento e a estratégia – integração da gestão do orçamento e operação com a gestão da estratégia, num processo contínuo;

b) fechamento do *loop* estratégico – através de reuniões gerenciais focalizadas nas estratégias adota-se um gerenciamento de temas estratégicos integrados;

c) experimentação, aprendizado e adaptação – realiza-se a validação de hipóteses estratégicas, pelas equipes executivas, de modo a obter uma evolução dinâmica da estratégia.

1.1.5 Mobilizar a Mudança por Meio da Liderança Executiva

Deflagrar o processo de mudança é o maior desafio. As organizações usam diferentes abordagens para liderar mudanças. No entanto, a estratégia para mobilizar tal mudança passa, necessariamente, pela adoção de algumas premissas:

a) iniciar, preferencialmente, a implementação do *Balanced Scorecard* corporativo, desdobrando-se por unidade de negócio. A unidade de negócio a ser escolhida deve ser aquela que

apresenta melhores condições para a implementação do *Balanced Scorecard*;

b) identificar a unidade organizacional que pratique o estilo de liderança participativo, e esteja organizada e motivada para aplicação do *Balanced Scorecard*.

Deve-se considerar que, numa organização orientada para a estratégia, é mais importante o papel da liderança, na criação do clima propício à mudança, na visão do desfecho da mudança e na governança, do que de aspectos estruturais e organizacionais.

1.2 Da Justificativa Técnica da Metodologia – Utilização do *Balanced Scorecard* – BSC

É um programa de gestão da performance que coloca a estratégia no centro do processo. Baseia-se no equilíbrio organizacional e se fundamenta no balanceamento entre quatro diferentes perspectivas de objetivos:

Perspectiva financeira: como a organização é vista por seus administradores. Os indicadores devem mostrar se a implementação e a execução da estratégia organizacional estão contribuindo para a melhoria dos resultados;

Perspectiva da sociedade: como a instituição é vista pela sociedade e como ela pode atendê-la da melhor maneira possível. Os indicadores devem mostrar se os serviços prestados estão de acordo com a missão da organização;

Perspectiva dos processos internos: os processos de prestação de serviço em que o órgão precisa ter excelência. Os

indicadores devem mostrar se os processos e a operação estão alinhados e se estão gerando valor;

Perspectiva da inovação e aprendizagem: a capacidade da organização para melhorar continuamente e se preparar para o futuro. Os indicadores devem mostrar como a organização pode aprender e se desenvolver para garantir o crescimento.

O BSC busca estratégias e ações equilibradas e balanceadas em todas as perspectivas que afetam a organização, permitindo que os esforços sejam dirigidos para as áreas de maior competência e detectando e indicando as áreas para eliminação de inconsistências. É um sistema voltado para o comportamento, e não para o controle. Seus indicadores estão direcionados para o futuro e para a estratégia organizacional em um sistema de contínua monitoração.

Também corresponde a um sistema de avaliação do desempenho organizacional que leva em consideração que os indicadores financeiros, por si mesmos, não refletem perfeitamente a efetividade da organização. Os indicadores financeiros somente medem os resultados dos investimentos e das atividades, medidas em termos monetários, não sendo sensíveis aos chamados impulsionadores de rentabilidade em longo prazo.

A escolha dos indicadores de uma organização não se restringe unicamente ao foco econômico-financeiro, as organizações também se utilizam de indicadores focados em ativos intangíveis como: desempenhos dos processos internos e pessoas, inovação e tecnologia. Isto porque a somatória destes

fatores alavancará o desempenho desejado pelas organizações, conseqüentemente criando valor futuro.

A compreensão de como funciona a ferramenta gerencial é fundamental para uma organização, não adianta ter a ferramenta e não saber quando e onde usá-la. O sucesso de uma instituição está no seu propósito principal, naquilo que está definido em sua missão e em sua visão, em sua definição estratégica. O BSC se diferencia de todos os outros modelos de gestão porque pode agregar todos os modelos de controle e planejamento existentes na organização, desde que proporcionem ao administrador uma forma de indicador de desempenho.

1.3 Da Necessidade do Treinamento ser Parte do Desenvolvimento e da Implementação da Gestão Estratégica no MPDFT

O BSC é uma metodologia de conhecimento amplo, porém a interpretação de como ocorrerá o desenvolvimento e a implementação da estratégia varia de empresa para empresa. Isso quer dizer que cada empresa, mesmo atendendo às especificações colocadas no projeto básico do MPDFT, construirá seu projeto específico.

O treinamento na referida metodologia tem como foco não somente a transferência do conhecimento técnico, mas também a habilitação e o treinamento de servidores para atuar como multiplicadores durante e depois do processo de implementação do BSC e, como tal, nesse caso particular, é visto como parte essencial do desenvolvimento e da implementação da gestão

estratégica e deve estar obrigatoriamente alinhado com o trabalho que a empresa vai realizar.

Tendo em vista a preservação da unicidade de sentido e da qualidade do serviço prestado, é determinante que o treinamento seja realizado pela mesma empresa que realizará o desenvolvimento e a implementação da gestão estratégica no MPDFT.

Todas as unidades do MPDFT poderão participar do desenvolvimento e implementação da gestão estratégica, sendo posteriormente definido o grau de participação de cada uma.

1.4 Desenvolvimento e Implementação

Apresentaremos a seguir o detalhamento das etapas do projeto de construção do Planejamento Estratégico do MPDFT.

1.4.1 Plano Estratégico Corporativo e Mapa Estratégico

Formação das equipes

Conforme a metodologia BSC, a formação das equipes de trabalho para construção do planejamento estratégico se faz necessária para conferir representatividade e, por conseguinte, legitimidade ao processo de implantação da Gestão Estratégica 2010/2020, uma vez que é inviável entrevistar todos os membros e servidores da Instituição.

Além disso, permite também atender a característica única do MPDFT em que mescla áreas sem vínculo hierárquico

(Procuradorias e Promotorias) com áreas funcionais departamentalizadas (áreas administrativas).

Portanto, baseada na metodologia BSC, as equipes foram divididas em:

- a) núcleo de líderes;
- b) equipe de líderes;
- c) equipe de líderes ampliada.

Lançamento do projeto

Em 9/2/2010 foi realizado o *Workshop* de lançamento do Projeto Gestão Estratégica 2010-2020.

Plano detalhado do projeto

Proposta de cronograma, sugestão e validação das equipes apoiarão o desenvolvimento do projeto. Validados em reunião com o núcleo de líderes no dia 25/2/2010.

Entrevista com a equipe de líderes ampliada

Resgate da missão, definição da visão de futuro e objetivos estratégicos. Foram entrevistados 102 líderes do MPDFT.

Capacitação para 40 servidores na metodologia *Balanced Scorecard* – BSC.

Esses servidores são secretários executivos, chefes de divisão e de setores do MPDFT cuja tarefa diária é execução dos trabalhos da unidade. A ideia desse treinamento é a formação de multiplicadores da metodologia no âmbito do MPDFT. Tal treinamento ocorreu em 22 e 23 de fevereiro de 2010.

Consolidação das entrevistas com as lideranças e primeira proposta do mapa estratégico.

Validação do mapa estratégico

Validação do mapa com a descrição dos objetivos e relações de causa e efeito em três fases, sendo a pré-validação com o núcleo de líderes, *workshop* de validação do Mapa Estratégico e priorização dos objetivos estratégicos. Evento ocorrido em 4/3/2010.

Elaboração e apresentação do Plano de Comunicação do projeto em reunião realizada com a Assessoria de Comunicação Social e o Núcleo de Líderes em 17/3/2010.

1.4.2 Etapa 2 do Projeto – Indicadores e Metas Estratégicas

Treinamento para 40 servidores

II Ciclo de Capacitação para a Formação de Gerentes Táticos. O objetivo do treinamento é dar início ao processo de desdobramento da estratégia do MPDFT, de forma a identificar os Planos Táticos e Operacionais da Unidade Administrativa, alinhando-os ao Mapa Estratégico da Instituição.

A capacitação foi realizada nos dias 23/3/2010 e 5/4/2010 para que as unidades administrativas do MPDFT pudessem ser contempladas.

Inventário de indicadores atualmente existentes no MPDFT e sugestão das equipes que apoiarão o desenvolvimento do projeto.

Foi realizado um levantamento dos indicadores do MPDFT na Corregedoria, na Secretaria de Planejamento e em outras unidades que realizam algum tipo de contagem quantitativa e/ou qualitativa no Órgão.

Além disso, foi formada a equipe de guardiões dos indicadores estratégicos, com o objetivo de criar contextos e articular ideias para fomentar novas práticas de medições no âmbito da Instituição.

Proposta de indicadores para o BSC em construção

A construção dos indicadores é feita por intermédio de entrevistas com cada guardião dos objetivos estratégicos, podendo cada objetivo ter mais de um indicador.

Detalhamento preliminar dos indicadores validados pelo MPDFT

Consiste na descrição pormenorizada do indicador, tais como nome do indicador, nome do guardião, objetivo estratégico no qual se relaciona, fonte de dados, fórmula de cálculo, unidade de medidas, periodicidade e dados históricos.

Identificação da necessidade de planos de ação para desenvolvimento de fontes de dados englobando os atuais indicadores existentes que não possuem fontes de dados

Essa tarefa contempla a verificação da necessidade de produção histórica de informações para subsidiar o estabelecimento de metas por indicador. Ela é necessária, pois a Instituição ainda não possui cultura de medição por indicadores estratégicos.

Proposta de indicadores validada com suas respectivas fórmulas geradoras

Após a construção dos indicadores, proposta de indicadores foi formulada para validação com a Equipe de Líderes e seus guardiões, evento ocorrido em dois encontros, em 30/3/2010 e 6/4/2010.

Mapa estratégico atualizado

Depois dos indicadores construídos e detalhados, o Mapa Estratégico é atualizado.

Definição clara dos planos de ação necessários para a identificação dos novos indicadores

A construção dos Planos de Ação é feita por intermédio de entrevistas com cada guardião dos objetivos estratégicos. Eles são um marco para a Instituição, pois fornecem o ponto de partida para a análise quantitativa e qualitativa o desempenho da atuação do MPDFT ao longo do tempo.

Proposta de metas comunicada e validada

Cumprida a tarefa anterior, é feita uma proposta de metas, que será validada e comunicada no *workshop* de validação de programas e metas institucionais.

1.4.3 Iniciativas Estratégicas

Treinamento de 40 Servidores: essa capacitação foi desenvolvida na forma de oficinas em que todas unidades do MPDFT foram visitadas, com a finalidade de produzir painéis

que contêm até cinco objetivos estratégicos, os quais a unidade impacta, projetos institucionais e rotinas que viabilizem o alcance dos objetivos estratégicos escolhidos.

Inventário de iniciativas atuais de cunho estratégico e sua análise de aderência ao mapa estratégico corporativo: levantamento de todos os programas e projetos de relevância já Institucionalizados e que estejam em consonância com a Gestão Estratégica.

Sugestão preliminar de priorização de iniciativas: é a análise dos projetos institucionais em relação ao impacto nos objetivos estratégicos (matriz de impacto).

Iniciativas estratégicas prioritárias identificadas: é um detalhamento da carteira de projetos institucionais que impactam diretamente no cumprimento da missão do Órgão.

Mapa estratégico, indicadores e metas atualizados: atividade de atualização constante do mapa estratégico e seus principais elementos.

1.4.4 Suporte à Implementação e Realização da Primeira Reunião de Análise Estratégica – RAE com os Líderes do MPDFT

Iniciativas: definição da sistemática para a gestão continuada das iniciativas priorizadas e atualização do estágio atual das iniciativas estratégicas para a reunião com os líderes do MPDFT.

Indicadores e Metas: suporte no encaminhamento de pendências, definição de planos de ação, atribuição e comunicação de responsáveis e prazos.

*Cockpit*²: suporte na melhor formatação dos gráficos e do *cockpit* e na definição das regras correlatas.

Comunicação: acompanhamento, suporte e avaliação da realização do plano de comunicação, incluindo o painel de controle.

1.4.5 Alinhamento do BSC aos Processos de Gestão Existentes

Quarenta servidores deverão ser capacitados nos conceitos de Processos de Gestão de forma a transferir o conhecimento (treinamento e *coaching*), possibilitando atuação como multiplicador do conceito na organização.

Situação atual: entendimento e análise dos processos existentes do atual modelo de gestão estratégico, tático, operacional e orçamentário do MPDFT.

Análise deste mapeamento e identificação de direcionadores do modelo futuro.

Desenho da situação futura: detalhamento do modelo futuro integrando os planejamentos estratégico, orçamentário e operacional à luz das expectativas da liderança do MPDFT e do instrumental do BSC.

2 *Cockpit*: é um instrumento gerencial de tomada de decisões, tanto emergenciais quanto de longo prazo, evidenciando necessidades imediatas e tendências de futuro. Por meio de técnicas de simulação de cenário, integradas ao painel de indicadores, o gestor do projeto pode testar diversas iniciativas, aumentando a assertividade de suas ações e controlando melhor as consequências de suas decisões. É uma interface, preferencialmente gráfica, ligada ao sistema informacional da instituição, que disponibilizará para o gestor do projeto as informações de que ele necessita. É composto de elementos gráficos que o auxiliem em suas tomadas de decisão.

Detalhamento e validação de um plano de implementação para o modelo concebido.

2 Análise e Melhoria de Processos

A falta de planejamento adequado para a estruturação dos processos considerados de grande importância para o desempenho da empresa no mercado torna-se um inimigo cotidiano e crescente ao longo da vida organizacional. Não se pensa, por exemplo, em reformular, discutir e medir os processos de trabalho desenvolvidos dentro de um setor ou departamento. Com isso, várias tarefas são realizadas banalmente, gerando apenas desperdício de pessoal, tempo e capital.

Uma atividade pode ser totalmente reformulada sem custo algum, apenas se ensinando novas formas de como ela pode ser realizada. Clássicos são os exemplos em que um único documento passa por diversos setores, esperando aprovações, carimbos e certificados, até que finalmente possa ser liberado. Isso ocorre para que os erros sejam diminuídos ao máximo, mas gera uma burocracia tão elevada que pode acabar afogando a tarefa e até gerar carga futura de erros tão alta quanto a que se quis extinguir.

Por isso, planejamento é a palavra de ordem para a estruturação dos processos. Só assim uma empresa pode começar a ter ambição de montar células que executem atividades que relacionam e transmitem dados, informações e conhecimentos entre si. Nenhum setor ou departamento sobrevive sozinho dentro de uma organização: eles são como pequenas engrenagens que, juntas, montam uma grande máquina, no caso, a empresa.

A tarefa da Melhoria dos Processos é fazer que as engrenagens inicialmente sejam analisadas por completo. Depois, certificar-se de que aos poucos elas se encaixarão perfeitamente e, por fim, aplicar melhorias que façam essas engrenagens trabalharem mais rapidamente e com eficiência. Melhorar processos, em suma, é modificar ou implementar para obter resultados superiores.

A conceituação de processos torna-se importante para este trabalho devido à falta da consolidação desse conceito dentro das organizações. Por possuírem diversas influências de várias escolas da administração, os processos podem ser vistos sob diferentes enfoques.

Segundo Hammer e Champy (1994), o processo é um grupo de atividades realizadas numa sequência lógica com o objetivo de produzir um bem ou serviço que tem valor para um grupo específico de clientes.

Para Gonçalves (2000), um processo é qualquer atividade ou conjunto de atividades que toma um *input*, adiciona valor a ele e fornece um *output* a um cliente específico.

Dentro das organizações, existem diversos processos que, segundo Cruz (2003), são classificados em dois tipos:

- a) primários: processos que estão diretamente ligados à produção do produto que a organização tem por objetivo disponibilizar para seus clientes;
- b) secundários: são os processos, também chamados de processos de suporte, que dão suporte tanto os processos

primários quanto os secundários, dando-lhes condições para que possam existir.

Já o Guia D Simplificação do GESPÚBLICA, elaborado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (2006), classifica os processos também em dois grupos:

a) finalísticos: diretamente relacionados à essência do funcionamento/missão da organização e/ou diretamente envolvidos no atendimento às necessidades dos seus cidadãos/usuários;

b) apoio: essenciais para a gestão efetiva da organização, garantindo o suporte adequado aos processos finalísticos, ou seja, à atividade-fim da organização, tais como: gestão de pessoas, gestão de material, planejamento e acompanhamento das ações institucionais desenvolvimento de tecnologia da informação e execução orçamentário-financeira.

A partir do momento em que se é entendida a natureza dos processos e sua importância para a organização, seja o processo primário, seja o secundário, surge a necessidade do seu gerenciamento, a fim de melhorá-los. Para isso, é necessário tanto uma análise como uma avaliação crítica das práticas da organização a respeito de seus processos. A AMP, por meio da modelagem, é a ferramenta apropriada para a análise, tendo em vista que ela possui visualização completa e consequente compreensão das atividades executadas dentro de um processo, assim como da inter-relação entre elas.

2.1 Modelagem de Processos

A modelagem de processos consiste em construir uma representação de um processo, real refletindo suas características com o nível ideal de detalhamento desejado (TORRES, 2002). Ela permite que sejam conhecidas com detalhes e profundidade todas as operações que ocorrem durante a fabricação de um produto ou a produção de um serviço, ou seja, as operações de um processo. Segundo Paim (2002) a modelagem de processos é um instrumento central para a aplicação da Gestão de Processos.

2.2 Hierarquia dos Processos

Os processos compõem a estrutura organizacional por meio de uma hierarquia, na qual é representado o nível de detalhamento com que o trabalho é abordado. Essa hierarquia é assim apresentada:

a) macroprocesso: é um processo que geralmente envolve mais que uma função na estrutura organizacional e a sua operação tem impacto significativo no modo como a organização funciona;

b) processo: é um conjunto de atividades sequenciais (conectadas), relacionadas e lógicas que tomam *input* com um fornecedor, acrescentam valor a este e produzem *output* para um consumidor;

c) subprocesso: é a parte que, inter-relacionada de forma lógica com outro subprocesso, realiza um objetivo específico em apoio ao macroprocesso e contribui para a missão deste;

d) atividades: são coisas que ocorrem dentro do processo ou do subprocesso. São geralmente desempenhadas por uma unidade (pessoa ou departamento) para produzir um resultado particular. Elas constituem a maior parte dos fluxogramas;

e) tarefa: é uma parte específica do trabalho, ou melhor, o menor microenfoque do processo, podendo ser um único elemento e/ou um subconjunto de uma atividade. Geralmente, está relacionada como um item e desempenha uma incumbência específica.

Schmidt (2005) define o macroprocesso como a ferramenta organizacional que trabalha em prol do atendimento completo das necessidades e satisfações do cliente. Todos os processos a serem trabalhados pela metodologia da melhoria de processos estão ligados hierarquicamente ao macroprocesso.

A melhoria de processos deve, então, buscar sempre melhorar toda e qualquer atividade que esteja direta ou indiretamente conectada ao macroprocesso. Em um grau de comparação, o macroprocesso seria para a empresa o que um motor é para um automóvel, você não consegue seguir à frente do mercado se o seu motor não estiver funcionando perfeitamente.

O diferencial está exatamente aqui: não basta ter um motor potente se todos os seus concorrentes também o têm. O importante é que o motor (macroprocesso) seja sempre alvo de melhorias e atualizações constantes, para que seu desempenho fique, se não paralelo, acima dos demais. Fica claro que existe

necessidade de melhoria contínua de todos os processos inseridos no macroprocesso.

Dentro de cada processo de apoio há uma gama de subprocessos sendo executados. É tarefa da melhoria de processos examinar e controlar cada um desses processos para que eles sejam executados em sua plenitude, retornando, assim, eficiência maior na execução de qualquer atividade ligada ao macroprocesso.

2.3 Realizando a Melhoria de Processos

As atividades de uma empresa são na verdade um emaranhado de processos e subprocessos que se intercalam entre os diversos departamentos de uma organização. Para saber se uma atividade exige necessidade de melhoria, deve-se primeiramente definir o chamado macroprocesso do negócio. O macroprocesso é aquele que integra todas as atividades que estejam intrinsecamente ligadas com a satisfação do cliente. A melhoria de processos deve, então, buscar sempre melhorar toda e qualquer atividade que esteja direta ou indiretamente conectada ao macroprocesso.

Para realizar a melhoria de processos, especificamente no MPDFT, foi desenvolvido pela autora deste artigo um manual para elaboração de análises administrativas no qual são descritos todos os passos para realização da AMP, utilizando-se de diversas técnicas, como fluxogramas, 5S, ciclo PDCA, entre outras.

2.4 Alinhando os Processos aos Objetivos Estratégicos

Após analisarmos as estruturas do MPDFT, identificamos o macroprocesso (controle de feitos), os processos e subprocessos que deveriam sofrer modificações.

O trabalho foi realizado mapeando-se algumas Promotorias de Justiça Especializadas, Coordenadorias das Promotorias de Justiça descentralizadas (em bairros) e Promotorias de Justiça Cíveis e Criminais. Desse trabalho foram produzidos os manuais de procedimentos e normas dessas Promotorias de Justiça.

A partir da observação da situação encontrada, analisamos os processos em conjunto com os objetivos estratégicos. Para os objetivos estratégicos que seriam gerados pela atividade-fim, ou seja, os resultados para a sociedade, alinhamos os processos de modo que os indicadores de resultados para entradas e saídas processuais tivessem a mesma unidade de medida e critério de segmentação, além de serem medidos dentro dos mesmos períodos.

3 Considerações Finais

A grande maioria das organizações que busca implementar um modelo de gestão estratégica encontra lacunas entre os processos e os projetos de longo prazo. Se as operações realizadas no dia a dia não forem alvo de melhoria contínua, o foco das equipes não se voltará para o longo prazo e, dificilmente, a visão de futuro será implementada.

Para alcançar a visão de futuro ou cumprir a missão, o MPDFT precisa rever seus processos em todos os níveis organizacionais, por meio de um projeto de padronização dos subprocessos principais. Em cada unidade deve ser formado um multiplicador a fim de padronizar as atividades. Dessa forma, atingem-se inclusive as operações do dia a dia que poderiam não ser consideradas prioritárias para os objetivos estratégicos.

Outro ponto é a implantação do portfólio de projetos estratégicos, além dos projetos institucionais e programas já desenvolvidos que terão continuidade mesmo com a mudança de gestão.

Percebemos que existem lacunas entre o desempenho esperado para que a estratégia seja implementada e o padrão de execução dos processos. Em algumas situações, os processos mapeados não sofrem atualização dinâmica como a estratégia, além disso, observa-se outra lacuna entre as realidades estratégicas e operacionais. Embora a estratégia esteja bem definida, os projetos e as rotinas dos níveis táticos e operacionais, em que os processos estão inseridos, não possuem os níveis de informação necessários à execução da estratégia. A estratégia é vista como algo de nível superior, apenas da Alta Administração do órgão ou da empresa, portanto, a estratégia é considerada inacessível aos níveis menos hierárquicos da Instituição.

É necessário que as organizações, ao definir os seus objetivos de longo prazo, garantam que sua operação seja suficientemente capaz de atender a esses objetivos por meio dos seus processos.

E mais ainda: é preciso ter um modelo capaz de manter sempre os processos conectados, atualizados e alinhados em relação às demandas da estratégia.

Alcançar a visão de futuro por meio da implementação da estratégia requer projetos de intervenção e processos alinhados e atualizados, disponibilizando para a organização os produtos e serviços demandados pela estratégia.

Title: Process Modeling in the Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: Achieving the Goals of Strategic Plan.

Abstract: This article intends to present the analysis and process improvements being of fundamental importance for the strengthening and development of the organization's processes, leading it to an excellence of management. The Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT developed its strategic plan for the next ten years ahead and, as part of this work, the improvement of the process will enhance the ability to anticipate, manage and respond to future changes and maximize the results for the society. At first it made a brief report on the methodology used to prepare the strategic plan of the MPDFT, namely Balanced Scorecard-BSC. The process modeling techniques have the proposal to make a continued efforts to ensure that the strategic plan can be executed and that objectives are reached from well-defined processes, developed and constantly revised.

Keywords: Strategic planning. Tools. Public management. Analysis and process improvement.

Referências

BRASIL. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Secretaria de Ciência e Tecnologia. Instituto Militar de Engenharia. *Análise e melhoria de processos*. Rio de Janeiro: IME, 1999.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Guia D simplificação*. Brasília, DF, 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1603/2008. Ata nº 32/2008 – Plenário. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 ago. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 346/2009. Ata nº 4 – Segunda Câmara. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 663/2009. Ata nº 13 – Plenário. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 09 abr. 2009.

CRUZ, Tadeu. *Sistemas, métodos e processos: administrando organizações por meio de processos de negócio*. São Paulo: Atlas, 2003.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Gestão estratégica 2010/2020 do MPDFT*. Brasília, 2010.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Procuradoria-Geral de Justiça. *Planejamento estratégico*: projeto básico. Brasília, 2009. Disponível em: <https://intranet.mpdft.gov.br/portal/arquivos/pdf/SEC-PLAN/Termo_referencia_planejamento_estratgico.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2011.

GONÇALVES, José Ernesto Lima. As empresas são grandes coleções de processos. *RAE: Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 40, n.1, p.6-19, 2000.

HAMMER, M.; CHAMPY, J. *Reengenharia*: repensando a empresa em função dos clientes, da concorrência e das grandes mudanças da gerência. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

KAPLAN, Robert S.; NORTON, David P. *A estratégia em ação*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

KAPLAN, Robert S.; NORTON, David P. *Organização orientada para a estratégia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

MARANHÃO, M.; MACIEIRA, M. E. B. *O processo nosso de cada dia*: modelagem de processos de trabalho. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

PAIM, R. *Engenharia de processos*: análise do referencial teórico-conceitual, instrumentos, aplicações e casos. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2002.

SCHMIDT, S. Aparecido. *Gestão por processos*. 2005. Disponível em: <http://www.prdu.unicamp.br/gestao_por_processos/palestras/Gestao_Processos_UNICAMP_170903.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2010.

TORRES, J. B. *Um modelo dinâmico de apoio a gestão organizacional baseado na modelagem de processos utilizando componentes de software*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BANDEIRA, Andreza Soares Moreira. Modelagem de processos no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: atingindo os objetivos do planejamento estratégico. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 6, p. 91-128, 2012. Anual.

Submissão: 30/03/2012

Aceite: 10/07/2012

O Papel Democrático do Ministério Público no Processo Coletivo: o Ministério Público como Garantia Institucional do Cidadão na Democratização do Acesso à Justiça¹

Cláudio João Medeiros Miyagawa Freire

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-Graduado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Resumo: É possível o Ministério Público ser um instrumento de realização do princípio democrático por intermédio da ampla e efetiva promoção dos direitos fundamentais? O processo coletivo seria um instrumento idôneo para realizar tal mister constitucional? O Ministério Público é uma garantia fundamental necessária para a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente de cunho coletivo? Essas e outras questões serão objeto do presente trabalho, que tem como núcleo a análise do papel do Ministério Público no processo coletivo, com enfoque na função de instituição-garantia de acesso à Justiça, buscando aferir se o Parquet pode ser concebido como instrumento de emancipação social. Visando a compreender a atual posição constitucional do Ministério Público, será feita uma breve digressão sobre a evolução histórica da instituição ministerial até chegarmos à concepção atual, erigida pela Lei Fundamental brasileira de 1988, a qual consagrou o Estado Democrático de Direito. Em seguida, serão feitas algumas considerações acerca do processo coletivo e como o Ministério Público pode se valer desse instrumento para proteção dos interesses sociais. A partir dos fundamentos suprarreferidos, a pesquisa se voltará para a análise do Ministério Público como uma garantia institucional do cidadão na efetivação democrática do acesso à Justiça.

1 Trabalho originalmente apresentado como Monografia de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Ministério Público e a Ordem Jurídica* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios FESMPDFT.

Palavras-chave: Ministério Público. Processo coletivo. Acesso à justiça. Justiça. Democracia.

Sumário: Introdução. 1 O Ministério Público no Estado Democrático de Direito. 1.1 O Ministério Público e sua Formação Histórica. 1.2 O Ministério Público Brasileiro: Evolução Histórica. 2 A Atuação do Ministério Público no Processo Coletivo. 2.1 Noções Introdutórias. 2.2 Considerações Acerca do Processo Coletivo. 2.3 A Legitimação Ativa do Ministério Público para Demandas Coletivas. 3 O Ministério Público como Garantia Institucional do Cidadão na Efetivação Democrática do Acesso à Justiça. 3.1 Notas Preliminares. 3.2 A Garantia Institucional do Ministério Público. 3.3 A Efetivação Democrática do Acesso à Justiça pelo Ministério Público no Processo Coletivo. 3.4 O Defensor do Cidadão: o Ministério Público como Promotor da Cidadania no Processo Coletivo. 4 Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O efetivo acesso à Justiça é uma garantia institucional dos cidadãos e um dever do Estado Democrático de Direito. Nessa segunda dimensão, o Estado está vinculado à concretização dessa garantia, para tanto deve constituir instituições aptas a efetivar tal direito fundamental.

Nessa quadra, precisamente a partir da Constituição de 1988, o Ministério Público passou a ser um instrumento posto pelo constituinte à disposição dos cidadãos para efetivação do acesso à Justiça. Sendo o acesso à Justiça decorrência necessária da democracia, o Ministério Público revela-se como instituição legitimada constitucionalmente – como guardião do regime democrático, consoante consta do art. 127, *caput*, da Constituição da República – a assegurar a efetiva de tal direito fundamental do cidadão.

Uma das maneiras de o Ministério Público assegurar o acesso à Justiça é o processo coletivo. Nesse espaço da jurisdição, a instituição ministerial está dotada de legitimação para representar todos os cidadãos nos processos coletivos, precipuamente nas causas que versem sobre direitos sociais; tornando efetivo o direito fundamental de acesso à Justiça. Com base nessas considerações iniciais, deixa-se consignado que o objeto da presente pesquisa monográfica consistirá na análise do papel do Ministério Público no processo coletivo, com enfoque na função de instituição-garantia de acesso à Justiça.

Desse modo, diversas questões serão analisadas, como a origem, o regime jurídico e a atual posição constitucional do Ministério Público. Em sequência, tratar-se-á da atuação dessa instituição no processo coletivo. Para tanto, discorreremos sobre esse recente ramo da ciência processual. Por fim, o Ministério Público será analisado como uma garantia institucional do cidadão no processo coletivo; nesse ponto a pesquisa se focará na demonstração que o Ministério Público, como condensador dos anseios sociais, pode ser um instrumento idôneo para efetivação do acesso à Justiça, democratizando o direito fundamental do cidadão à efetiva tutela jurisdicional.

De acordo com os assuntos acima mencionados, conclui-se que os ramos do Direito que serão objetos do estudo são o Direito Constitucional – mais especificamente o Direito do Estado, com foco na instituição do Ministério Público – e o Direito Processual Coletivo. Além do mais, será preciso trazer ao trabalho breves

noções da parte do Direito Constitucional que cuida da teoria dos direitos fundamentais, mais precisamente no que concerne às garantias institucionais. Tudo isto com o escopo de robustecer as conclusões pretendidas.

Adiantando algumas posições, o Ministério Público será tratado como o ente promotor da democracia no processo coletivo, condensador dos anseios da sociedade e defensor dos interesses afetos à cidadania. O processo coletivo, como se verá oportunamente, é importante instrumento realizador do direito fundamental de acesso à Justiça, porquanto possibilita a promoção e tutela de direitos de titularidade diluída que eventualmente ficariam desassistidos se fossem restritos às vias convencionais de processo.

Nessa esteira, o Estado Democrático de Direito, iluminado pelos princípios constitucionais fundamentais e guiado pelos objetivos fundamentais (arts. 1º e 3º da Lei Fundamental, impõe a participação da instituição do Ministério Público na promoção e na defesa dos interesses sociais.

Assim sendo, a participação do guardião dos interesses sociais e do regime democrático é imperiosa; pois, além de conferir além de tutelar os interesses mais caros do cidadão (*interesses sociais*), legitima o procedimento coletivo e realiza o princípio democrático no processo.

Recapitulando, a delimitação do tema envolve dois ramos da ciência jurídica o Direito Constitucional e o Direito Processual. E, tendo em conta as breves considerações feitas acima, o objeto

do estudo pode ser cunhado nestes termos: “O papel democrático do Ministério Público no processo coletivo: o Ministério Público como garantia institucional do cidadão na democratização do acesso à Justiça”.

1 O Ministério Público no Estado Democrático de Direito

O estudo do atual papel do Ministério Público² tem despertado o interesse de inúmeros autores, principalmente daqueles que têm cuidado do desenho constitucional dado à instituição. Após a promulgação do texto constitucional de 1988, o Ministério Público passou a ter perfil constitucional inédito e peculiar em nossa história institucional, passou de defensor dos interesses do Estado para defensor do regime democrático e dos interesses indisponíveis da sociedade.

Em seu desenho constitucional, o Ministério Público possui virtualidades e funções institucionais aptas a possibilitar a democratização da tutela jurisdicional para a população em geral. A conformação constitucional da instituição aos anseios sociais é uma consequência direta da implantação do Estado Democrático

2 A expressão “Ministério Público”, segundo consta na obra de Hugo Nigro Mazzilli, pode ser compreendida da seguinte forma: “Num sentido mais genérico, referindo-se a todos os que, de qualquer forma, exercitavam uma função pública, a expressão “ministério público” já se encontrava nos textos romanos clássicos. No sentido, porém, de referir-se à instituição de que ora nos ocupamos, e de acordo com levantamento feito por Mario Vellani, a expressão francesa *ministère public* passou a ser usada com frequência nos provimentos legislativos do século XVIII, ora para designar as funções próprias daquele ofício público, ora para referir-se a um magistrado específico, incumbido do poder-dever de exercitá-lo, ora, enfim, como metonímia, para dizer respeito ao seu ofício (MAZZILLI, 2007b, p. 43-44).

no Brasil. Contudo, nem sempre na história institucional brasileira foi assim, pois, antes de ser defensor dos cidadãos, o Ministério Público tutelava os interesses estatais.

Com escopo de compreender a evolução da instituição do Ministério Público, faremos uma rápida digressão acerca da formação histórica deste ente estatal. Para tanto, serão analisados desde agentes públicos da antiguidade com atribuições semelhantes às do *parquet*³, passando por seus antecessores europeus – principalmente franceses e portugueses –, bem como pelo antigo Ministério Público brasileiro, até se chegar ao Ministério Público consagrado no Estado Democrático de Direito brasileiro, inaugurado pela Constituição Cidadã de 1988.

3 A origem do termo “*parquet*” para fazer referência ao Ministério Público emana das raízes francesas da instituição. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli faz estas colocações: “Inegável é a influência da doutrina francesa na história do Ministério Público, tanto que hoje a expressão *parquet* ainda é frequentemente usada também entre nós para referir-se à instituição. A menção *parquet* (assoalho), muito usada com referência ao Ministério Público, provém dessa tradição francesa, assim como as expressões *magistrature débout* (magistratura de pé) e *les gens du roi* (as pessoas do rei). Com efeito, os procuradores do rei (daí *les gens du roi*), antes de adquirirem a condição de magistrados e terem assento a lado dos juizes, tiveram inicialmente assento sobre o assoalho (*parquet*) da sala de audiência, em vez de terem assento sobre o estrado, lado a lado à *magistrature assise* (magistratura sentada). Conservaram, entretanto, a denominação de *parquet* ou de *magistrature débout*.” (MAZZILLI, 2007b, p. 39).

1.1 O Ministério Público e sua Formação Histórica

1.1.1 Agentes da Antiguidade com Atribuições Semelhantes ao Ministério Público

A doutrina costuma mencionar a existência de agentes públicos da antiguidade com atribuições semelhantes ao do Ministério Público. Afirmam que o antecedente mais remoto do agente do Ministério Público seria um funcionário real do Egito, conhecido como “*magiar*”, o qual tinha por encargo denunciar os infratores, participar dos atos de instrução, tutelar os interesses do faraó e proteger os cidadãos pacíficos (GARCIA, 2008, p. 6).

Hugo Nigro Mazzilli consigna, ainda, outras figuras semelhantes ao atual Ministério Público nos *éforos* de Esparta – pois, embora juízes, exerciam a acusação e deveriam zelar pelo equilíbrio entre o poder real e o poder senatorial –, bem como outras figuras públicas romanas, como o *advocati fisci*, dos “censores” ou do *defensor civitatis* (MAZZILLI, 2001, p. 41).

Contudo, Carlos Roberto de C. Jatahy contesta o antecedente grego do Ministério Público, nestes termos:

No que concerne à Grécia clássica, parece difícil acreditar que a Instituição pudesse ter existido, num sentido orgânico e funcional, nesse período. Isso porque a figura do acusador público não existia naquela sociedade, onde se deixava às vítimas dos crimes ou à família a iniciativa do processo contra os criminosos. A acusação era desempenhada por notáveis oradores que, movidos pelo interesse na causa ou pela paixão que o delito desencadeava no meio social, nem sempre agiam com a imparcialidade do Ministério Público da atualidade. (JATAHY, 2007, p. 8).

No tocante a Roma, cumpre assinalar que não existia a figura do acusador público, pois o processo tinha caráter essencialmente privado. Logo, uma infração podia ser denunciada ou por meio da acusação de uma das partes ou de ofício pelo próprio magistrado, sendo dispensada a intervenção de um órgão exterior incumbido da acusação pública (ZENKNER, 2006, p. 65).

Assim, pode-se afirmar que algumas atribuições exercidas atualmente pelo Ministério Público já existiram no Egito, na Grécia e em Roma. Por outro lado, tais funções desempenhadas por esses agentes não representavam uma estrutura organizada nem gozavam de estatuto semelhante ao do Ministério Público contemporâneo.

1.1.2 A origem do Ministério Público Francês

Costuma-se aceitar a tese de que a origem do Ministério Público coube aos franceses. Inspirado na existência dos procuradores do rei – *les gens du Roi* – o rei Felipe IV, o Belo, na Ordenança de 25 de março de 1303, regulamentou as funções dos agentes do poder real que atuavam perante as cortes na defesa dos interesses do soberano (ZENKNER, 2006, p. 65).

Esse documento é comumente aceito pelos historiadores como a “certidão de nascimento do Ministério Público”. Felipe IV instituiu um corpo de funcionários a quem competia a tutela dos interesses do Estado, separados da pessoa e dos bens da realeza e com a finalidade de fiscalizar as atividades dos juizes, outorgando a tais agentes as mesmas prerrogativas destes, impondo-lhes,

inclusive, a proibição do patrocínio de quaisquer outras causas (JATAHY, 2007, p. 13).

Ainda no século XIV, as *Ordonnances* de 28 de dezembro de 1335, de 20 de julho de 1367 e de 22 de novembro de 1372 também dispunham acerca de tais agentes. Primeiramente, tão-somente defendiam interesses privados do rei perante as cortes de Justiça; em seguida, em especial após a *Ordonnance Criminelle*, editada por Luís XIV em 1670, passaram a exercer a função de acusadores oficiais e adquiriram maior autonomia. Os procuradores franceses acabaram consolidando, definitivamente, sua autonomia após a Revolução Francesa. Um exemplo dela consiste na conquista, em 1792, das garantias da inamovibilidade e da independência em relação ao Poder Executivo. Nesse último contexto, os membros do parquet passaram de meros procuradores do rei, função hoje exercida por órgãos específicos, para tornar-se procuradores da sociedade, incumbindo-lhes a tutela dos interesses sociais (GARCIA, 2008, p. 6). A evolução histórica do Ministério Público revela que a instituição, nascida inicialmente para defender os interesses do soberano, lenta e gradualmente, transformou-se “num baluarte da democracia, com a consequência lógica das transformações da mentalidade política dos povos” (JATAHY, 2007, p. 14).

A instituição do Ministério Público, criada e evoluída em França, penetra em quase todas as legislações europeias, inclusive na portuguesa. Por meio desta legislação, o Ministério Público penetrou no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1.3 O Ministério Público Português⁴

Consoante acima mencionado, as origens do Ministério Público brasileiro têm raízes no ordenamento jurídico português, vigente no Brasil no período colonial.

Em Portugal, a primeira menção existente acerca da questão é um diploma legal de 14 de janeiro de 1289, em que se criava a figura do Procurador do Rei, função de natureza pública e permanente, sem, contudo, constituir uma magistratura. Tal fato somente viria a ocorrer mais tarde, com a criação dos tribunais regulares e a edição de leis que viriam a substituir o primitivo direito dos forais de cada região (JATAHY, 2007, p. 15).

Vigeram em Portugal três grandes ordenamentos jurídicos, a saber: a) Ordenações Afonsinas; b) Ordenações Manuelinas e c) Ordenações Filipinas. Tais ordenações regulamentaram, pelo menos de forma indireta, figuras com atribuições semelhantes a do Ministério Público contemporâneo.

As Ordenações Afonsinas, de 1447, disciplinavam, em seu Título VIII, Livro I, a atuação do “Procurador dos Nossos Feitos”, o qual possuía estas funções: “procure bem todos os feitos da Justiça, e das Viúvas, e dos Orfoões, e miseravees pessoas, que aa Nossa Corte vieram, sem levando delles dinheiro, nem outra cousa de solairo, sem vogando, nem procurando outros nenhuus feitos, que a Nos nom perteeçam sem Nosso especial Mandado, como dito He” (GARCIA, 2008, p. 14).

4 Para exame mais aprofundado da instituição do Ministério Público no Estado português, conferir: (GARCIA, 2008, p. 14-19).

As Ordenações Manuelinas, de 1591, em seu Livro I, tratavam do “Procurador dos Nossos Feitos” (Título XI) e do “Promotor da Justiça da Casa da Sopricaçam” (Título XII), constando que este seria o responsável pela persecução penal naquela corte. O Título XXXIV dessa ordenação regulava a atuação do “promotor da justiça”.

As Ordenações Filipinas, de 1603, por seu turno, dispuseram, além de outros agentes a serviço da Coroa, sobre o “Promotor da Justiça da Casa de Supplicação” (Título XV) e, também, sobre o “Promotor da Justiça da Casa do Porto” (Título XLIII) (GARCIA, 2008, p. 15).

A importância da referência da instituição ministerial portuguesa reside na influência exercida pelo Ministério Público lusitano no perfil institucional brasileiro traçado na Constituição da República de 1988. Esse é o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli (2007b, p. 39): “não podemos olvidar que os primeiros traço do Ministério Público brasileiro provêm antes diretamente do velho direito lusitano”.

1.2 O Ministério Público Brasileiro: Evolução Histórica

1.2.1 O Ministério Público no Império

A origem da instituição do Ministério Público em terras brasileiras se encontra nas Ordenações Manuelinas. O Alvará de 7 de março de 1609, que criou o Tribunal das Relações da Bahia, com o nome de “Relações do Brasil”, é considerado por muitos historiadores como a primeira lei relativa ao Ministério Público

no Brasil (ZENKNER, 2006, p. 69). Nesse documento, consta que o procurador da Coroa e da Fazenda possuía o encargo de ser o promotor de Justiça (MAZZILLI, 2007b, p. 45).

Após a outorga da Constituição de 1824, atribui-se ao procurador da Coroa e Soberania Nacional a acusação no juízo de crimes, exceto as hipóteses de iniciativa acusatória da Câmara dos Deputados. Contudo, a Constituição do Império não cuidou do Ministério Público como uma instituição do Estado.

Notadamente, o primeiro diploma brasileiro a dedicar tratamento sistemático ao Ministério Público foi o Código de Processo Criminal do Império de 1832, porquanto, havia uma seção inteira dedicada à instituição, principalmente aos promotores, com os principais requisitos para sua nomeação, bem como as mais relevantes funções ministeriais daquela época. Em seguida, com a reforma do referido diploma legal, operada pela Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, estipulou-se em dois dispositivos a figura do promotor de justiça (arts. 22 e 23).⁵

Sob a égide da Constituição de 1824, foi editado o Dec. nº 5.618, de 2 de março de 1874, o qual, segundo Marcelo Zenkner

5 Art. 22: Os promotores públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador e pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os bacharéis formados, que forem idôneos, e servirem pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento, serão nomeados interinamente pelos juizes de direito. Art. 23: Haverá pelo menos em cada comarca um promotor que acompanhará o juiz de direito; quando, porém, as circunstâncias exigirem, poderão ser nomeados mais de um. Os promotores venceram o ordenado que lhes for arbitrado, o qual, na corte, será um conto e duzentos mil réis por ano além de mil e seiscentos por oferecimento de libelo, três mil e duzentos réis por cada sustentação no júri e dois mil e quatrocentos réis por arrazoados escritos. Conferir: Jatahy (2007, p. 17-18).

(2006, p. 69), “é apontado como o diploma legal que empregou, pela primeira vez no Brasil, a expressão ‘Ministério Público’”.

1.2.2 A evolução do Ministério Público no Período Republicano

Com a proclamação da República e instituído o Governo Provisório, o ministro da Justiça Campos Salles editou os Decretos 848, de 11 de outubro de 1890, e 1.030, de 14 de novembro de 1890, que cuidavam, respectivamente, da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal, reservou capítulo próprio para o Ministério Público. Este diploma legal foi de suma importância para a instituição do Ministério Público, note-se o seguinte excerto de sua Exposição de Motivos:

O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, está representada nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador-Geral da República, vêm os procuradores seccionais, isso é, um em cada Estado. Compete-lhe, em geral, velar pela execução das leis, decretos e regulamentos, que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier. A sua independência foi devidamente resguardada. (JATAHY, 2007, p. 19).

Por seu turno, o Dec. nº 1.030, de 1890, em seu art. 164, dispunha o seguinte: “O Ministério Público é perante as justiças constituídas o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito” (JATAHY, 2007, p. 19).

Os decretos em referência evidenciam o reconhecimento inicial do Ministério Público como instituição do Estado Democrático de Direito, pois conferiam ao ente ministerial organização própria. Assim, estava consolidada a primeira feição institucional do Ministério Público na legislação infraconstitucional, o que, de acordo com o entendimento de Carlos Jatahy, torna Campos Salles o patrono da instituição no Brasil (JATAHY, 2007, p. 19-20).

A Constituição da República de 16 de julho de 1934 foi o primeiro texto constitucional a tratar do Ministério Público, dedicando-lhe capítulo próprio, independente dos demais órgãos da soberania do Estado, situando a instituição entre os “Órgão de Cooperação na Actividades Governametaes” – Capítulo VI, seção I.⁶

Outorgada a Constituição de 1937, sob o julgo da Ditadura Vargas, houve um retrocesso no tratamento institucional do Ministério Público, porquanto apenas em alguns artigos esparsos foi mencionada a figura do Procurador-Geral da República (art. 99) e a cláusula do “quinto constitucional”, como forma de ingresso dos membros do Ministério Público na magistratura de segundo grau. O que evidencia, consoante preleção de Carlos Jatahy (2007, p. 21), que “nos Estados onde a democracia não floresce e onde não se privilegiam os direito fundamentais do

6 Nas lições de Emerson Garcia, consta que a Constituição de 1934 “em que pese tê-lo associado ao Poder Executivo, conferiu individualidade própria ao Ministério Público, tendo-o inserido no Capítulo VI ‘Dos órgão de cooperação nas atividades governamentais’ (arts. 95 a 98).” (GARCIA, 2008, p. 32).

homem, o Ministério Público não tem contornos constitucionais fortes”.

Conquanto o retrocesso constitucional, o mesmo não ocorreu com a legislação infraconstitucional – sob a ótica do rol de atribuições da instituição –, eis que o Código de Processo Penal de 1941 conferiu ao Ministério Público diversos poderes no âmbito da persecução penal. Vejamos algumas das atribuições do Ministério Público nesse diploma legal: a) poder de requisição de inquérito policial e diligências; b) titularidade, ainda que não exclusiva, da promoção da ação penal pública – visto que ainda existia o procedimento penal *ex officio*; c) promover e fiscalizar a execução da lei (MAZZILLI, 2007b, p. 46). Iniciando, assim, o fenômeno da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, a partir da emissão de pareceres em relação ao mérito das demandas.

Novamente respirando os ares da democracia, a sociedade brasileira foi brindada por uma constituição democrática – a Constituição de 1946. O Ministério Público, nessa ordem constitucional, voltou a ter tratamento em título próprio, após a organização da Justiça dos Estados (arts. 125 e 128), prevendo-se a instituição tanto no âmbito federal quanto no estadual, bem como o espaço de suas atribuições nas Justiças Comum, Militar, Eleitoral e do Trabalho. Nessa esteira, foram conferidas certas garantias aos membros do Ministério Público, como estabilidade e inamovibilidade, bem como instituiu a necessidade de concurso público para o ingresso na carreira (GARCIA, 2008, p. 33). A

Constituição de 1967, editada em 24 deste ano, inseriu o Ministério Público na seção IX, do Capítulo VIII (Poder Judiciário) do Título I (Da Organização Nacional). Segundo entendimento de Carlos Jatahy:

[...] o Ministério Público deu importante passo na conquista de sua autonomia e independência, afastando-se do Poder Executivo e, por assemelhação com os magistrados, conquistando garantias e prerrogativas para o pleno exercício de suas funções institucionais que somente seriam consagradas efetivamente com a Constituição de 1988. (JATAHY, 2007, p. 22).

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, engendrou outro retrocesso institucional, porquanto retornou o Ministério Público ao âmbito do Poder Executivo. Contudo, foram preservados a autonomia de organização e os preceitos da legislação anterior referentes à carreira.

Durante a vigência dessa ordem constitucional, foi promulgada a Lei n.º 7.247 de 1985, que é o diploma legal da Ação Civil Pública, conferindo ao Ministério Público a legitimidade para tutelar os interesses difusos e coletivos. Esse diploma conferiu ao Ministério Público o poder de presidir inquéritos civis e de promover ações civis públicas para a proteção dos referidos interesses (meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) (MAZZILLI, 2007b, p. 46).

Inaugura-se, nesse período, novo perfil ao membro do Ministério Público, passando a atuar como verdadeiro advogado da sociedade, na proteção dos interesses transindividuais e na

qualidade de indutor da transformação social (JATAHY, 2007, p. 23).

1.2.3 O Ministério Público Consagrado na Constituição da República de 1988

Em 5 de outubro de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte promulgou a Constituição democrática da República Federativa do Brasil, a qual deu especial tratamento à instituição do Ministério Público, conceituando-o em seu art. 127, *caput* como: “O Ministério Público é uma 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”.

Esse novo tratamento constitucional dado ao Ministério Público decorreu, principalmente, das mudanças políticas ocorridas no Brasil, notadamente a partir de 1984, com o fortalecimento da ideia de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, com o escopo de inaugurar uma nova e legítima ordem jurídica à nação.

Nesse período, uma comissão de notáveis elaborou o conhecido anteprojeto “Afonso Arinos”, o qual foi submetido ao Poder Executivo. Paralelamente, diversos setores da sociedade civil organizada discutiam seu papel na nova ordem constitucional, incluído aí os membros do Ministério Público. Assim, o Ministério Público não ficou alheio a essa transformação, uma vez que lhe

interessava definir o seu devido lugar no novo texto constitucional a ser elaborado (MAZZILLI, 2007b, p. 85-86).⁷

Essa mobilização dos membros do Ministério Público concretizada com o VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado na capital do Estado de São Paulo, que serviu de base para as reivindicações da instituição, porquanto essa reunião teve por objetivo a preparação de teses, em matéria constitucional, visando à formulação de propostas preparatórias aos trabalhos da Constituinte no que tange ao Ministério Público (JATAHY, 2007, p. 24).

Dando continuidade, foi realizado o Primeiro Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Ministério Público, em Curitiba, em junho de 1986, com vistas a se obter uma proposta nacional de Ministério Público para a Constituinte. Com os trabalhos desse encontro, consolidou-se a ideia da vocação social do Ministério Público, definindo-se o promotor de justiça como “órgão agente em favor dos interesses sociais” e firmando-se a concepção de Ministério Público como “defensor do povo”. O documento aprovado o consenso institucional foi cunhado “Carta de Curitiba” e serviu de

7 Segundo esse mesmo autor, a mobilização dos membros do Ministério Público não se iniciou nesse momento histórico, mas sim já no ano de 1977: “Para registro de justiça, não podemos, porém, olvidar, antes de mais nada, a própria mobilização institucional do Ministério Público que já tinha ocorrido por ocasião das vésperas da frustrante reforma constitucional de 1977, nem a mobilização nacional de vários segmentos da sociedade civil, a que se seguiu igualmente desalentador resultado quando da votação das emendas constitucionais por eleições diretas, emendas essas que foram abandonadas quando o governo federal passou a sentir-se contrariado, nos estertores da gestão do último presidente da Ditadura militar, João Figueiredo (1984)”. (MAZZILLI, 2007, p. 85-86).

orientação para os trabalhos da Constituinte (GARCIA; JATAHY; MAZZILLI, 2008, 2007, 2007b).

A importância da Carta de Curitiba, nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, aferiu-se:

[...] pelo fato de que, até então, nunca os diversos Ministérios Públicos estaduais e o Federal se tinham acertado nos principais pontos sobre garantias, instrumentos, vedações e funções da própria instituição. Assim, pelo fato de ter sido o primeiro texto nacional de consenso sobre o Ministério Público nacional, e por ter servido de base para as reivindicações e conquistas institucionais na Constituinte, cremos tenha significativo valor histórico e interpretativo [...] (MAZZILLI, 2007b, 89-90).

A feitura dos trabalhos da Constituinte relativos ao Ministério Público teve início em 1987, na Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público. O relator naquele órgão da Constituinte foi Plínio Arruda Sampaio, que em foi inspirado pelos princípios e garantias essenciais para a concretização da nova vocação social do Ministério Público, de acordo com o espírito da Carta de Curitiba.

Após os trabalhos no referido órgão, a proposta do texto foi remetida à Comissão de Organização dos Poderes. Nessa oportunidade, reduziram-se os avanços institucionais advindos da Carta de Curitiba que integravam o texto proposto.

Não obstante, na Comissão de Sistematização, o relator da Assembleia Constituinte, deputado Bernardo Cabral, deu guarida às teses da instituição, apresentado texto mais favorável ao Ministério Público brasileiro. Em vista disto, o cunhado

“Centrão” inviabilizou a proposta elaborada pela relatoria, aprovando substitutivo que não possuía integralmente as inovações necessárias à consolidação da instituição do Ministério Público como efetivo defensor da sociedade (JATAHY, 2007, p. 25).

Assim, com a promulgação da Constituição da República de 1988, o Ministério Público brasileiro passou a ter inédito perfil na história institucional, passando de mero defensor do Estado a instituição independente do Estado, vocacionada para tutela do regime democrático e promoção dos direitos constitucionais do cidadão, consoante o estabelecido no *caput* do art. 127 da Lei Fundamental.

Assim, a Constituição de República de 1998 – também cunhada de “Constituição Cidadã” – conferiu, repita-se, inédito perfil à instituição do Ministério Público, atribuindo à Instituição ministerial relevantes funções neste novo Estado de Direito. A Lei Fundamental de 1988 inseriu o Ministério Público no Capítulo IV – “Das Funções Essenciais à Justiça”, sendo este capítulo integrante do Título IV – “Da Organização dos Poderes”. Em razão dessa disposição topográfica, apesar do regramento constitucional dado ao Ministério Público, a instituição está inserida no mesmo título dos demais Poderes do Estado. Esse regramento se deu em capítulo distinto, o que resultou no afastamento do entendimento de que o Ministério Público faz parte de um dos Poderes do Estado – consoante da clássica tripartição de Montesquieu (GARCIA, 2008, p. 35-36).

Com fulcro na conformação constitucional veiculada pela Lei Fundamental de 1988, Paulo Afonso Garrido de Paula sintetiza o espírito do citado dispositivo constitucional nos seguintes termos:

Instituição no sentido de estrutura organizada para a realização de fins sociais do Estado. Permanente, porquanto as necessidades básicas da quais derivam as suas atribuições revelam valores intrínsecos à manutenção do modelo social pactuado (Estado Democrático de Direito – Constituição, art. 1º). “Essencial à função jurisdicional do Estado”, de vez que a atuação forçada da norma abstrata ao fato concreto, quando envolver interesses públicos, deve sempre objetivar a realização dos valores fundamentais da sociedade [...] (GARRIDO DE PAULA, 2001, p. 312).

Nessa senda, pode-se conceber que o Ministério Público é uma instituição do Estado Democrático de Direito, garantidora dos direitos sociais e do regime democrático de Direito.

1.2.3.1 O Novo Desenho Institucional

De acordo com o texto constitucional, o Ministério Público é uma instituição permanente. Isso não significa apenas a regra da vedação de qualquer forma de deformação da conformação constitucional levada a efeito pela competência do poder constituinte derivado. A cláusula da instituição permanente alberga a destinação permanente de defender a ordem jurídica, o regime democrático e também os interesses sociais e individuais indisponíveis (MAZZILLI, 2007b, p. 89-90).

A defesa permanente dos interesses constitucionalmente consagrados, de acordo com Paulo de Afonso Garrido de Paula, revela a função maior da instituição ministerial:

A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis caracteriza a Instituição como (sic) verdadeiro guardião das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito, na medida em que o exercício de suas atribuições, judiciais e extrajudiciais, visa, em essência, ao respeito aos fundamentos de modelo social pretendido (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político – Constituição, art.1º) e à promoção dos objetivos fundamentais do País (construção e uma sociedade livre (sic) justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação – Constituição, art. 3º). (GARRIDO DE PAULA, 2001, p. 313).

Logo, o Ministério Público – com base nas lições acima e com a destinação constitucional prevista no *caput* do art. 127 – pode ser concebido com uma instituição essencial do Estado Democrático de Direito. Esse modelo democrático de Estado, segundo Carlos Roberto de C. Jatahy, instaura perspectivas de realização social profunda pela promoção dos direitos sociais que ele mesmo se comprometeu a realizar e oferece instrumentos à cidadania para concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana (JATAHY, 2007, p. 27).

Nessa linha de raciocínio e com base no novo desenho institucional do Ministério Público, pode-se afirmar que essa instituição é um instrumento posto à disposição dos cidadãos para garantir a efetivação dos princípios fundamentais (art. 1º da Constituição da República) e alcance dos objetivos fundamentais (art. 3º da Constituição da República). Assim, conforme será a seguir pormenorizado, o Ministério Público é uma verdadeira garantia fundamental do cidadão – ou melhor, instituição-garantia, pois é uma forma de organização do Estado – consubstanciada em seu desenho institucional – que visa à proteção dos interesses sociais –, sendo, portanto, a instituição uma cláusula pétrea, não podendo ser revogada ou alterada para reduzir seu âmbito de atuação.

1.2.3.2 O *Ombudsman* Brasileiro

Antes de tratarmos da função de *ombudsman* do Ministério Público, cumpre trazer notícia histórica acerca dessa figura estatal, consoante as lições de Antônio Cláudio da Costa Machado:

[...] nos países escandinavos, existe a figura do *ombudsman*, que desempenha funções semelhantes às do Ministério Público. Na Suécia, o *ombudsman* foi criado em 1809 como forma de permitir ao Parlamento controlar a observância das leis e disposições por todos os magistrados e funcionários públicos civis e militares. A superveniência do *ombudsman* cobre todos os entes estatais, bem como seu pessoal; todos que exercem autoridade, na verdade. Trata-se de órgão investigatório que depende, fundamentalmente, para atuar, das queixas do público em geral e de sua própria iniciativa. (MACHADO *apud* MAZZILLI, 2007a, p. 134).

Assim, nos países em que esse órgão estatal é consagrado, o *ombudsman*⁸ vem a ser encarregado de exercer o controle sobre as atividades da Administração e defender os interesses da coletividade. No Brasil, merece referência o disposto no inciso II, do art. 129, da Constituição da República, que deu o seguinte mister ao Ministério Público: “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

Antes desse regramento constitucional, o cidadão não tinha muitos instrumentos de controle, de influência ou de acesso à administração, o Ministério Público, em razão de sua evolução institucional, acabou por condensar o atendimento ao público, assim, na esteira de Hugo Nigro Mazzilli, começou a açambarcar, de direito e de fato, as funções correspondentes ao *ombudsman* (MAZZILLI, 2007a, p. 135).

Nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, verificou-se que o Ministério Público já estava estruturado

8 De acordo com José Fernando da Silva Lopes, são estas as características fundamentais do ombudsman escandinavo: “a) é um agente político do parlamento, sem vinculação político-partidária, e designado, por tempo certo, através de consenso parlamentar; b) possui independência política e não está sujeito, depois de designado, ao controle parlamentar; c) destina-se a investigar, com ou sem provocação popular, violações da ética de governo, em todos os níveis, as injustiças e os erros da administração; d) detém amplo poder de investigar e de concluir as suas investigações, e todo aparato do Estado está sujeito às suas atividades investigatórias; e) não interfere na atuação específica do poder estatal e nem tem poder de punir ou reparar qualquer injustiça; apenas investiga, conclui e leva a sua conclusão ao conhecimento da opinião pública.” (MACHADO *apud* MAZZILLI, 2007a, p.135).

em carreira e existia em todo o território nacional, assim foi-lhe conferida tal função de controle dos diversos controles (parlamentar ou político, administrativo e judiciário). Nesse tocante, Carlos Roberto de C. Jatahy (2007) faz as seguintes ponderações:

[...] as funções executiva, legislativa e judiciária, atribuídas aos três Poderes Constituídos, realizam controles específicos (controle administrativo, controle político e controle judiciário), mas apresentam entre si separação excessivamente rígida e insuficiente. O controle parlamentar, por sua natureza política, deixa de penetrar em várias zonas cinzentas e em situações concretas de omissividade ou negligência dos agentes públicos. O controle jurisdicional é também insuficiente, por sua natureza casual e individualista, porquanto depende de provocação da parte interessada. O controle administrativo interno, por sua vez, exatamente por remanescer ao alvedrio de autoridades públicas da Administração ativa, é frequentemente menosprezado, quando não solapado. Em função exatamente da insuficiência dos diversos controles, fez-se necessário o surgimento de um órgão que se encarregasse do controle residual, buscando associar as vantagens das diversas espécies de controle. Assim, coube ao Ministério Público exercer tais funções, velando pela atuação da Administração Pública dentro dos primados constitucionais determinados, podendo aduzir medidas judiciais e extrajudiciais para concretizar tal atividade [...] (JATAHY, 2007, p. 30).

Assim, Hugo Nigro Mazzilli faz a seguinte afirmação:

[...] o constituinte de 1988 abandonou a ideia de um ombudsman à parte, e optou por conferir ao Ministério Público: a) maiores garantias e autonomias, ampliando seu campo de fiscalização e atuação; b) privatividade na promoção da ação penal pública; c) legitimação concorrente para promover ações públicas na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; d) controle externo sobre

a atividade da polícia; e) zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, conferindo-lhe a promoção das medidas necessárias a sua garantia. (MAZZILLI, 2007a, p. 136).

Com base nessas considerações, a Lei Fundamental brasileira elegeu a instituição do Ministério Público como a guardiã dos direitos constitucionais do cidadão. O Ministério Público, conforme visto anteriormente, já estava organizado em carreira em todo o território nacional, assim, o constituinte entende de bom alvitre conferir aos membros da instituição instrumentos aptos a cumprir esse desiderato constitucional.

Assim, a tutela dos direitos do cidadão tornou-se a função primordial do Ministério Público, conquanto este não tenha exclusividade essa tarefa – com exceção da ação penal pública –, tendo a Constituição de 1988 erigido o Ministério Público como o defensor do povo, ainda que não tenha mencionado esse mister expressamente (MAZZILLI, 2007a, p. 137).

Por intermédio do processo coletivo, a instituição ministerial pode defender os direitos fundamentais do cidadão em larga escala, possibilitando a democratização do acesso à Justiça.

1.2.3.3 O Ministério Público como Instituição do Estado Democrático de Direito

O Ministério Público está incumbido de uma tarefa das mais essenciais no Estado Democrático de Direito⁹, a defesa das

9 Acerca da caracterização do Estado Democrático de Direito, cumpre nos valer-mos da tradicional concepção de José Afonso da Silva: “A configuração do *Es-*

posições jurídicas consagradas por tal modelo de Estado e de uma ordem jurídica em que predominem os direitos humanos, manifestando tal viés na defesa dos grupos sociais considerados economicamente e socialmente mais debilitados e, por isso mesmo, mercedores de proteção especial, conforme o princípio democrático que emana desse Estado.

Hugo Nigro Mazzilli assevera que: o “Ministério Público é uma instituição que só atinge sua destinação última em meio essencialmente democrático” (MAZZILLI, 2007b, p. 112). Desse modo, as funções institucionais do Ministério Público visam ao bem-estar da sociedade dentro desse regime democrático e, em razão deste círculo virtuoso, assegura a própria existência do Estado Democrático de Direito, porquanto a instituição confere efetividade as promessas deste modelo estatal.

tado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando. [...] A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes da sociedade; há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno desenvolvimento.” (SILVA, 2004, p. 119-120).

Por ser um ente do Estado Democrático de Direito, a Constituição de República protege a instituição ministerial contra a competência de reforma constitucional tendente a aboli-la ou modificar o seu perfil, podendo-se concluir que o Ministério Público é uma cláusula pétrea implícita.

Nesse tocante, o ministro Carlos Ayres de Brito, em conferência proferida no Ministério Público do Rio de Janeiro, cunhada “O MP enquanto cláusula pétrea da Constituição”, tece as seguintes considerações:

As cláusulas pétreas da constituição não são conservadoras, mas impeditivas de retrocesso. São salvaguardas da vanguarda constitucional... a democracia é o mais pétreo dos valores. E quem é o supremo garantidor e fiador da democracia? O Ministério Público. Isto está dito com todas as letras no art. 127 da Constituição. Se o MP foi erigido à condição de garantidor da democracia, o garantidor é tão pétreo quanto ela. Não se pode fragilizar, desnaturar uma cláusula pétrea. O MP pode ser objeto de emenda constitucional? Pode. Desde que para reforçar, encorpar, adensar as suas prerrogativas, as suas destinações e funções constitucionais (BRITO *apud* JATAHY, 2007, p. 77).¹⁰

10 Nesse compasso, Gregório Assada de Almeida faz estas considerações: “O art. 127, *caput*, da CF/88, diz expressamente que o Ministério Público é *Instituição permanente*. Com base na interpretação lógica e na sua correta e perfeita relação com a interpretação teleológica, verifica-se que a Constituição, ao estabelecer que o Ministério Público é instituição permanente, está demonstrando que a Instituição é cláusula pétrea que recebe proteção contra o poder reformador, ao mesmo tempo em que impõe a sua concretização social como função constitucional fundamental. [...] Não bastasse, isso, observa-se que o Ministério Público tem o dever de defender o regime democrático, conforme expresso no próprio art. 127, *caput*, da CF. O regime democrático, na sua condição de regime do Estado da cidadania brasileira, é cláusula pétrea, com previsão, inclusive, no art. 60, parágrafo 4º, incisos II e IV, da CF/88. Ora, se a Instituição ministerial é defensora do regime democrático, torna-se inquestionável a sua inserção no plano das cláusulas pétreas.” (ALMEIDA, 2008).

As seguintes palavras de Hugo Nigro Mazzilli sintetizam tudo quanto foi dito no presente capítulo:

O Ministério Público brasileiro muito evoluiu: começou como defensor do rei, passou a defensor do Estado, depois a defensor da sociedade, e hoje, nos termos do perfil que lhe traçou a Constituição de 1988, passou a ser o defensor da sociedade democrática.

O Ministério Público moderno está encarregado de assegurar o acesso à Justiça, bem como defender todos os direitos sociais, e também os individuais, se indisponíveis. Para isso dispõe dos seguintes instrumentos de atuação funcional: a) ação penal pública (para processar os criminosos); b) inquérito civil (para investigar lesões ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público e social, e a outros interesses metaindividuais); c) ação civil pública (para a responsabilização civil dos causadores de danos a interesses coletivos); d) função de ombudsman (para ouvir reclamações, investigar, fazer audiências públicas e tomar providências para que os serviços públicos e de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição). (MAZZILLI, 2007a, p. 89).

Evidente, portanto, o enquadramento do Ministério Público como instituição essencial do Estado Democrático de Direito, uma vez que é, na verdade, instrumento posto pelo constituinte para a própria realização do Estado Democrático de Direito, uma vez que à instituição ministerial incumbe a defesa dos interesses coletivos, valores essenciais à vida em uma sociedade regida por valores democráticos – como os direitos fundamentais sociais e individuais indisponíveis –, sendo uma das condições de existência do Estado Democrático de Direito.

Na defesa desses interesses essenciais do Estado Democrático de Direito e, portanto, na concretização desses valores, o processo coletivo pode ser um importante instrumento de atuação do Ministério Público, porque estará, nesse espaço da jurisdição, tutelando esses interesses tão caros a inúmeros cidadãos, tornando efetivo um dos desdobramentos do princípio democrático, qual seja, garantia do acesso à Justiça.

Dessa feita, a instituição do Ministério Público tem função central na mediação dos conflitos de interesses sociais. As grandes pretensões coletivas de massa necessitam ser perseguidas por um ente fortalecido, com segurança suficiente para garantir a eficácia da tutela dos direitos do cidadão contra qualquer investida dos detentores do poder econômico (JATAHY, 2007, p. 51).

Portanto, a atuação do Ministério Público no processo coletivo na defesa dos interesses sociais pode ser compreendida como concretização da democracia no âmbito jurisdicional, ou seja, concretização do próprio Estado Democrático de Direito, visto que o Ministério Público é instituição do Estado Democrático de Direito, garantidora dos direitos sociais e do regime democrático de Direito – art. 1º e art. 127 da Constituição da República.

2 A Atuação do Ministério Público no Processo Coletivo

2.1 Noções Introdutórias

Depois de feito o estudo em linhas gerais acerca da origem, da natureza jurídica e da posição do Ministério Público no Estado

Democrático de Direito, faremos neste ponto a análise da natureza da atuação da instituição ministerial no processo coletivo, com a finalidade de fornecer subsídios teóricos para que, no final deste trabalho, discorramos acerca efetivação do acesso à Justiça dos cidadãos por ela representados no processo coletivo.

Para tanto, primeiramente conceituaremos essa espécie de módulo processual, apontando seus princípios específicos e seus escopos. Em seguida, com base na doutrina, traremos os conceitos de interesses ou direitos tutelados nesse espaço da jurisdição. Finalmente, será feito o estudo da legitimação democrática do Ministério Público na tutela desses direitos no processo coletivo.

2.2 Considerações Acerca do Processo Coletivo

O processo coletivo consiste no ramo do Direito Processual Civil que tem por objeto a litigação dos interesses sociais, ou seja, metaindividuais¹¹ – o processo coletivo é o instrumento, ou melhor, procedimento posto à disposição do cidadão para demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à “preservação da

11 Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, os direitos metaindividuais são os que: “não atingindo o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g. o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo.” (MANCUSO, 2004, p. 150).

harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 35).

No Brasil, a origem do processo coletivo é recente e ainda é fenômeno em desenvolvimento¹². Aqui, tudo começou a acontecer já na década de 70, com a Lei n.º 6.513 de 20 de dezembro de 1977, que ampliou, no art. 1º, parágrafo 1º, da Lei da Ação Popular o conceito de patrimônio público, considerando como tal “os bens e direitos, de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”, possibilitando, a tutela dos referidos bens difusos por parte dos cidadãos por intermédio da ação popular. Contudo, a grande virada foi com o advento da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que significou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais aptos a tutelarem os denominados direitos e interesses difusos e coletivos. Cunhou-se essa lei como a Lei da Ação Civil Pública. Mais do que inaugurar uma nova espécie de procedimento, a Lei da Ação Civil Pública inaugurou um autêntico microsistema de processo, que tem por objetivo a tutela de uma espécie de direitos materiais, quais sejam, os direitos transindividuais, caracterizados por serem de titularidade coletiva (MAZZILLI, 2008, p. 121-128; ZAVASCKI, 2008, p. 34-35).

Promulgada a Constituição da República de 1988, restou consagrada constitucionalmente a tutela material dos diversos

12 Tendo em vista que o objeto do presente capítulo cinge-se apenas em analisar a legitimação do Ministério Público no processo coletivo, o tratamento da origem e evolução da tutela coletiva não será pormenorizado. Contudo, cumpre, em nota de rodapé, colacionamos uma síntese histórica desse instrumento moderno da jurisdição feita por Teori Albino Zavascki. (ZAVASCKI, 2008, p. 25-30).

interesses ou direitos metaindividuais, como o direito do consumidor – art. 5º, inciso XXXII; o direito ao meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações – art. 225; o direito ao patrimônio cultural – art. 216, etc. Do mesmo modo, a Lei Fundamental elevou a nível constitucional os instrumentos para a tutela desses direitos, como a ação popular –art. 5º, inciso LXXII e, destaca-se, conferiu legitimação ao Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública destinadas a tutelar qualquer espécie de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 127, inciso III).

Ademais, a Constituição de 1988 ampliou notavelmente o rol de legitimados para protegerem os direitos transindividuais, a partir da técnica processual da substituição processual, outorgando a certas entidades para que, em nome próprio, defenderem em juízo os direitos subjetivos de outras pessoas. Consoante consta da legitimação das entidades associativas – art. 5º, inciso XXI – e sindicais – art. 8º, inciso III –, às quais foi conferida legitimação para tutelarem em juízo pelos direitos de seus associados e filiados. Em igual medida, foi conferida legitimidade para impetração de mandada de segurança coletivo para os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, para as organizações sindicais, para as entidades de classe e, ainda, para associações, com objetivo de defenderem os interesses de seus membros ou associados – art. 5º, inciso LXX, alínea *b*.

Nessa esteira, o legislador infraconstitucional – obedecendo a mandamento constitucional (ADCT, art. 48) – trouxe à baila

o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 – que, entre muitas novidades, inovou o sistema de proteção dos direitos transindividuais, disciplinando o procedimento que denominou-se de ação civil coletiva – art. 91 – que ainda tutela, conjuntamente, os direitos individuais homogêneos, utilizando-se, também, da técnica da legitimação por substituição processual – art. 82 (ZAVASCKI, 2008, p. 35-36).

Com base no que foi dito acima, pode-se afirmar que possuímos um verdadeiro microsistema processual, denominado processo coletivo. Esse sistema processual foi criado e muito bem aparelhado para atender as demandas coletivas oriundas da sociedade de massa modernas. Consoante asseverou Barbosa Moreira (2002, p. 345): “o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais”.

De acordo com o escólio de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a identificação dos elementos que compõem o conceito de processo coletivo da seguinte forma:

Além do interesse público primário¹³ são características

13 Com base na doutrina de Renato Alessi, Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua interesse público primário deste modo: “os interesses públicos correspondem à *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos *indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*. Esses interesses públicos não podem ser confundidos com os interesses da pessoa jurídica Estado, os quais são denominados interesses públicos secundários, nestes termos: “é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e

principais do processo coletivo:

- a) a legitimação para agir;
- b) a afirmação de uma situação jurídica coletiva: direito coletivo lato sensu, no polo ativa (ação coletiva passiva), ou dever ou estado de sujeição coletivos lato sensu, no polo passivo (ação coletiva passiva);
- c) a extensão da subjetiva da coisa julgada.

Nesse sentido, conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou determinado número de pessoas. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 43).

Em sentido semelhante, Antonio Gidi define ação coletiva nestes termos:

Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada. (GIDI, 1995, p. 16).

Por intermédio do processo coletivo é possível a promoção dos valores democráticos. Ocorre tal participação democrática se realiza por intermédio do Poder Judiciário (DIDIER JR.; ZANETI

nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário.” (MELLO, 2008, p. 65 e p. 99).

JR., 2009, p. 45). Nessa esteira, entra a instituição democrática Ministério Público, como representante dos cidadãos e defensor de seus direitos no processo coletivo.

2.2.1 Os Direitos Tutelados no Processo Coletivo: Contornos Conceituais

A noção do objeto da tutela do processo coletivo mostra-se de suma importância, pois a partir de tal ponto de partida será aferida a legitimidade da atuação do Ministério Público, em vista da disposição contida no *caput* do art. 127 da Constituição da República.

Como ponto de partida, podemos afirmar que os interesses ou direitos objetos do processo coletivo serão aqueles afetos ao corpo social como um todo. Da vida em sociedade, começaram a nascer pretensões relativas ao corpo social como um todo, em relação a todos os indivíduos, concebidos não isoladamente, mas sim como parte integrante desse corpo, formado por um complexo sistema de inter-relações, que visam a alcançar melhor qualidade de vida para os membros do corpo. Assim, segundo Elton Venturi, a mais remota concepção da expressão “interesses coletivos”, em sentido amplo, pode ser retirada a partir de uma análise sociológica ou filosófica, independentemente de qualquer discurso jurídico (VENTURI, 2007, p. 42-43).

Assim, podemos conceber como direitos coletivos em sentido amplo – gênero –, com base na legislação brasileira, os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos. Esta subdivisão é feita pelo art.

81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078 de 1990, que dispõe em seus incisos a definição de legal desses direitos: I – interesses ou direitos difusos; II – interesses ou direitos coletivos; III – interesse ou direitos individuais homogêneos.

O dispositivo legal acima referido não distingue o que venha a ser interesse ou direito, dando a ideia de que ambos são sinônimos. Contudo, a doutrina não chegou ainda a um consenso acerca do sentido dessas expressões. Vejamos o entendimento de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

[...] em nosso entender, o termo “interesses” é expressão equivocada, sendo que não poucos juristas brasileiros apontaram a questão, seja porque consideraram não existir diferença prática entre direitos e interesses, seja porque os direitos difusos e coletivos foram constitucionalmente garantidos (v.g., Título II, Capítulo I, da CF/88) e portanto apresentam-se como direitos. Ao que parece, deu-se mera transposição da doutrina italiana, um italianismo decorrente da expressão “interessi legítimi” e que granjeou espaço na doutrina nacional e, infelizmente, gerou tal fenômeno não desejado.

Por outro lado, a grande maioria dos juristas nacionais tem preferido manter a expressão “interesses”, porque: a) “a expressão direitos traz uma grande carga de individualismo, fruto até mesmo de nossa formação acadêmica” (VIGLIAR, 2001 *apud* DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 86-87); b) há “evidente ampliação das categorias jurídicas tuteláveis para a obtenção da maior efetividade do processo.” (LEONEL, 2002, p. 85 *apud* DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 86-87).

Ousamos discordar.

Cabe, por dever de precisão, afastar a errônea. Vale lembrar, não se trata de defesa de interesses e, sim, de direitos, muitas vezes, previstos no próprio texto constitucional. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 86-87).

Mais adiante, após realizarem crítica acerca da concepção reducionista do termo “interesses” e da indevida transposição para o direito brasileiro de conceitos do direito italiano, os autores dão a seguinte sugestão:

A melhor solução passa, não por admitir a categoria dos “interesses” tuteláveis pelo processo, mas sim pela ampliação do conceito de direito subjetivo, para abarcar diversas “posições jurídicas judicializáveis” que decorrem do direito subjetivo *prima facie* (portanto, não expressa) e que merecem igualmente guarida pelo Judiciário.

[...]

Rogamos que prevaleça, portanto, a sua configuração como direitos subjetivos coletivos, mais consentânea à tradição jurídica nacional e ao direito constitucional positivo vigente que expressamente determina: “a lei não excluíra da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF/88).” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 92-93).

Superando a aludida divergência doutrinária e atento à concepção reducionista da expressão “interesse”, o legislador brasileiro, em vez de optar por uma ou outra conceituação, escolheu uma solução conciliatória, a qual acabou por prestigiar ambas as expressões, tornando-as equivalentes para fins de tutela jurisdicional.¹⁴

14 Segundo a doutrina de Kazuo Watanabe: “Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.” (WATANABE, 1998, p. 623). Conferir ainda: (VENTURI, 2007, p. 47).

Os direitos tutelados no processo coletivo denominam-se, também, como transindividuais, os quais, de acordo com Hugo Nigro Mazzilli:

Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados interesses coletivos em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados de um mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público. (MAZZILLI, 2008, p. 50).

Contudo, reconhecer a existência de interesses ou direitos que transcendam a esfera individual não significa que tais direitos possuam o valor *geral*. Esse valor *geral* que legitima a atuação do Ministério Público reside na sociabilidade desses direitos, ou seja, é a presença do interesse social nesses direitos transindividuais que legitima a atuação da instituição.¹⁵

O interesse motivador da atuação do Ministério Público decorre diretamente da destinação institucional delimitada pela Constituição da República, impedindo que lhe sejam atribuídas outras funções destoantes de tal leque de atribuições. O interesse extraído do *caput* do art. 127 da Lei Fundamental não pode ser outro senão o social.

15 Esse assunto será adiante devidamente pormenorizado. Por agora, somente servirá de introdução das diversas categorias de interesses sociais tutelados no processo coletivo pelo Ministério Público.

Esse interesse social, elementar no Estado Democrático de Direito, foi precisamente delimitado por Rodolfo de Camargo Mancuso, como:

[...] o interesse que reflete o que a sociedade entende por “bem comum”; o anseio de proteção à res publica; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os ais relevantes. Tomando-se o adjetivo “coletivo” num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos. Vale observar que a tutela judicial dos interesses sociais se inclui dentre as funções do Ministério Público (CF, art. 127, caput) e bem por isso, o *Parquet* é um dos legitimados ativos para a ação civil pública em defesa dos interesses metaindividuais: Lei 8.078/98, art. 82, I; Lei 7.347/85, art. 5º; Lei 8.625/93, art. 25, IV. (MANCUSO, 2004, p. 29).

Tendo em vista essa noção de interesse social, cumpre asseverar que o meio jurisdicional mais idôneo para a proteção dos interesses sociais é o processo coletivo. Pois tais direitos não são passíveis de cisão. Porquanto os direitos sociais não são a mera soma dos interesses individuais, mas sim a síntese. Nesse sentido, Elton Venturi aduz que:

[...] a pretensão metaindividual coletiva não decorre da mera soma dos interesses individuais de cada integrante do grupo, senão da sua síntese. Para consubstanciar sua afirmação, o mesmo autor traz à baila o escólio do doutrinador italiano Vincenzo Vigoriti, que afirma os interesses coletivos representam a síntese e não mera soma das pretensões individuais é que ganharam autonomia e passaram a ser concebidos verdadeiramente como indivisíveis. (VENTURI, 2007, p. 57).

Após esse esclarecimento, vejamos as diversas categorias de direitos ou interesses tutelados pelo processo coletivo.

Direitos Difusos – são aqueles direitos transindividuais de natureza indivisível – somente podendo ser considerados como um todo – e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas – ou seja, indeterminidade dos sujeitos, não havendo individualização – ligadas por circunstâncias de fato, não havendo um vínculo comum de natureza jurídica (art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC) (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 92-93).

Na lição de Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 53), são como “um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas.”¹⁶ Os interesses ou direitos difusos, de lição de Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 93-110), apresentam as seguintes notas básicas: a) indeterminação dos sujeitos; b) individualidade do objeto; c) intensa conflituosidade; d) duração efêmera, contingencial.

Os interesses ou direitos difusos devem ser compreendidos como não novos interesses que nasceram recentemente com a nova ordem constitucional (como o direito fundamental ao meio

16 Delimitando o conjunto de direitos difusos, Mazzilli faz a seguinte categorização: “Há interesses difusos: *a*) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); *b*) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); *c*) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores da indústria do tabaco); *d*) em conflito com interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes) *e*) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam de conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).” (MAZZILLI, 2008, p. 53)

ambiente equilibrado – art. 225 da Constituição da República), mas sim como direitos que sempre existiram, emergentes naturalmente do plano da existência/utilidade, dispersos no contexto social em função da inexistência de vínculos formais e rígidos entre seus titulares (VENTURI, 2007, p. 47).

Por isso, Celso Bastos asseverou que:

[...] a característica primordial do interesse difuso é a sua descoincidência com o interesse de uma determinada pessoa. Ele abrange, na verdade, toda uma categoria de indivíduos unificado por possuírem um denominador fático qualquer em comum. (BASTOS *apud* MANCUSO, 2004, p. 96).

Em decorrência da indeterminação dos sujeitos titulares dos direitos difusos, tais direitos encontram terreno fértil para florescer a partir do reconhecimento da *legitimação* para promoção de sua tutela por intermédio dos chamados *corpos intermediários* – na lição de Elton Venturi–, representados por entes como sindicatos, associações de interesses, e, instituições do Estado, como o Ministério Público ou a Defensoria Pública (VENTURI, 2007, p. 52).

Do mesmo modo, o objeto dos interesses ou direitos difusos é indivisível. Vejamos o exemplo mais evidente disso: o interesse de todos ao meio ambiente hígido, já que compartilhado por número indeterminável de pessoas, não podendo ser quantificado ou dividido entre os membros da sociedade. Ademais, eventual reparação pecuniária auferida em razão de eventual lesão ao meio ambiente não pode ser repartida entre os integrantes da

coletividade lesada, não apenas porque cada um dos membros não pode ser individualmente determinado, mas também porque o próprio objeto da indenização em si mesmo é indivisível (MAZZILLI, 2008, p. 54).

Desse modo, partindo-se da concepção da titularidade indivisível, a tutela das pretensões de tais interesses deve importar em unidade jurisdicional das pretensões difusas, conferindo-se legitimação representativa a determinadas instituições aptas a tutelar esses direitos como um todo. Garantido-se, assim, o direito fundamental de acesso à Justiça desses titulares indeterminados, que não podem individualmente, por razões de fato, tutelar devidamente tais interesses tão caros em nossa sociedade.

Direitos Coletivos Stricto Sensu – são aqueles direitos ou interesses transindividuais referenciáveis a um determinado ou determinável agrupamento social. Os direitos coletivos são aqueles supraindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo categoria ou classe de pessoas – indeterminadas, mas determináveis, como grupo, categoria ou classe determinável legadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC) (VENTURI, 2007, p. 55; DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 74).

Segundo Hugo Nigro Mazzilli, a restrição advinda da relação jurídica básica comum merece uma advertência:

Embora o CDC se refira a ser uma relação jurídica básica o elo comum entre os lesados que comunguem o mesmo interesse coletivo (tomando em seu sentido estrito), ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente

uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada que une o grupo. Exemplificamos com uma cláusula ilegal em contrato de adesão. A ação civil pública que busque a nulidade dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação básica comum, que, nesse tipo de ação, deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado. (MAZZILLI, 2008, p. 55).

Ainda no tocante à relação jurídica-base: esta necessita ser anterior à lesão – caráter de anterioridade. Portanto, a ligação que une determinados indivíduos em torno da pretensão coletiva em sentido estrito (*relação jurídica-base*) deve preexistir aos fatos que potencialmente os prejudiquem, ou veja, a ligação jurídica deve ser anterior à ocorrência de lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 75; VENTURI, 2007, p. 57).

Caso a ligação dos indivíduos decorra diretamente da lesão ou da ameaça de lesão infligida por evento que os atinja homogeneamente, estar-se-á, por outro lado, diante de direitos ou interesses individuais homogêneos – que serão analisados a seguir (VENTURI, 2007, p. 57).

O denominador que diferencia o direito ou interesse difuso do coletivo é a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos em sentido estrito e que não ocorre no caso dos direitos difusos (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 75). Em sentido semelhante, Rodolfo de Camargo Mancuso

faz a seguinte diferenciação entre direitos ou interesses difusos e coletivos:

[...] conquanto os interesses coletivos e os difusos sejam espécies do gênero “interesses meta (ou super) individuais”, tudo indica que entre eles existem pelo menos duas diferenças básicas, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa: sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo maior do que o interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma “relação-base”, a um “vínculo jurídico”, o que lhe permite aglutinar-se junto a grupos sociais definidos; sob o segundo critério, vê-se que o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente ser humano. (MANCUSO, 2004, p. 85-86).¹⁷

Em vista disso, para fins de tutela jurisdicional dos direitos coletivos, o que mais importa é a possibilidade de identificar grupo, categoria ou classe, uma vez que a tutela jurisdicional se revela indivisível, assim a ação civil pública não estará à disposição dos indivíduos que serão por ela beneficiados, mas sim aos entes legalmente legitimados a levar a efeitos sua tutela coletiva. Por esse motivo, a coisa julgada será *ultrapartes*, consoante dispõe o inciso II, do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, “além das partes”, mas limitando-se ao grupo, categoria

17 No mesmo sentido, Kazuo Watanabe aduz a diferença entre os direitos ou interesses difusos dos coletivos à determinabilidade das pessoas titulares: “[...] seja através da relação jurídica-base que as une entre si (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)” (WATANABE, 2004, p. 625).

ou classe. Ademais, os autores das pretensões individuais não serão prejudicados, desde que escolham a suspensão destes feitos enquanto se processa a pretensão coletiva ou poderão optar, ainda, por excluir-se do seu âmbito de eficácia pelo “*right to opt out*” (direito de sair), com continuidade de suas ações individuais (art. 104 do CDC) (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 75).¹⁸

Direitos Individuais Homogêneos – são aqueles interesses individuais homogêneos de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem *prejuízos divisíveis de origem comum*, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato – art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC.

A importância prática da criação dessa categoria de “direitos coletivos” reside na efetivação do acesso à Justiça de pretensões individuais de índole coletiva. Assim, sem a criação pelo direito positivo não haveria, em tese, a possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação ou padronização das relações jurídicas e das lesões delas oriundas (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 76).

Apesar da imprecisa conceituação legal dos direitos individuais homogêneos, a origem *comum*, de acordo com Kazuo

18 Nesse sentido, Antonio Gidi faz a seguinte colocação: “[...] tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.” (GIDI, 1995, p. 20).

Watanabe (2004, p. 745-746), pode derivar “de fato ou de direito” e ser “próxima ou remota.”¹⁹ No tocante à homogeneidade dos direitos individuais, Watanabe (2004) aduz esta características não decorre tão-somente da origem comum, principalmente quando esta é remota, uma vez que:

[...] pode existir homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente. Será então necessário aferir a aplicabilidade, ao sistema jurídico brasileiro, do critério adotado nas *class actions* norte-americanas, da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual. (WATANABE, 2004, p. 746).²⁰

-
- 19 Esse doutrinador exemplifica a origem comum, sem uma necessária unidade factual ou temporal, nestes termos: “As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles”. Como exemplo de origem comum próxima, exemplifica a hipótese da “queda de um avião, que vitimou diversas pessoas” e como exemplo de causa remota vislumbra “um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais e o uso inadequado.” (WATANABE, 2004, p. 745-746).
- 20 Acerca do critério da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual no âmbito das *class actions* dos Estados Unidos da América do Norte, Ada Pellegrini Grinover esclarece nestas palavras: “Vem então, à baila o critério da *prevalência da dimensão coletiva sobre a individual* da Regra 23 das *Federal Rules*, para que se possa aferir, do ponto de vista prático, se efetivamente os direitos individuais são, ou não, homogêneos por sua origem comum. Inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, no meu sentir, os direitos serão heterogêneos, ainda que tenham origem comum. Em tese, pode-se, afirmar, até, que essa origem comum (ou causa) será remota, e não próxima. Nesse caso, não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não poderá ser admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido [...]. Chega-se, por esse caminho, à conclusão de que a *prevalência das questões comuns sobre as individuais*, que é condição de admissibilidade n sistema das *class actions for damages* norte-americanas, também o é no ordenamento jurídico brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva de direitos individuais quando estes forem homogêneos. Prevalecendo as questões individuais

No tocante à qualidade da *origem comum* dos direitos individuais homogêneos para a admissibilidade da ação coletiva, Elton Venturi sustenta a seguinte posição:

Assim, diante das peculiaridades do modelo brasileiro de ação coletiva de tutela a direitos individuais – insistimos –, basta a origem comum, seja ela próxima, seja remota. Pouco importa, neste sentido, que em relação à demonstração do nexos causal predominem questões individuais sobre questões comuns, visto que são absolutamente irrelevantes para a obtenção da sentença condenatória genérica.

Por mais diversificadas que se revelem as questões pessoais envolvendo as vítimas ou sucessoras do evento lesivo e o demandado, ou, mesmo, por mais heterogêneo que se apresente o grupo formado por elas, ainda assim a tutela coletiva se apresenta como viável e útil para a defesa dos direitos individuais conexos pela causa comum, eis que, quando menos, importará a fixação definitiva do dever de indenizar, imunizando tal tema das subsequentes ações de liquidação e execução.

Conclui-se, pois, que a exigência legal extraída da art. 81, parágrafo único, III, do CDC diz respeito à homogeneidade da causa, e não à homogeneidade do grupo. (VENTURI, 2007, p. 74-75).

Cabe salientar que os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de um processo civil individual (comum) instaurado pelas vítimas em litisconsórcio por afinidade – art. 46, inciso IV, do Código de Processo Civil. Ademais, podem ser objeto de ações individuais instaurados pelas vítimas isoladamente. Assim, para facilitar o acesso à Justiça dos lesados pela causa comum de fato ou de direito, a ação coletiva para a

sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos, e o pedido coletivo se tornará juridicamente impossível” (GRINOVER, 2001, p. 32).

tutela de direitos individuais homogêneos evita a proliferação de causas “atômicas”, “molecuralizando” a solução do conflito e impedindo a prolação de decisões divergentes (DIDIER DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 80).

Por fim, o direito coletivo em sentido amplo pode ser concebido como direito constitucional fundamental, pois está contido no sistema jurídico brasileiro, ao lado dos direitos individuais, dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais – Título II, Capítulo II, da Lei Maior. De acordo com Gregório Assagra de Almeida, o Direito Coletivo pode ser conceituado nos seguintes termos:

Direito Coletivo pode ser conceituado como parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais, que compõe um dos blocos do sistema jurídico brasileiro e se integra pelo conjunto de princípios, garantias e regras disciplinadoras dos direitos ou interesses difusos, dos direitos ou interesses coletivos em sentido restrito, dos direitos e interesses individuais homogêneos e dos interesses objetivos coletivos legítimos. (ALMEIDA, 2008, p. 437).

Além do mais, o direito coletivo pode ser de ordem objetiva ou subjetiva. Na *dimensão objetiva*, o direito coletivo é uma espécie de direito constitucional fundamental, consubstanciado pelo conjunto de princípios garantias e regras constitucionais ou infraconstitucionais que formam o direito coletivo. Já na *dimensão subjetiva*, o direito coletivo é o direito constitucional fundamental de pessoas indetermináveis, indeterminadas ou determinadas de receberem a proteção jurídica efetiva e integral, caso haja, de

fato, ameaça o lesão a qualquer modalidade de direito coletivo em suas três divisões: a) difusos; b) coletivos em sentido estrito; c) individuais homogêneos (ALMEIDA, 2008, p. 403).

2.2.2 O Fundamento da Tutela Coletiva

O processo coletivo tem por principal fundamento a efetivação da tutela jurisdicional efetiva dos direitos coletivos em sentido amplo, concretizando o direito fundamental de acesso à Justiça dos cidadãos, uma vez que, por razões matéricas, não é possível pleitear a tutela jurisdicional desses direitos individualmente.

Em verdade, a realização do direito fundamental de acesso à Justiça é indispensável à própria configuração de um Estado Democrático de Direito, isto porque, ao se garantir a participação dos cidadãos na sociedade, por intermédio do processo coletivo, por conseguinte estar-se-á efetivando o princípio constitucional da democracia em seu sentido amplo.

Assim, com escopo de assegurar o exercício de tal direito fundamental e para tutelar devidamente os direitos materialmente conferidos aos cidadãos – estando aí inclusos os direitos coletivos em sentido amplo –, o Estado está obrigado a criar instrumentos processuais adequados a assegurar o acesso à Justiça por parte dos cidadãos (CANOTILHO, 2002, p. 543).²¹ Desse modo, além

21 Discorrendo sobre os direitos originários a prestações, José Joaquim Gomes Canotilho afirma o seguinte: “[...] a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o *dever do Estado de criação* dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses, e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, *as prestações constitutivas desses direitos.*”

de criar técnicas processuais de tutela de direitos, o Estado deve se organizar de maneira que possa dar a devida proteção aos direitos dos cidadãos, não apenas criando órgãos da Jurisdição – juízos, Ministério Público, Defensoria Pública, etc. –, como concedendo condições materiais para que tais órgãos possam exercer eficazmente seus misteres.²²

Tratando das funções da jurisdição no Estado Contemporâneo (Estado Constitucional), Luiz Guilherme Marinoni faz estas colocações:

O Estado possui o dever de tutelar determinados direitos, mediante normas e atividades fático-administrativas, em razão da sua relevância social e jurídica. Trata-se do dever de tutelar os direitos fundamentais. Mas não é só. O Estado também tem o dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela normativa, além de ter o dever de dar tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF).

[...]

O Estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional prometida pelos direitos – transindividuais ou individuais. (MARINONI, 2006, p. 135).

(CANOTILHO, 2002, p. 543).

- 22 Se o Estado tem o dever de editar tais normas [normas de proteção de direitos] para dar proteção aos direitos fundamentais, é pouco mais do que evidente que ele não se exime da sua responsabilidade ao proclamá-las, uma vez que é natural a possibilidade de elas serem transgredidas. Isso significa que o Estado, além de ter de editar normas proibindo condutas contrárias aos direitos fundamentais, não pode se eximir da obrigação de instituir regras procedimentais instituintes de técnicas capazes de permitir a atuação efetiva e tempestiva do desejo de tais normas. Nesse sentido se pode falar em normas de proteção de direito material e em normas de proteção processuais destinadas a dar atuação ao desejo de proteção das normas de direito material (MARINONI, 2006, p. 201).

Nessa quadra, inclui-se o processo coletivo. Este espaço da jurisdição é o instrumento posto à disposição dos cidadãos e dos órgãos legitimados a tutelar os interesses sociais para tutelar dos direitos que possuem titularidade mais diluída em vista de situações fáticas e jurídicas que dão tal tom a essas espécies de direitos (transindividuais).

Tendo isso em mente, cuidaremos dos fatores fáticos que impõem da coletivização do processo.

Atualmente observa-se a complexa e plural sociedade moderna apresenta situações em que determinadas atividades, por seu risco inerente, podem acarretar prejuízos para os interesses de grande número de indivíduos. O risco dessas lesões, que repercutem simultaneamente em inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas constitui um fenômeno cada vez mais amplo e frequente na sociedade contemporânea.

Assim, em face de uma sociedade de produção e consumo de massa, natural também é o surgimento de conflitos de massa e que, em consequência, o Estado Democrático de Direito esteja preocupado em oferecer adequado procedimento de massa para tutelar os direitos eventualmente lesados por tais conflitos, a fim de que os direitos transindividuais e individuais lesados em massa possam ser devidamente tutelados.

Em vista disso, o processo coletivo é de suma importância para a efetividade da tutela dos direitos em nossa sociedade contemporânea, pois há danos, como os de relações de consumo, que por vezes são individualmente insignificantes,

mas ponderáveis na soma de todas as lesões cometidas em face de todos os consumidores. Além disso, a proteção coletiva de direitos individuais homogêneos, além de eliminar o custo das diversas ações individuais e de racionalizar os trabalhos de órgãos do Poder Judiciário, transpõe problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso à Justiça e anulam os benefícios dos litigantes mais poderosos (como as corporações, as grandes empresas, etc.). Demais disso, por meio das ações coletivas possibilita-se a participação dos cidadãos e dos grupos de categorias organizadas no poder, democratizando o acesso à Justiça (MARINONI, 2006, p. 209).

Assim, vislumbrada a importância fática do processo coletivo, vejamos as considerações feitas por Elton Venturi (2007) acerca da “Tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado Democrático de Direito.” O processualista citado afirma que o exercício coletivo da atividade jurisdicional é condição imprescindível para a implementação gradativa do Estado Democrático de Direito, nestes termos:

[...] passa-se a enxergar o pleno e livre exercício da atividade jurisdicional como condição *sine qua non* para uma incessante e gradativa implantação da democracia social, ao mesmo tempo em que se percebe que a adequada prestação jurisdicional também depende de diversos fatores decorrentes da democracia. Chega-se à conclusão, pois, de que o princípio democrático condiciona e é condicionado pela atividade jurisdicional, importando-nos, momentaneamente, explorar segundo fenômeno, a partir da concepção do significado do Estado Democrático de Direito. (VENTURI, 2007, p. 98-99).

Sobre a importância da tutela coletiva na promoção da democracia, Elton Venturi aduz:

A tutela coletiva assume, desta forma, uma função extraordinária, que exorbita o plano jurídico e social, sendo indispensável à conformação política do Estado Democrático de Direito. A efetividade operacionalidade do sistema das ações coletivas passa a ser encarada não mais como mera consequência, mas como condição de existência e prevalência da democracia, diante das possibilidades que grã em relação ao rompimento das inúmeras barreiras opostas ao acesso à justiça, mediante o emprego de técnicas diferenciadas de legitimação ativa e de extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada.

[...]

Desta forma, afastar ou restringir a tutela jurisdicional coletiva (legislativamente ou judicialmente), seja para a proteção de direitos ou coletivos, seja para a proteção de direitos individuais homogêneos considerados, importa a um só tempo, a violação do mais basilar dos princípios constitucionais brasileiros e a completa negação do Estado Democrático. (VENTURI, 2007, p. 102 e 103).

Por fim, as considerações do ministro Rosado Aguiar sintetizam o escopo do processo coletivo:

É preciso enfatizar a importância da ação coletiva como instrumento útil para solver judicialmente questões que atingem um número infindo de pessoas, a todas lesando em pequenas quantidades, razão pela qual dificilmente serão propostas ações individuais para combater a lesão. Se o forem, apenas concorreram para o aumento insuperável das demandas, a demorar ainda mais a prestação jurisdiciona e concorrer para a negação da Justiça pela lentidão, de que tanto reclama a sociedade. A ação coletiva é a via adequada para tais hipóteses, e por isso deve ser acolhida sempre que presentes os pressupostos da lei, que foi propositada e significativamente o de liberar o

sistema dos entraves da ação individual, pois pretende introduzir no nosso ordenamento medida realmente eficaz (AGUIAR *apud* MAZZILLI, 2008, p. 68-69).²³

Nesse cenário entra o Ministério Público, defensor da cidadania, como instituição legitimada constitucionalmente para proteção dos direitos sociais, que pode se valer do processo coletivo como instrumento idôneo a concretização do direito fundamental ao acesso à Justiça, como uma maneira de efetivar o princípio constitucional do Estado Democrático de Direito no meio jurisdicional.

2.3 A Legitimação Ativa do Ministério Público para Demandas Coletivas

A condição da ação relativa à legitimação ativa, na ótica do processo civil individual mediante da verificação da pertinência subjetiva entre o autor da demanda e a pretensão de direito material deduzida, mostra-se um dos temas mais complexos no campo da tutela coletiva.

Como ponto de partida, a *legitimatío ad causam* a partir do paradigma processual individualista, denominada também

23 No mesmo sentido, o Min. Humberto Gomes de Barros, em conclusão de aresto da 1ª Seção do STJ, faz a seguinte afirmação: “As ações coletivas foram concebidas em homenagem ao princípio da economia processual. O abandono do velho individualismo que domina o direito processual é um imperativo do mundo moderno. Através dela, com apenas uma decisão, o Poder Judiciário resolve controvérsias que demandaria uma infinidade de sentenças individuais. Isto faz o Judiciário mais ágil. De outro lado, a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia.” (BARROS *apud* VENTURI, 2007, p. 103).

parte legítima, é a autorização para estar em juízo discutindo determinada situação jurídica, ou seja, é a pertinência subjetiva da ação (DIDIER JR., 2009, p. 179; CÂMARA, 2008, p. 116).

O direito a pleitear a tutela jurisdicional é um direito fundamental previsto no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição da República. Contudo, o ordenamento jurídico não autoriza que toda e qualquer pretensão seja relacionada a qualquer objeto litigioso.

Exige-se a existência de um vínculo entre o sujeito da demanda e a situação por ele afirmada, para que este possa dirigir a pretensão perante o Poder Judiciário. Desse vínculo surge o instituto processual da legitimidade *ad causam*, que de acordo com a doutrina de Tulio Liebman é uma “condição da ação”.²⁴ Nas palavras do processualista Fredie Didier Jr.:

A legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os “pressupostos processuais” subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discute aquela relação jurídica material deduzida em juízo. É a “pertinência subjetiva da ação.” (BUZAID, 1956 *apud* DIDIER JR., 2009, p. 186).

A esse poder, conferido pela lei, dá-se o nome de legitimidade

24 [...] A ação constitui apenas direito ao julgamento do mérito e, portanto, é satisfeita com uma sentença favorável ou desfavorável ao auto. O que importa, para configuração da ação, é a *presença das condições*, em princípio delineadas por Liebman como legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, e posteriormente por ele reduzidas apenas à legitimação para agir e ao interesse [...] (MARINONI, 2006, p. 168-170).

ad causam ou capacidade de conduzir o processo. Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor e réu) coincidente com a situação legitimadora, decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso.” (ASSIS, 2003 *apud* DIDIER JR., 2009, p. 186).

Essa legitimação acima vista é denominada de *legitimação ordinária*, segundo a qual a pessoa que se diz lesada vai a juízo em busca do seu interesse. Desse modo, por exemplo, caso o Estado se vê lesado, seus agentes provocam a jurisdição pelo exercício de uma pretensão – como ocorre quando o Ministério Público oferece uma ação penal pública, em razão da prática de um injusto que lese bem jurídico protegido por norma penal, em face do autor do injusto.

Por outro lado, existe outra categoria de legitimação, que a doutrina a costuma chamar de *extraordinária*, ou anômala, que restara configurada quando o Estado, por exemplo, não leva em conta a titularidade do direito material para atribuir a titularidade da sua defesa em juízo. Nesses casos, o Estado possibilita que a defesa judicial de um direito seja feita por sujeito que não seja o próprio titular do direito material maculado, ou, pelo menos, por quem não seja titular exclusivo desse direito. Assim sendo, haverá legitimação extraordinária – legitimação anômala ou substituição processual – quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado, ou seja, será legitimado extraordinário aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito

de direito (MAZZILLI, 2008, p. 63-64; DIDIER JR., 2009, 187-188).

A partir dessas considerações, cumpre trazer à baila as lições de Hugo Nigro Mazzilli acerca da excepcionalidade da legitimação extraordinária:

Porque é excepcional, a legitimação extraordinária depende de expressa autorização legal (ao contrário do que ocorre com a legitimação ordinária) e poderá ocorrer: a) quando, em nome próprio, alguém esteja autorizado a defender direito alheio (na substituição processual); b) quando, numa relação jurídica que envolva vários sujeitos, a lei permite que um só dos integrantes do grupo lesado defenda os direitos em juízo de todos (como nas obrigações solidárias). (MAZZILLI, 2008, p. 64).

De acordo com a doutrina tradicional²⁵, quando o Ministério Público veicula demanda de titularidade difusa ou coletiva está agindo como substituto processual, que, segundo balizada doutrina acima citada, “é uma forma de *legitimação extraordinária*, que consiste na possibilidade de alguém, *em nome próprio*, defender em juízo *interesse alheio*” (MAZZILLI, 2008, p. 64), excepcionando a regra geral prevista no art. 6º do Código de Processo Civil. Por isso, em nível processual, quando o Ministério Público atua no processo coletivo em nome próprio

25 A natureza da atuação ministerial na defesa dos interesses sociais no processo coletivo será devidamente pormenorizada no item 2.3.2. Por ora, somente esclarecermos o que a doutrina tem dito acerca da atuação do Ministério Público no processo coletivo, a partir desses fundamentos, teceremos nossa conclusão acerca da atuação ministerial nas demandas coletivas.

na defesa dos direito ou interesses dos cidadãos, não agindo como representante processual:

Não se pode confundir [...] a substituição processual com a representação processual. Há representação processual quando um sujeito está em juízo em nome alheio defendendo interesse alheio. O representante processual não é parte; parte é o representado. Note que o substituto processual é parte; o substituído não é parte processual, embora os seus interesses jurídicos estejam sendo discutidos em juízo. O substituto processual age em nome próprio defendendo interesse alheio. O representante processual atua em juízo para suprir a incapacidade processual da parte. (DIDIER JR., 2009, p. 192).

A legitimidade do Ministério Público para agir em prol dos cidadãos na tutela dos direitos difusos e coletivos decorre diretamente da Lei Fundamental – art. 127, *caput* –, em razão da índole social de tais direitos, uma vez que se caracterizam por não terem um titular determinado, por serem transindividuais. Por conseguinte, sendo os direitos coletivos em sentido amplo formados por bens ou valores jurídicos de relevante interesse geral, logo, social; conferindo-se, pois, à instituição do Ministério Público legitimidade para ir a juízo na proteção dos direitos coletivos dos cidadãos.

2.3.1 O Fundamento da Legitimação do Ministério Público como Protetor dos Interesses Sociais

O art. 127, *caput*, da Lei Fundamental estabelece que o Ministério Público tem a função institucional de promover os interesses sociais. Evidente, pois, que uma das principais funções

da instituição é a efetivação dos direitos ou interesses sociais, sendo estes fundamentos da própria concepção de Estado Democrático de Direito – arts. 1º e 3º da Constituição da República.

Consoante ressaltado no *item* 1.2.3.1, a Constituição da República, ao consagrar o modelo de Estado Democrático de Direito, colocou a instituição do Ministério Público em lugar nunca antes visto em nossa história constitucional, valorizando como nunca antes a entidade, conferindo-lhe um impressionante rol de funções institucionais que a tem possibilitado exercer o mister que lhe foi reservado pelo Poder Constituinte do Povo, tutelar pelos direitos sociais e individuais indisponíveis, pelo regime democrático e pela ordem jurídica.

No escólio de Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 88), a finalidade da atuação do Ministério Público num processo decorre de três causas: a) presença de um interesse indisponível litigado a uma pessoa; b) existência de interesse indisponível ligado a uma relação jurídica; c) a presença de um interesse, conquanto não propriamente indisponível, mas de suficiente abrangência ou de repercussão social que beneficie em maior ou menor escala toda a coletividade.

Consoante já demonstrado, de acordo com a redação do art. 127 da Constituição de 1988, os interesses motivadores da atuação ministerial são os sociais –, os quais podem ser conceituados como os interesses resultantes do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua

qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.²⁶

O Estado Democrático de Direito é aquele que está voltada para uma realização social profunda, marcada notadamente pela efetivação dos direitos sociais contido na Constituição e pelos instrumentos que ela oferece à cidadania para concretizar as exigências de um Estado de Justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana (JATAHY, 2007, p. 27), sendo o Ministério Público um dos principais instrumentos criados constitucionalmente para efetivação desse desiderato.

Desse modo, as funções institucionais do Ministério Público previstas no texto constitucional têm levado a instituição ao importante papel de grande propulsor da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, possibilitando o acesso à Justiça daqueles titulares de direitos coletivos que não podem individualmente postulá-los, democratizando, portanto, a prestação da tutela jurisdicional e promovendo o ideal da cidadania.

Exercendo essa relevante função no Estado Democrático de Direito, os membros do Ministério Público assumem o papel de verdadeiros agentes políticos, comprometidos com a realização dos anseios sociais e individuais mais preciosos para os cidadãos, sintetizados na promoção do princípio maior da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana (VENTURI, 2007, p. 178-179).

26 Essa concepção de interesse social foi extraída o conceito de interesse público dado por Celso Antonio Bandeira de Melo, ao tratar do interesse que deve sempre ser perseguido pela Administração Pública (MELLO, 2004, p. 53).

Partindo-se da premissa de que a função do processo coletivo é implementar o direito fundamental de acesso à Justiça, o fundamento da legitimação do Ministério Público no processo coletivo reside na promoção dos direitos sociais consubstanciada na concretização da tutela jurisdicional a tais direitos, os quais possuem titularidade diluída na sociedade.

Assim, a instituição ministerial pode ser considerada um verdadeiro *representante institucional*, uma vez que tal figura, de acordo com o doutrinador norte-americano Owen Fiss, desempenha “um papel-chave como porta-voz dos grupos vitimados” (FISS, 1979 *apud* MARINONI, 2006, p. 197). Por conseguinte, levando as pretensões coletivas ao Poder Judiciário, o Ministério Público está “representando” os interesses da sociedade perante a Justiça.

Ora, sendo o processo coletivo um instrumento essencial de proteção e de efetivação do Estado Democrático de Direito e de transformação positiva da realidade social, nada mais natural do que conferir ampla legitimação ao guardião dos interesses sociais para que leve as pretensões de relevância social ao Poder Judiciário, sendo o Ministério Público um importante instrumento efetivador dos direitos sociais, verdadeira garantia institucional do cidadão.

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida teceu as seguintes considerações:

[...] observa-se que não existe efetivamente Estado Democrático de Direito sem instrumentos eficazes de tutela dos interesses e direitos coletivos. Somente haverá a transformação da realidade

social com a real implementação do Estado Democrático de Direito, quando for possível a proteção e efetivação dos direitos primaciais da sociedade, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, ao consumidor etc. Para tanto, o direito processual coletivo é fundamental, até porque é por seu intermédio que poderá ocorrer a proteção objetiva desses direitos e garantias constitucionais fundamentais e a efetivação, no plano concreto, dos direitos coletivos violados com a transformação da realidade social. (ALMEIDA, 2003 *apud* VENTURI, 2007, p. 102).

A legitimação do Ministério Público para a tutela dos direitos sociais no processo coletivo, portanto, é uma consequência da própria concepção de Estado Democrático de Direito, porquanto quando a instituição atua em juízo na proteção dos interesses sociais está, em verdade, materializando os objetivos fundamentais da ordem jurídica (art. 3º da Constituição da República) e promovendo os direitos sociais consagrados constitucionalmente (art. 6º da Constituição da República). Portanto, a atuação do Ministério Público no processo coletivo na defesa dos interesses sociais está umbilicalmente ligada à organização institucional do Estado Democrático de Direito.

Este, pois, é o fundamento da legitimação ativa do Ministério Público para a promoção dos direitos sociais no processo coletivo, a concretização do próprio Estado Democrático de Direito.

2.3.2 A Natureza da Atuação do Ministério Público na Tutela dos Interesses do Cidadão no Processo Coletivo

Ponto de suma importância para o escopo do presente trabalho é a demonstração da natureza da atuação do Ministério

Público no processo coletivo. Assim, trataremos novamente de questões como a adequada representação processual e a substituição processual para que, ao final, possamos chegar a uma conclusão adequada sobre a verdadeira natureza do papel da Instituição ministerial nas demandas coletivas.

A representação adequada costuma ser vista pela doutrina como um requisito de aferição da legitimidade ativa nas demandas coletivas. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 197) afirmou, com base no escólio de Owen Fiss, que o “critério principal para se averiguar a legitimidade ativa nos casos de direitos coletivos é “se os interesses do grupo vitimado estão adequadamente representados.”

Esse requisito tem por base o sistema da *class action* norte-americana, o que significa que os princípios correlativos ao devido processo legal se confirmam, pois, pelo controle dessa legitimação pelo magistrado, uma vez que nesse sistema as partes “representam” a classe, ou seja, a classe está presente no julgamento. O exercício do contraditório e da ampla defesa são assegurados pelo *fair notice* (notificação dos membros da classe), e, por conseguinte, são estabelecidos o *right to opt out* (direito de exclusão ou de “saída” do membro da classe) e o *binding effect* (extensão subjetiva da coisa julgada). Desse modo, nos sistema da *class action*, a coisa julgada se forma para toda a classe “representada”, a imutabilidade do dispositivo da decisão atinge todos os membros *pro et contra* (independente da solução determinada na decisão). Isso decorre porque todos os membros

da classe estavam legitimamente “representados” no processo (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2009, p. 198).

Em face dessas considerações, a “representação adequada” decorre da coisa julgada *erga omnes*, tanto em caso de procedência, quanto no caso de improcedência da ação coletiva. Vê-se, pois, que nesse sistema a “representação” poderá ser levada a efeito por particulares (indivíduo membro da classe), entidades privadas com objeto ligado ao litígio ou órgãos públicos criados para a defesa desses direitos (Ministério Público ou *ombudsman* nos países nórdicos), sendo a legitimação sempre controlada pelo julgador (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2009, p. 198).²⁷

A ordem jurídica brasileira, contudo, optou por outro caminho. O legislador nacional preferiu indicar na lei, expressamente, o rol de legitimados e estabelecer parâmetros objetivos, como, por exemplo, a pré-constituição da associação há pelo menos um ano no mandado de segurança coletivo, a representação no Congresso Nacional para os partidos políticos.

Assim, superado o paradigma de legitimação tradicional ou individualista, acerca da escolha do legitimado, Elton Venturi apresenta os seguintes parâmetros para a escolha do legitimado para a propositura de ações coletivas:

27 Ada Pellegrini Grinover aborda o tema da seguinte maneira: “A criteriosa aferição da representatividade adequada é apta a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, de modo que neste caso o julgado não atua propriamente *ultra partes*, na medida em que *todos estão representados pelo portador em juízo dos direitos e interesses*”. (GRINOVER, 1990, p. 83).

Verificada a diversidade de paradigmas, a superação do esquema de legitimação tradicional passa a depender da escolha de alguém que, não obstante não possa arrogar-se titular exclusivo do direito material reivindicado, apresente condições idôneas para a propositura de demandas coletivas no interesse de toda a sociedade (direito difusos), do grupo, classe ou categoria (tutela dos direitos coletivos) ou de eventuais vítimas de um mesmo evento lesivo (direito individuais homogêneos). (VENTURI, 2007, p. 165).

Pode-se dizer que foram eleitas três técnicas de legitimação utilizadas no processo coletivo: a) legitimação particular – qualquer cidadão, por exemplo, na ação popular (Lei n.º 4.717 de 1965); b) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado – associações, sindicatos, partidos políticos, por exemplo, no mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX, da Constituição da República); ou c) legitimação de entes ou órgãos do Poder Público – Ministério Público, por exemplo, na ação civil pública (Lei n.º 7.347 de 1985) (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 199).

Cumprido ressaltar que o rol de legitimados não pode ser concebido como taxativo, podendo ser ampliado por interpretação extensiva ou analógica, porquanto o Código de Defesa do Consumidor ao tratar da legitimidade ativa para as ações coletivas trouxe amplo rol de entidade, cuja legitimidade é concorrente, disjuntiva e exclusiva (GIDI, 1995 *apud* CASTINHO, 2006, p. 76).

Assim, a opção legislativa brasileira no que tange a legitimação para a proposição e condução de ações coletivas

parece conduzir a uma verdadeira transcendência do critério tradicional de verificação de legitimidade ativa, pois não mais se leva em consideração precipuamente em consideração a titularidade da pretensão coletiva. O que importa no processo coletivo, a partir dos parâmetros fixados pela ordem jurídica, é a aferição de idoneidade para propor e conduzir as demandas coletivas. O parâmetro para verificação de idoneidade foi dado por meio da eleição das entidades referidas nos arts. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347 de 1985) e 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.072 de 1990). Essas entidades legitimadas pelos referidos dispositivos legais ostentam, na verdade, uma *legitimação processual de natureza especial, nem ordinária, nem extraordinária* (VENTURI, 2007, p. 177).

Esse é o entendimento de Elton Venturi:

Sob esta nova perspectiva, a atuação das entidades expressamente legitimadas passa a ser avaliada através da *efetividade da tutela jurisdicional empreendida, e não mais sob o enfoque da afirmação da titularidade da pretensão deduzida* – o que representa uma radical alteração paradigmática da *legitimatío ad causam* como condição da ação no âmbito da tutela coletiva.

Assim, o legislador brasileiro, ao autorizar determinadas entidades à propositura das ações coletivas, conferiu-lhes *autonomia processual*, fórmula pela qual desejou obter o máximo aproveitamento (quantitativo e qualitativo) da tutela jurisdicional coletiva, sobretudo numa fase e que pode ser considerada ainda embrionária em nosso país.²⁸ (VENTURI,

28 No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso: “Quando se trata de conflitos de *massa*, confrontando interesses pluri-individuais (tirante a hipótese de litisconsórcio ativo, ainda que com número importante de sujeitos, que não se confunde com *ação coletiva*), o processo civil moderno tem desfocado o critério de legiti-

2007, p. 177).

Assim, pode-se aduzir que o Ministério Público, quando atua no processo coletivo na defesa dos interesses sociais, não atua como mero substituto processual, de acordo com a concepção tradicional de legitimação. A instituição ministerial atual, pois, em nome próprio, defendendo interesse público primário (ou melhor, *interesse social* – art. 127, *caput*, da Constituição da República), do qual é titular como ente do Estado – o qual, por sua vez, corporifica juridicamente (constitucionalmente) os interesses da sociedade como um todo. Sendo o Ministério Público uma instituição do Estado Democrático de Direito, como visto acima, e tendo como missão constitucional a tutela dos interesses sociais, a Instituição apresenta o Estado do qual faz parte na sua função de promoção dos interesses sociais, sendo também constitucionalmente titular desses interesses (ver, principalmente, arts. 1º a 3º da Lei Maior).²⁹

mação, abandonando a tradicional ‘coincidência entre titular do interesse e autor da ação’, para se situar no enfoque da ‘relevância social do interesse e idoneidade do autor para representá-lo eficazmente em juízo’” (MANCUSO, 2003, p. 299).

- 29 O administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello tratando do interesse público, que pode também ser lido como *interesse social*, o conceitua e afirma que este é o interesse do conjunto social enquanto participantes da sociedade – que é entificada no Estado, consagrado na Constituição de 1988 como Estado Democrático de Direito. Assim o citado doutrinador cuidou do tema: “[...] o interesse público, do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais. [...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de

Portanto, não importando, pois, a existência, eventual ou reflexa, de interesses patrimoniais de pessoas ou grupos, uma vez que a atuação do Ministério Público não tem por escopo a defesa de eventual interesse patrimonial dos lesado, mas sim se dá porque o ordenamento jurídico dispôs que aqueles direitos lesados interessariam diretamente à própria sociedade – politicamente organizada no Estado –, configurando-se verdadeiros direitos sociais (CARNEIRO, 1999, p. 24). Merecendo, portanto, revisão a concepção de que o Ministério Público atua como substituto processual daqueles que foram prejudicados.

O Ministério Público é constitucionalmente legitimado para tutelar os interesses ou direitos de índole social, basta que haja a afirmação de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo para que esteja legitimado o Ministério Público para agir, seja no campo jurisdicional coletivo, seja no âmbito extrajurisdicional.

Acerca da atuação ministerial no processo, Candido Rangel Dinamarco ensina o seguinte:

No direito brasileiro a intervenção o Ministério [...] ainda quando ele vem, como se costuma dizer, como mero custos legis; impele-se o zelo por certos valores sociais de natureza familiar, econômica ou mesmo política, expressos na fórmula interesse público – mas sempre a partir do pressuposto democrático de plena independência intelectual e ideológica do promotor *justitiae*, ou seja, sem qualquer prévio direcionamento político estereotipado. (DINAMARCO, 2008, p. 205).

o serem”. (MELLO, 2008, p. 60-61).

Com base nas considerações feitas acima, compete ao Ministério Público decidir ponderadamente, em cada caso concreto, se o interesse social indeterminado (não previsto taxativamente no direito positivo)³⁰ deve ser objeto de investigação ou se a pretensão que lhe é suscitada se inserem, ou não, dentre suas funções institucionais, devendo, pois, decidir pela promoção ou não das medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis no sentido da adequada tutela.

3 O Ministério Público como Garantia Institucional do Cidadão na Efetivação Democrática do Acesso à Justiça

3.1 Notas Preliminares

O Ministério Público, consoante o desenho institucional conferido pela Lei Maior, é uma instituição fundamental para a conformação e efetivação do Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, as missões constitucionais da instituição representam a dimensão prática do Estado Democrático de Direito, ou seja, no momento em que os membros do MP promovem a tutela coletiva da sociedade estão, na verdade, efetivando os

30 “De fato, muitas das missões institucionais do Ministério Público fundam-se sem conceitos vagos ou indeterminados, cambiantes no tempo e no espaço, tais como os relativos à defesa da *ordem jurídica*, do *regime democrático*, dos *interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127 da CF) e dos *serviços de relevância pública* (art. 129, II, da CF). No plano infraconstitucional, recorde-se a discutida redação do art. 82, III, do CPC, que determina a obrigatória intervenção do Ministério Público “nas causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.” (VENTURI, 2007, p. 195).

compromissos do Estado Democrático de Direito, constantes no art. 3º da Constituição da República.

Nessa senda, Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 25) afirma que as atribuições e garantias do Ministério Público conferem a própria dimensão constitucional ao Ministério Público, pois revelam seu verdadeiro e legítimo papel na social.³¹

As funções institucionais do Ministério Público previstas no texto constitucional destinam-se a cumprir o estabelecido no *caput* do art. 127 da Lei Fundamental, bem como promover, por sua atuação, os direitos fundamentais dos cidadãos. Logo, em todas suas atividades o Ministério Público deverá sempre atuar na defesa dos interesses sociais (interesse público primário), buscando os relevantes valores democráticos, em especial o acesso dos cidadãos à devida prestação jurisdicional e à Justiça (MAZZILLI, 2007a, p. 63).

O acesso à Justiça, em toda sua amplitude é um direito fundamental do cidadão – art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República e art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92 combinado com o parágrafo 2º, do art. 5º da Lei Maior) – e encontra fértil possibilidade de efetivação por intermédio do processo coletivo, consoante visto acima.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a questão do acesso à Justiça pode ser demonstrada por, sucessivamente, *três*

31 No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzilli aduz que “Somente a um governo democrático pode convir um Ministério Público forte, mas independente, porque só assim poderá efetivamente combater o descumprimento à lei, parta de onde partir, até mesmo – e não raro – dos próprios governantes.” (MAZZILLI, 2007, p. 63).

ondas renovatórias do acesso à justiça: a) garantia de adequada representação legal dos pobres (assistência judiciária gratuita aos mais carentes); b) instituição de ações especiais, aptas a permitir a defesa judicial de grupos sociais, especialmente na área do consumidor, meio ambiente – ou seja, é o estabelecimento do processo coletivo como instrumento de tutela dos direitos ou interesses coletivos em sentido amplo; c) novo enfoque do acesso à justiça, assegurando-se mais efetividade, por meio de técnicas processuais de tutelas de direito e simplificação de procedimento – tal concepção não passou despercebida pela competência do poder constituinte reformador, pois este inovou o rol de direitos fundamentais jurisdicionais ao reconhecer o direito à tutela jurisdicional tempestiva (inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31; MAZZILLI, 2007a, p. 57).

Assim, um dos matizes dessa função de efetivação do Estado Democrático de Direito é a proteção dos direitos sociais dos cidadãos por parte do Ministério Público. A promoção ministerial destes direitos fundamentais realizada no processo coletivo consiste numa das mais frutíferas formas de efetivar o direito de acesso à Justiça. Elucidativas são as lições de Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 12) acerca do princípio do acesso à Justiça no processo coletivo “[...] não apenas o direito de acender aos tribunais, mas também o de alcançar, por meio de um processo

cercado das garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados”.

Mais adiante a processualista acrescenta:

Percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas. E o modo de ser do processo, que, quando individual, obedece a esquemas rígidos de legitimação, difere do modo de ser do processo coletivo, que abre esquemas de legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”, portador em juízo de interesses e direitos de grupos, categorias, classes de pessoas. (GRINOVER, 2007, p. 12).

O processo coletivo, além de ser um espaço da jurisdição no qual podem ser debatidas questões de grande relevo social e via realizadora do acesso à tutela jurisdicional, também é um poderoso instrumento para o desempenho das funções institucionais do Ministério Público, quais sejam, promoção do regime democrático e efetivação dos direitos sociais, ao agir em benefício de grande parcela da população, totalmente marginalizada das benesses da sociedade contemporânea e sem possibilidade de acesso à Justiça (MAZZILLI, 2007a, p. 83).

Cumprido ressaltar que o regime democrático aqui tratado não pode ser visto sob a ótica reducionista de um regime político estabelecido para a escolha de representantes no Parlamento e no

Poder Executivo. A democracia sustentada neste estudo deve ser entendida como o regime político caracterizado pelo exercício do poder sobre a base da efetiva participação do povo soberano nas decisões políticas, tendo em vista sempre a promoção de valores de convivência humana como a igualdade, liberdade, a justiça e a dignidade das pessoas (ALÁCRO, 2007, p. 106). Sendo a jurisdição exercício de poder do Estado, ou seja, da própria soberania; a participação democrática do cidadão no processo coletivo é concretização do princípio democrático.³²

Merece referência a preleção de Candido Rangel Dinamarco acerca da concepção democrática do processo:

Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros de poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia. (DINAMARCO, 2008, p. 201-202).

A atuação do Ministério Público no processo coletivo, assim concebida, pode ser vista como uma forma de emancipação de grupos sociais marginalizados do acesso à Justiça. Daí, Hugo Nigro Mazzilli afirma que esse tipo de atuação ministerial tem nítido caráter político – não político-partidário –, porquanto diz respeito à interferência no modo de conduzir os assuntos

32 Acerca da natureza institucional da jurisdição, Candido Rangel Dinamarco traz estas colocações: “Ela é o próprio poder do Estado, exercido com vista aos seus fins institucionais e à manutenção como superestrutura da sociedade. É do interesse *primário* do Estado”. (DINAMARCO, 2008, p. 205).

de interesses do Estado Democrático de Direito e dos cidadãos (MAZZILLI, 2007a, p. 84).

Assim, a atuação político-promocional do Ministério Público se faz por meio do processo judicial, como instrumento político de participação social. Consoante a doutrina de Calmon de Passos:

[...] a democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fê-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra *legam* do Estado e dos particulares. Mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito ao mesmo tempo. (PASSOS *apud* MAZZILLI 2007, p. 85-86).

Nesse quadrante, insere-se o Ministério Público como agente político defensor dos interesses sociais dos cidadãos, utilizando-se da via processual coletiva para tal desiderato. Sendo, nesse atuar, considerado uma garantia constitucional do cidadão, ou melhor, uma instituição-garantia por meio da qual os outros direitos fundamentais coletivos restaram promovidos pelo seu atuar; promovendo-se, por conseguinte, o democrático acesso à Justiça.

3.2 A Garantia Institucional do Ministério Público

Nesta oportunidade, faremos uma abordagem panorâmica das garantias fundamentais. Após, veremos como a doutrina tem concebido o que venha a ser uma garantia institucional. Nessa esteira e com base nos ensinamentos obtidos, posicionaremos a instituição do Ministério Público como uma garantia institucional do cidadão.

3.2.1 Conceito e Fundamentos das Garantias Fundamentais

As garantias fundamentais são prerrogativa que protegem, reparam e concretizam direitos indispensáveis para a promoção da dignidade humana ou à convivência em sociedade. As *garantias*, segundo o constitucionalista português Gomes Canotilho, em sua acepção clássica podem ser assim concebidas:

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter* instrumental de proteção dos direitos. As **garantias** traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios dos *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*). (CANOTILHO, 2003, p. 396).

Em vista dessa tradicional concepção, a doutrina diferencia direitos de garantias fundamentais. Assim, ora entendendo-se que os direitos são disposições meramente declaratórias, que dão existência legal aos direitos, e garantias as disposições

assecuratórias, que limitam o poder na defesa dos direitos, ora afirmando-se que os direitos representam certos bens (de natureza principal e de conteúdo declaratório), enquanto as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens (acessórios e com caráter instrumental). Em todos os casos, as garantias são prerrogativas que visam a proteger, reparar e dar efetividade concreta àquilo que é indispensável ao ser humano e à convivência em sociedade, motivo pelo qual sua existência instrumental está associada aos direitos fundamentais dos quais estão a serviço (FRANCISCO, 2007, p. 163).³³

De acordo com a síntese classificatória de garantias fundamentais estabelecida por José Carlos Francisco, temos o seguinte:

[...] podemos classificar as garantias de várias maneiras. É possível falar em garantias pessoais e institucionais. As garantias institucionais podem se subdividir em garantias jurídicas-públicas (funcionalismo público, entes federativos,

33 No mesmo sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco aduz o seguinte: “No âmbito das classificações dos direitos fundamentais, intenta-se, por vezes, distanciar os direitos das garantias. Há, no Estatuto Político, direitos que têm por objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes, procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais. As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal. Nem sempre, contudo, a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida – o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 268).

etc.) e garantias jurídico-privadas (maternidade, liberdade de imprensa, etc.).

[...]

No plano interno, temos as garantias gerais ou *lato sensu*, as quais abrigam os direitos fundamentais pela sua natureza, embora essa não seja sua finalidade exclusiva (separação dos Poderes, *ombudsman*, Cortes Constitucionais, democracia participativa, imprensa livre, etc.). Há também as garantias específicas ou *stricto sensu*, que objetivam proteger, reparar e dar efetividade aos direitos fundamentais, tais como vedação à pena de morte, a inalterabilidade do ato jurídico perfeito, da coisa julgada etc. Ainda como garantias específicas encontramos os remédios constitucionais (no ordenamento de 1988: mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, *habeas corpus*, ação popular, direito de petição). (FRANCISCO, 2007, p. 163-164).

As garantias de ordem constitucional podem ser garantias da própria Constituição – acepção ampla³⁴ – como garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Lei Maior, portanto, remédios jurisdicionais eficazes a proteção desses direitos – acepção restrita.³⁵

34 Esmiuchando essa concepção de garantias constitucional – em sentido amplo –, Paulo Bonavides ensina o seguinte: “Na primeira acepção as garantias são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores destabilizantes, sendo em geral a reforma da Constituição, nesse caso, um mecanismo primordial e poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, o mesmo se dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadados a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases do regime e o sistema das instituições.” (BONAVIDES, 2004, p. 533).

35 Na segunda acepção de garantias constitucionais – em sentido restrito –, Paulo Bonavides faz o seguinte esclarecimento: “Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma” (BONAVIDES, 2004, p. 533).

As garantias constitucionais em seu sentido restrito marcaram profundamente o judiciarismo do Estado Liberal³⁶ e ainda hoje não perderam a função protetora tanto da Lei Maior como dos direitos fundamentais. Com o decorrer da evolução institucional, as garantias fundamentais passaram por uma espécie de alargamento, eis que não ficaram restritas à guarda dos direitos individuais na projeção clássica do liberalismo.³⁷ Dessa forma, ampliou-se igualmente o raio de segurança a formas funcionais *institucionalizadas* que se prendem organicamente ao exercício constitucional das atividades dos poderes públicos no regime jurídico imposto pelo próprio Estado Democrático de Direito (BONAVIDES, 2004, p. 534).

3.2.2 A Concepção de Garantia Institucional

As garantias institucionais, de acordo com Paulo Bonavides, têm sido mais concebidas pela doutrina como um instituto de direito público, materialmente variável segundo a natureza da instituição protegida, vinculada acima de tudo a uma determinada

36 O Estado Liberal foi o primeiro a ser constituído com base nas guarnições das liberdades individuais da pessoa humana. A origem desse modelo de Estado remonta aos ideais iluministas, bradados, principalmente, durante a grande Revolução Francesa. Tal modelo estatal, por outro lado, não tem sua base ideológica completamente plasmada no iluminismo, mas sim na ideologia fundada pela corrente filosófica denominada liberalismo (BONAVIDES, 2004, p. 43).

37 O liberalismo clássico tinha por bases ideológicas o individualismo, a teoria contratualista da formação do Estado, a ampla liberdade econômica, negação do absolutismo estatal e redução da ação do Estado a limites pormenorizadamente delimitados. As duas principais vertentes do liberalismo são: o (i) pensamento, entendido como um conjunto de doutrinas e princípios; (ii) e na sociedade, compreendida como clamor por liberdade dos membros do terceiro Estado (MERQUIOR, 1991, p. 16).

ordem constitucional ou a um determinado regime político de organização do Estado do que enunciado descritivo de um conceito (BONAVIDES, 2004, p. 537).

Nessa esteira, Paulo Bonavides afirma que a denominação “garantias institucionais” foi cunhada por Carl Schmitt, que as separou dos direitos fundamentais, afirmando que a razão de ser das garantias institucionais residia em conferir proteção especial a determinadas instituições. Assim, o constitucionalista assevera:

[...] a garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição [...] preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal ocorresse, implicaria já o perecimento do entre protegido. (BONAVIDES, 2004, p. 542).

Em continuidade, o constitucionalista cearense traz à baila a distinção de garantias institucionais proposta por Klaus Stren na época em que vigorava na Alemanha a Constituição de Weimar, dessa lição merece transcrição este enunciado: “[...] as garantias das instituições ou garantias institucionais, que conferem a certas instituições, estruturas de organização e figuras jurídicas fundamentais, uma idêntica proteção de grau superior, no patamar normativo de Constituição”. (BONAVIDES, 2004, p. 544).

Com vista nos objetivos do presente trabalho, as garantias institucionais podem também ser concebidas como uma forma de organização estatal que visam a promoção e tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por essa razão, as garantias institucionais são, genuinamente, verdadeiros direitos

fundamentais em sentido amplo. Por conseguinte, as garantias institucionais constantes na Constituição que se encontrem fora do catálogo do art. 5º também estão escudadas pelas cláusulas pétreas – parágrafo 4º, do art. 60 da Constituição da República.³⁸

Nesse sentido, Fabio Konder Comparato (2001) conceitua as garantias institucionais nestes termos:

[...] formas de organização do Estado, ou institutos da vida social, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais declarados na Constituição; não apenas das liberdades individuais (*freiheitsrechte*) como pareceu aos autores alemães, mas de todas as demais espécies de direitos humanos.

[...]

De minha parte, penso que as garantias institucionais podem e devem, hoje, ser analisadas como princípios fundamentais do ordenamento constitucional. Nessa condição, as garantias

38 O autor Gregório Assagra de Almeida, ao tratar da função das cláusulas pétreas no nosso ordenamento jurídico, traz esta elucidação: “As cláusulas pétreas exercem papel de suma importância em uma Constituição democrática e cidadã como é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nelas estão assentadas todas as garantias máximas da sociedade, as quais são protegidas contra o poder reformador. A Constituição Federal de 1988 arrola as cláusulas pétreas ou superconstitucionais no § 4º do art. 60, onde consta: *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado. II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.* [...]”. Mais adiante, o autor assevera de que maneira as cláusulas pétreas devem ser interpretadas: “A interpretação das cláusulas pétreas não pode ser conduzida por métodos interpretativos fechados, de forma que a interpretação meramente gramática é rechaçada. A interpretação constitucional adequada é aquela que possa retirar do rol das cláusulas pétreas a sua melhor e mais legítima eficácia social. Com isso, a interpretação dessas cláusulas superconstitucionais é aberta, flexível no sentido ampliativo. Por exemplo, na leitura do inciso IV do § 4º do art. 60 devem ser incluídas os direitos coletivos, tendo em vista que esses direitos estão, ao lado dos direitos individuais, inseridos no plano da teoria dos direitos e garantias fundamentais constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88).” (ALMEIDA, 2008).

institucionais apresentam três características essenciais de todo princípio jurídico: 1) supremacia normativa; 2) ilimitado âmbito de aplicação; 3) ilimitado grau de aplicação. (COMPARATO, 2001).

Partindo-se dessa concepção, qual seja, que as garantias institucionais são postas para que possam proteger direitos subjetivos fundamentais, pode-se afirmar que o Ministério Público é uma garantia institucional jurídico-pública posta em favor da sociedade para a proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis, promotora da efetivação do Estado Democrático de Direito.

3.2.3 A Instituição do Ministério Público como Garantia Institucional do Cidadão

O Ministério Público, com fulcro no que foi dito acima, pode ser concebido como uma garantia fundamental do cidadão de natureza institucional, de extração constitucional, legitimada a tutelar – em nome próprio – os direitos coletivos dos cidadãos, realizando a democratização da tutela jurisdicional efetiva e concretizando o direito fundamental de acesso à Justiça.

Os fundamentos dessa proposição residem na natureza constitucional do Ministério Público, pois a instituição foi concebida pela constituinte como uma garantia institucional posta em favor dos cidadãos para a tutela dos direitos coletivos ou de relevância social. A instituição pode ser compreendida como defensora e representante das aspirações sociais, que não podem ser deduzidas individualmente de modo efetivo por questões

materiais. Nesse papel, o Ministério Público garante, por meio da sua atuação em nome dos interesses sociais, a democratização do acesso efetivo dos cidadãos à tutela jurisdicional efetiva.

Além disso, segundo a doutrina do constitucionalista alemão Robert Alexy (2008), a instituição do Ministério Público pode ser enquadrada como um direito fundamental do cidadão a ações estatais (ALEXY, 2008, p. 442).³⁹

Dentro dessa categoria de direitos fundamentais, Robert Alexy traz uma subcategoria de direitos a prestações estatais, a saber, direitos a organização e procedimentos, que pode ser expressa na fórmula “realização e asseguaração dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimentos”. Para Alexy (2008, p. 472-473), procedimentos “são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado.”⁴⁰ Ainda, divide os direitos a organização e procedimento em quatro grupos: a) competências de direito privado; b) procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito); c) organização

39 Alexy compreende o direito a prestações do Estado desta maneira: “Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestação é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, uma abstenção estatal. A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentos e alcança até prestações em dinheiro e outros bens”. (ALEXY, 2008, p. 442).

40 Em seguida, o constitucionalista alemão aduz que: “As normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais”. (ALEXY, 2008, p. 472-473).

em sentido estrito; e d) formação de vontade estatal (ALEXY, 2008, p. 483-499).

No que tange ao terceiro grupo, qual seja, a direito a organização em sentido estrito, Robert Alexy traz estas colocações acerca da amplitude da concepção de organização em sentido estrito:

O terceiro grupo diz respeito às exigências que os direitos fundamentais impõe a áreas jurídicas como o direito do ensino superior, o direito da radiodifusão e o direito de cogestão. A reunião de coisas tão distintas sob o conceito de organização em sentido estrito justifica-se porque elas têm algo em comum: elas regulam a ação conjunta de diversas pessoas na persecução de determinadas finalidades.

[...]

O que as normas de organização requeridas pelos direitos fundamentais devem assegurar ao indivíduo é, em geral, apenas seu interesse de direito fundamental. Para sua garantia não é necessária, em regra, a outorga de direitos subjetivos à organização. A segunda estratégia parte do pressuposto de que uma organização requerida por um direito fundamental está sempre a serviço do indivíduo como membro de uma coletividade de indivíduos, razão pela qual não se pode falar, em geral, de direitos subjetivos do indivíduo a uma organização. (ALEXY, 2008, p. 490-493).

Com fulcro na doutrina de Robert Alexy (2008), pode-se afirmar que o Ministério Público é um verdadeiro direito fundamental à organização estatal (direito a ações estatais positivas ou a prestações). As normas constitucionais que instituem o Ministério Público e que lhe conferem instrumentos para que atinja sua missão constitucional – qual seja, defesa do

regime democrático e defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis – são, em verdade, garantias institucionais oriundas da concretização do direito fundamental à organização estatal.

Sendo a instituição ministerial uma garantia fundamental do cidadão ou, em rigor, instituição-garantia, porquanto é uma forma de organização do Estado que visa à promoção dos interesses sociais dos cidadãos.

Após analisar os dispositivos constitucionais que cuidam do Ministério Público, Paulo Bonavides ovaciona a natureza constitucional da instituição:

Órgão constitucional, ao Ministério Público incumbe, por determinação do constituinte, defender a ordem jurídica, o regime democrático, a democracia, os interesses individuais e sociais indisponíveis; enfim, cabe-lhe atuar como o grande braço protetor da Sociedade.

O Ministério Público, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da Sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições.

[...]

Em rigor, quem contempla a constelação de poderes do sistema verifica que o Ministério Público da Carta Magna [...] é o órgão que mais raízes aprofundou, por derradeiro, no reconhecimento, respeito, anuência e gratidão da cidadania.

Ele é, portanto, pedaço vivo da Constituição.

[...] Quem guarda a Sociedade guarda a Constituição. Democracia, por essa prisma, é, em derradeira análise, o binômio Sociedade e Constituição, sob a égide da ética e dos princípios. (BONAVIDES, 2008, p. 383-388).

Assim, com base em tudo o que foi dito, pode-se asseverar que as funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conferidas pela Lei Fundamental de 1988, elevam a instituição do Ministério Público como verdadeira guardiã dos direitos fundamentais – notadamente os direitos sociais – e do Estado Democrático de Direito. Isso porque as funções institucionais constantes no texto constitucional visam a proteger e efetivar os fundamentos do modelo social pretendido pela nova ordem institucional – soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político (art. 1º da Constituição da República) e à promoção dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito – construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da Constituição da República). Não resta mais dúvida de que o constituinte concebeu o Ministério Público como instituição promotora do Estado Democrático de Direito, pois suas funções institucionais e sua posição constitucional colocam a instituição como uma instituição-garantia dos interesses sociais dos cidadãos.

3.2.3.1 A Canalização dos Anseios Sociais pelo Ministério Público

A instituição ministerial quando ajuíza uma ação civil pública para promoção e defesa dos interesses sociais atual em nome próprio, defendendo interesse público primário (*interesse social*), do qual é titular como ente do Estado Democrático de Direito. Visto que o Ministério Público é uma instituição do Estado Democrático de Direito e tem a missão constitucional a tutela dos interesses sociais, a Instituição apresenta o Estado do qual faz parte na sua função de promoção dos interesses sociais, sendo também constitucionalmente titular desses interesses.

Desse modo, cabe ao Ministério Público decidir em cada caso concreto, se o direito que se deve promover ou tutelar se reveste dos contornos sociais que legitimam o seu atuar. Para aferir se os direitos realmente possuem os caracteres sociais, deve a instituição abrir canais para que filtre os anseios sociais. Permitindo-se, desse modo, concluir se o Ministério Público está legitimado a demandar judicialmente na defesa dos direitos que conclua serem sociais.

Um dos canais que permitem esse filtro social é por meio do atendimento ao público. O atendimento ao público prestado pelo membro do Ministério Público ou por seus serviços auxiliares acaba sendo um escoadouro eficiente para reduzir a litigiosidade contida ou reprimida⁴¹, promovendo por esta via do acesso à Justiça (MAZZILLI, 2007a, p. 96).

41 Nas lições de Kazuo Watanabe, a litigiosidade contida pode ser concebida desta

Essa via de acesso à Justiça possibilita que a instituição capte os anseios sociais dos cidadãos, para que posteriormente instaure um inquérito civil⁴² ou ingresse em juízo para a concretização e a proteção dos interesses sociais.

A doutrina de Hugo Nigro Mazzilli traduz a importância do atendimento ao público no quadro das funções institucionais do Ministério Público:

Pertencendo a uma instituição agora com vocação essencialmente democrática, os órgãos do Ministério Público brasileiro, no atendimento ao público, não só servem como dele se servem para desempenhar suas demais funções, o que resulta no mesmo. No exercício dessa função, colhem elementos para zelar pela observância da Constituição e das leis e promover-lhes a execução por meio da ação penal ou da ação civil pública, em defesa dos interesses indisponíveis do indivíduo ou da sociedade, ou em defesa de interesse de larga expressão ou abrangência social. Com sua atuação conseguem fazer que a instituição realmente preste serviços à comunidade. (MAZZILLI, 2007a, p. 97).

forma: “fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na *panela de pressão* social, que já está demonstrando sinais de deterioração do seu sistema de resistência (*quebra-quebra* ao atraso dos trens, cenas de violência no trânsito e recrudescimento de outros tipos de violência)” (WATANABE *apud* MAZZILLI, 2007, p. 96).

- 42 “O inquérito civil é um instrumento de atuação exclusiva do Ministério Público. Trata-se de um procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público, sem maiores formalidades. Como simples procedimento, não é imperativo o contraditório, embora em muitos casos possa ser aconselhável. Seu objeto é, basicamente, a coleta de elementos de prova e convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a cargo do *Parquet*.” (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2009, p. 216). Mais adiante, no item 3.2.3.2, o inquérito civil será tratado como instrumento de atuação do Ministério Público na defesa dos direitos sociais.

Com escopo de exercer essa relevante função institucional, o doutrinador Hugo Nigro Mazzilli recomenda a criação de *promotorias de Justiça ouvidoras do povo*. Isto porque a Constituição de 1988 atribuiu ao Ministério Público papel de suma importância na área de promoção dos direitos fundamentais do cidadão. O desempenho desta função constitucional pressupõe um correto atendimento do povo pelos órgãos ministeriais dotados das garantias constitucionais. Daí a denominação dessa função de *ouvidoria do povo ou defesa dos direitos constitucionais do cidadão* (MAZZILLI, 2007a, p. 125-126).

Assim sendo, quando o Ministério Público atendeu um cidadão ou tutela por algum interesse individual indisponível deste, em verdade, não o está fazendo apenas em prol do próprio indivíduo, mas sim em proveito do interesse de caráter social (MAZZILLI, 2007a, p. 101).

No desempenho dessa missão constitucional, a instituição ministerial poderá obter subsídios para que capte as tensões sociais e promova sua efetivação e sua proteção por meio do manejo de uma ação civil pública, bem como das medidas extraprocessuais que entender necessárias. Não resta dúvida de que a garantia institucional do Ministério Público realiza a promoção dos interesses sociais dos cidadãos e democratiza o acesso às formas de proteção de direitos.

3.2.3.2 Instrumentalização do Ministério Público como Via Realizadora do Acesso à Justiça

Uma das mais eficazes formas de garantir a eficácia dos direitos coletivos consiste na adequada instrumentalização do Ministério Público. Os veículos realizadores dos direitos fundamentais coletivos⁴³ e do acesso à Justiça podem ser concebidos sob dois enfoques, primeiramente de ordem *material*, e de ordem *normativa*.

Os instrumentos de atuação de ordem *material* são nada mais do que órgãos, instalações e serviços auxiliares que a instituição ministerial dispõe para o cumprimento de sua missão constitucional – arts. 128 e 130-A da Constituição da República; Lei Complementar nº 75/93 e Lei nº 8.635/93.⁴⁴

43 Conforme visto acima, os direitos coletivos possuem carga normativa de direitos fundamentais. Este entendimento é confirmado pela disposição do Capítulo I, do Título II da Constituição da República – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Esta divisão categórica de direito foi proposta por Gregório Assagra de Almeida, que sustenta que a Constituição de 1988 abandonou a clássica *summa divisio* de direito público e direito privado, e sustenta que a nova ordem constitucional inaugurou uma nova *summa divisio*, qual seja, direitos individuais e direitos coletivos. Conferir: (ALMEIDA, 2008b). Demais disso, no rol dos direitos fundamentais encontramos alguns direitos coletivos, como a proteção do consumidor (inciso XXXII, do art. 5º, da CF) e o direito à informação de interesse coletivo (inciso XXXIII, do art. 5º, da CF). Nessa esteira, colhemos diversos direitos fundamentais coletivos não previstos no rol do art. 5º da Constituição da República, vejamos alguns exemplos: a) direito à saúde (art. 196 da CF); b) direito à educação (art. 205 da CF); c) direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF); d) direito à proteção integral para as crianças e adolescentes (art. 227 da CF). Os direitos coletivos trazidos à baila trazem extenso conteúdo social, a qual vincula a atuação no Estado no sentido de sua realização (art. 3º da CF).

44 “Do MP fazem parte o Ministério Público de União (MPU) e os MPs estaduais. Aquele inclui o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público Militar (MPM), o Ministério Público do Trabalho (MPT) e o Ministério Público do

Por outro lado, os instrumentos normativos são aqueles que o ordenamento jurídico defere em favor da instituição para desempenhar suas funções. Esses veículos do Ministério Público promovedores do acesso à Justiça devem ser vistos por dois aspectos. O primeiro, de ordem *objetiva*, que consiste nos instrumentos procedimentais previstos na ordem jurídica, como a ação civil pública e o inquérito civil. Já os instrumentos normativos *subjetivos* são as garantias da instituição conferidas pelo texto constitucional para bem cumprir sua missão constitucional com independência.

Os principais instrumentos infraconstitucionais de atuação do Ministério Público na promoção do acesso à Justiça estão contidos na Lei n.º 7.347/85. Nesse diploma legal está regulada a ação civil pública – conceituada por Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 73-74) como a ação civil que se destina à “defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos colegitimados ativos” – e o inquérito civil – o qual, segundo o mesmo autor, consiste em “uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos para eventual propositura de ação civil pública”. (MAZZILLI, 2008, p. 443). Além desses, há termo de ajustamento de conduta (TAC), firmado

Distrito Federal e Territórios (MPDFT) (art. 24 da Lei Complementar 75/93). A peculiaridade de cada um dos Ministérios Públicos pertencentes ao MPU está relacionada ao respectivo Poder Judiciário perante o qual o MP atua. Os MPs estaduais são regidos pela LONMP (Lei 8.625/93). O MPU foi disciplinado pela Lei Complementar 75/93. [...] Finalmente, ressaltou que a Emenda Constitucional 45, de 31.12.2004, entre outras importantes reformas, criou [...] o Conselho Nacional do MP”. (AMARAL, 2007, p. 136-140).

pelo Ministério Público, que revela-se excelente instrumento de atuação da instituição, pois possui qualidade de título executivo extrajudicial⁴⁵ e não precisa de processo judicial para possuir eficácia.

Em verdade, as garantias do Ministério Público somente podem ser consideradas como instrumentos sob a perspectiva de que consistem em condições para que a instituição promova o interesse público com independência, sem quaisquer formas de ingerência. A Constituição da República conferiu à instituição do Ministério Público duas ordens de garantias: a) as garantias institucionais – arts. 127, § 1º, § 2º e § 3º e art. 128, § 1º e § 2º da CF (princípios institucionais do Ministério Público, a autonomia funcional, administrativa e orçamentária, etc.); b) as garantias e vedações funcionais – arts. 128, § 5º, inciso I, alíneas *a*, *b* e *c*, e inciso II e alíneas (garantias de liberdade: vitaliciedade,

45 “São estas as principais características do compromisso d ajustamento de conduta: *a*) é tomado por termo por um dos órgãos públicos legitimados à ação civil pública; *b*) nele não há concessões de direito material por parte do órgão público legitimado, mas sim o causador do dano assume uma obrigação de fazer ou não fazer (ajustamento de conduta às obrigações legais); *c*) dispensam-se testemunhas instrumentarias; *d*) dispensa-se a participação de advogados; *e*) não é colhido nem homologado em juízo; *f*) o órgão público legitimado pode tomar o compromisso de qualquer causador do dano, mesmo que este seja outro ente público (só não pode tomar compromisso de si mesmo); *g*) é preciso prever no próprio título as cominações cabíveis, embora não necessariamente a imposição de multa; *h*) o título deve conter obrigacional certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto, e ainda deve conter obrigação exigível. O compromisso assim obtido constitui título executivo extrajudicial.” (MAZZILLI, 2008, p. 406). O compromisso de ajustamento de conduta está previsto parágrafo 6º, do art. 5º da Lei n.º 7.347/85. Ademais, o Estatuto Processual Civil confere a natureza jurídica de título executivo ao instrumento de transação referendado pelo Ministério Público no inciso II, do seu art. 585.

inamovibilidade, e irredutibilidade de subsídios; garantias de imparcialidade: proibição de receber, a qualquer título, honorários ou custas processuais, proibição de exercer a advocacia, etc.) (BULOS, 2008, p. 1.130).

O fundamento das garantias do Ministério Público é concebido por Hugo Nigro Mazzilli neste sentido:

O fundamento desses predicados da instituição e de seus agentes, por evidente, não é constituir uma casta privilegiada de funcionários públicos, e sim tão-somente assegurar a alguns agentes do Estado, apenas em razão das funções que exercem, garantias para que efetivamente possam cumprir seus misteres, em proveito do próprio interesse público. (MAZZILLI, 2007b, p. 197).⁴⁶

Assim, as garantias do Ministério Público podem ser vistas sob esta perspectiva como garantias da própria sociedade. Isto porque as garantias da instituição estão voltadas, em última instância, a promoção dos interesses constitucionais.

Todos os instrumentos, seja de ordem *material*, seja de ordem *normativa*, convergem para a promoção dos direitos sociais e possibilitam o acesso à Justiça por intermédio da atuação promotora da cidadania do Ministério Público. Por causa dos instrumentos institucionais, o Ministério Público acaba sendo o ente que possui maiores condições concretas para a promoção dos direitos sociais coletivos; seja por causa de sua estrutural material

46 O doutrinador ainda faz a distinção de garantias e prerrogativas: “*Garantias* são atribuições que se destinam a assegurar o livre exercício das funções; *prerrogativas* são as distinções, privilégios, vantagens e imunidades funcionais ínsitas ao cargo. (MAZZILLI, 2007b, p. 199).

e independência; seja pelos instrumentos infraconstitucionais de atuação que lhe conferem poderes para a realização de sua missão constitucional.

O círculo virtuoso formado por toda essa instrumentalização do Ministério Público revela a natureza democrática da instituição ao possibilitar o acesso à Justiça do cidadão, principalmente quando seu atuar tem em vista a emancipação dos cidadãos. No processo coletivo, tais instrumentos mostram-se bastante frutíferos nesta missão constitucional, pois facultam à instituição maiores poderes na promoção dos direitos sociais.

3.3 A Efetivação Democrática do Acesso à Justiça pelo Ministério Público no Processo Coletivo

O processo coletivo é um instrumento de democratização da função jurisdicional, porquanto possibilita a proteção judicial de grande parcela da sociedade que não poderia individualmente pleitear pelos direitos coletivos por diversas razões fáticas.

A Constituição da República Federativa do Brasil qualificou o Estado brasileiro de *Democrático de Direito*, asseverando que *todo o poder* emana do povo. E, conforme visto acima, o exercício da democracia é feito pela possibilidade que o povo tem de influir efetivamente nas decisões soberanas do Estado (políticas).

Visto que a jurisdição consiste numa das expressões da soberania do Estado, o canal de acesso à Justiça coletivo é um grande instrumento de *participação* dos cidadãos na reivindicação de seus direitos, bem como na influência na vida social. Desse modo, o Ministério Público, quando demanda em nome dos

direitos sociais dos cidadãos, exerce uma função política no Estado Democrático de Direito, pois uma decisão nessa espécie de processo é dotada de eficácia *erga omnes*⁴⁷ e *ultra partes*⁴⁸ – art. 103, incisos I, II e III do Código de Defesa do Consumidor –, promovendo a tutela jurisdicional efetiva. Cabe salientar que alcance da imutabilidade da coisa julgada oriunda de decisões em sede de ações civis públicas ou coletivas deve aferida de acordo com resultado da ação (*secudum eventus litis*).⁴⁹

Todo ato decisório dotado de soberania é realizado no cumprimento de uma decisão eminentemente política, uma vez que não se pode aplicar – ou impor – o Direito desconsiderando o espírito de determinado Estado (VENTURI, 2007, p. 118). Assim, no momento no qual o Ministério Público maneja uma ação civil público, bem como quando o Judiciário decide o que lhe foi proposto, esses órgãos do Estado devem ter em vista o modelo de Estado em que se inserem, sendo que a Constituição brasileira de 1988 o consagrou como *Democrático de Direito*.

O Estado Democrático de Direito não se limita à forma pela qual a sociedade deseja organizar-se funcionalmente, por meio da escolha direta dos representantes das Casas Parlamentares

47 “A coisa julgada *erga omnes* [...] é aquela cujos efeitos atingem a *todos* – tenham ou não participado do processo. É o que acontece com a coisa julgada oriunda dos processos de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF).” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 354).

48 “A coisa julgada *ultra partes* é aquela que atinge não só as partes do processo, mas também *determinados* terceiros. Os efeitos da coisa julgada estendem-se a terceiros, pessoas que não participaram do processo, vinculando-os.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 353).

49 Para aprofundamento, conferir: Mazzilli (2008, p. 566-567).

e chefes do Poder Executivo. Somente isso não basta, ainda é preciso outros meios que abram espaço para que o povo possa efetivamente ser beneficiado pelos ideais democráticos. Nessa esteira, o processo coletivo se revela apto a democratização da função jurisdicional, porquanto o sistema processual coletivo propõe a democratização tanto do acesso quanto das tutelas jurisdicionais, não somente em termos de conteúdo, como também quanto a amplitude e beneficiamento *erga omnes* das decisões de procedência das ações coletivas, deduzidas pelas entidades legitimadas para tal mister, estando entre elas a instituição do Ministério Público (VENTURI, 2007, p. 120-121).

O Estado Democrático de Direito, além de estar impedido de criar óbices a concretização dos direitos coletivos, está impelido a atuar para viabilizá-los, seja por aperfeiçoamento da legislação material e processual, seja pelo estabelecimento de instituição vocacionada para a promoção desses direitos (ALMEIDA, 2008, p. 175). Neste contexto, insere-se o Ministério Público como instituição do Estado Democrático de Direito protetora dos direitos dos cidadãos.

O Ministério Público é o defensor constitucional dos interesses sociais, sendo integrado por pessoas advindas de estratos sociais mais atentos aos clamores da sociedade⁵⁰. Sua

50 O promotor de justiça Bruno Amaral Machado, em substancioso estudo sociológico do Ministério Público brasileiro, apresenta dados da pesquisa realizada por Maria Tereza Sadek e Ela Wiecko V. Castilho acerca do perfil dos integrantes da Instituição: “O MP brasileiro é integrado por jovens, sobretudo do sexo masculino, a maioria com grau de escolaridade superior ao de seus pais. Grande parte dos integrantes vem das classes média e baixa. Os integrantes do MPF são, em média,

atuação é a própria vontade constitucional em movimento, visto que a concretização dos direitos sociais é um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito – art. 3º da Lei Fundamental.

Assim, repise-se, quando o Ministério Público propõe ações civis públicas para promoção e proteção dos direitos sociais concretiza o direito de acesso à Justiça e irradia o princípio democrático ao âmbito processual. No que concerne a essa função política da Instituição ministerial no processo, Antônio Augusto Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior aduzem o seguinte:

[...] se o processo, genericamente considerado, se atribui inegável caráter político, é fácil constatar que o poder de ajuizar ações faz do Ministério Público uma instituição sensivelmente dotada de função política. O exercício dessa função será mais profundo à medida que o interferir mais efetiva e intensamente na realidade brasileira. E, embora na defesa da sociedade a instituição atue em áreas de interesse da população em geral, parece claro que sua ação deva atingir, sobretudo, os interesses das parcelas excluídas do acesso à Justiça, em causas que propiciem melhoria na qualidade de vida desse contingente mais desassistido. A

mais jovens (média de 36 anos) que os magistrados (média de 42 anos), enquanto os membros do MP estadual têm em média 33 anos. Os homens ocupam 71,6% dos cargos do MPF e 67% dos cargos dos MPs estaduais. Do total de membros, 95% dos integrantes exerceram atividade remunerada anteriormente ao ingresso na carreira, evidenciando movimento de ascensão econômica, já que 57% dos membros vêm de famílias cujos pais ocuparam postos subalternos no mercado de trabalho (SADEK e CASTILHO, 1998, p. 9-10). Outro dado importante da pesquisa é que a maioria dos integrantes do MP (53%) ingressou após 1988, quando a instituição já havia consolidado as novas atribuições e conquistado autonomia. [...] Foi identificado o posicionamento ideológico: a maioria dos entrevistados coloca-se na posição de centro-esquerda (53%), seguindo-se a posição de centro (26%) e a de esquerda (11%)” (MACHADO, 2007, p. 148).

assunção dessa função social impõe a responsabilidade de provocar a aplicação da lei na perspectiva mais direta de atenuar os efeitos das desigualdades sociais, Longe de significar opção pelos pobres ou mero paternalismo, é uma preocupação que deve ser encarada como compromisso com o próprio futuro do país. Afinal de contas, o que esperar de um país em que 32 milhões de crianças e adolescentes (mais de 50%) vivem em situação de pobreza, com renda familiar per capita de até meio salário mínimo? Só teremos democracia e cidadania plenas quando a injustiça social for eliminada com todas as suas consequências (analfabetismo, moralidade infantil, criminalidade urbana, etc.). (Guimarães Júnior; Ferraz *apud* MAZZILLI, 2007a, p. 86).

Tendo em vista essa concepção função de emancipação social do Ministério Público, a instituição, além de promover os direitos sociais, garante aos cidadãos o direito fundamental de acesso à Justiça. Esse direito fundamental não se restringe à possibilidade de acesso ao Poder Judiciário; consiste, na verdade, no direito de acesso efetivo a uma ordem jurídica justa e transformadora (ALMEIDA, 2008, p. 175).

Nessa quadra, alude-se a *função prospectiva* do Ministério Público ao manejar ações civis públicas, as quais podem ensejar uma verdadeira *promoção* dos direitos sociais (direitos coletivos em sentido amplo), diante da omissão dos poderes públicos ou particulares na atuação dos direitos sociais e individuais indisponíveis assegurados na Lei Fundamental (VENTURI, 2007, p. 124).

Um demanda coletiva proposta pelo Ministério Público que for julgada procedente se revestirá do atributo da coisa julgada material. A coisa julgada coletiva garante a eficácia social das

decisões de procedência as ações coletivas manejada na promoção desses dos direitos sociais. Acerca dos efeitos sociais da coisa julgada nos processos que versem sobre direitos difusos ou coletivos em sentido restrito, Ada Pellegrini Grinover preleciona o seguinte:

Com relação à demanda que envolve a tutela de direitos difusos e coletivos indivisíveis por natureza, a coisa julgada não pode senão atuar *erga omnes*. A satisfação do interesse de um dos membros da coletividade significa inelutavelmente a satisfação dos interesses de todos os outros; assim como a negação do interesse de um indica a mesma negação para todos os outros. (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2008, p. 240).

Com fulcro nesses fundamentos que se pode afirmar a efetivação democrática do acesso à Justiça pela atuação do Ministério Público no processo coletivo. A instituição ministerial quando atua no processo coletivo é capaz de disseminar e otimizar socialmente a prestação jurisdicional, superando as barreiras fáticas que obstam o acesso à Justiça para a população. Ao demandar em defesa das pretensões sociais, o Ministério Público não apenas pacifica as relações sociais, mas, sobretudo, promove a inclusão social, porquanto viabiliza a efetiva atuação dos direitos sociais e individuais indisponíveis, imprescindíveis à efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, valor primeiro e último do Estado Democrático de Direito (VENTURI, 2007, p. 261).

3.4 O Defensor do Cidadão: o Ministério Público como Promotor da Cidadania no Processo Coletivo

Em virtude do posicionamento constitucional-topográfico do Ministério Público; das suas funções institucionais no quadro do Estado Democrático de Direito; dos interesses constitucionais que a Constituição incumbiu a instituição de promover; tudo isto converge para que se chegue à conclusão de que o Ministério Público foi concebido pelo Poder Constituinte (manifestação soberana do povo) como verdadeiro defensor do cidadão e indutor de emancipação social reclamada pelo Estado Democrático de Direito (JATAHY, 2007, p. 71).

Os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito demonstram que a atuação do Estado possui conotação de transformação do *status quo*. Os direitos sociais e seus instrumentos de realização não devem ser vistos tão-somente sob a óptica simbólica, mas sim numa concepção *prospectiva* (JATAHY, 2007, p. 72).

Assim, a instituição do Ministério Público deve ser concebida, a partir de seu desenho constitucional, como ente realizador do Estado Democrático de Direito e protetor da cidadania. Este é o entendimento de Carlos Roberto de C. Jatahy:

Não se pode, pois, conceber um Estado Democrático de Direito sem uma instituição fortalecida, que possa realizar tal função e opor-se contra forças negativas da sociedade, neutralizando o poder econômico, quando contrário ou nocivo aos interesses sociais, e combatendo os mecanismos de repressão, quando espúrios ou violentadores dos direitos humanos. As sociedades pluralistas e abertas, bem como os governos representativos

legitimados pela vontade do povo, não podem prescindir do fortalecimento do Ministério Público, a fim de que ele seja o mais poderoso instrumento da efetiva promoção da justiça social visando do bem comum. (JATAHY, 2007, p. 72-73).

Ante os argumentos já despendidos durante este estudo, o Ministério Público consiste numa instituição do Estado Democrático de Direito, incumbida de defender os direitos dos cidadãos, visto que cabem à instituição ministerial a promoção e a defesa dos interesses, valores essenciais à vida em uma sociedade regida por valores democráticos – como os direitos fundamentais sociais e individuais indisponíveis –, sendo uma das condições de existência do Estado Democrático de Direito.

Neste quadro, quando o Ministério Público cumpre seu dever constitucional contido no art. 127 da Lei Fundamental, por conseguinte, está concretizando a cidadania e realizando os valores do regime democrático – art. 1º, *caput* e inciso II, da Constituição da República.

A cidadania deve aqui ser compreendida não apenas como o atributo político do indivíduo consistente no conjunto de direitos e deveres de participar do governo e de ser ouvido. Este princípio fundamental do Estado Democrático de Direito deve ser entendido nestes termos:

[...] o termo cidadania deve ser entendido como um processo histórico de lutas e conquistas, por meio das quais a sociedade aprimora-se democraticamente, adquirindo, de forma paulatina, as condições para que o homem venha a se tornar sujeito consciente e senhor da história, em um seguimento contínuo de

aprendizagem democrática. (SANTANA, 2008, p. 83).⁵¹

O perfil constitucional conferido pelo texto constitucional ao Ministério Público confirma que a nova tarefa da instituição, qual seja, *defensor da sociedade democrática*. O Ministério Público cidadão está incumbido de assegurar o acesso à Justiça, bem como defender todos os direitos sociais, incluídos os individuais se indisponíveis. Para tal mister, como já visto, possui os seguintes instrumentos de atuação: a) a ação civil pública – para promover e proteger os direitos coletivos em sentido amplo e responsabilizar os causadores de danos a estes direitos fundamentais; b) o inquérito civil – para investigar lesões aos direitos coletivos e colher elementos probatórios para eventual proposição de ação civil pública ou confecção de termo de ajustamento de conduta; c) as funções de *ombudsman* – para ouvir as reclamações do povo, investigar, fazer audiências públicas e tomar providências para que os serviços públicos e de relevância pública observem os direitos assegurados na Lei Fundamental.; d) a ação penal pública para processar os causadores de lesões aos bens jurídicos fundamentais do Estado Democrático de Direito (MAZZILLI, 2007a, p. 89).

51 Para Hugo Nigro Mazzilli, a expressão cidadania, em sentido amplo, significa “não só os direitos típicos associados ao regime político, em particular aqueles ligados ao exercício da democracia, como também o conjunto de todos os direitos básicos (e não somente os direitos políticos) e as correspondentes obrigações, de que são titulares todas as pessoas sujeitas à lei do Estado – cidadãos ou não, nacionais ou estrangeiras (neste sentido, melhor seria referirmo-nos a *individuos* e não a *cidadão*)”. (MAZZILLI, 2007a, p. 87).

Quando a instituição ministerial ouve os reclamos do povo, estará promovendo o acesso do cidadão à Justiça, porquanto possibilita que exercício da cidadania pela a realização do direito fundamental de petição – art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, alínea *a*, da Constituição da República.

Outra forma de efetivar o acesso à Justiça em prol do cidadão, como acima visto, é por meio da atuação da instituição no processo coletivo, promovendo os direitos afetos à cidadania – direitos sociais em sentido amplo (MAZZILLI, 2007a, p. 89).

Na defesa desses interesses essenciais ao Estado Democrático de Direito, o processo coletivo revela-se um importante instrumento de atuação do Ministério Público na promoção desses valores constitucionais. Por intermédio do processo coletivo a instituição poderá tutelar com mais eficácia os interesses dos cidadãos, tendo em vista os efeitos *erga omnes* e *ultra partes* das decisões proferidas neste tipo de procedimento. Por conseguinte, realizando um dos desdobramentos do princípio democrático, qual seja, garantia do acesso à Justiça para os cidadãos por meio da tutela jurisdicional adequada de seus direitos.

O Ministério Público ocupa posição estratégica na sociedade brasileira. Em meio ao contrastes de um povo hipossuficiente ante um Estado inoperante, sua atuação perante o Poder Judiciário, mais notadamente usando-se do processo coletivo, deve ser vista como um meio de assegurar o cumprimento dos postulados da

democracia (principalmente quando o foco é a promoção dos direitos sociais – art. 3º da Constituição da República).

As consequências advindas das decisões de procedência em sede de ações civis públicas manejadas pelo Ministério Público repercutem na esfera jurídica de todos os cidadãos que possuam interesses na demanda.

O Ministério Público é o defensor do cidadão, esta assertiva pode ser confirmada em vista do *sujeito* em nome de quem a instituição atua – a saber, a *sociedade brasileira* – e o *modelo de Estado* a que serve – *Estado Democrático de Direito* (JATAHY, 2007, p. 79). Ao Ministério Público compete promover e defender os interesses, bens e valores essenciais à vida humana numa sociedade democrática, na qual vigoram o Estado Democrático de Direito, os princípios da igualdade e da cidadania (FERRAZ, 1997, p. 21). Sua atuação no processo coletivo tem por finalidade a realização democrática do acesso à Justiça, por meio da tutela adequada dos direitos fundamentais coletivos dos cidadãos.

4 Conclusão

O Ministério Público é uma garantia institucional, alicerçada na Constituição, idônea e legítima a garantir democraticamente o direito de acesso à tutela jurisdicional coletiva efetiva para os cidadãos.

O efetivo acesso à Justiça é uma garantia institucional dos cidadãos e um dever do Estado Democrático de Direito. O Ministério Público como instituição do Estado Democrático de Direito passou a ser um instrumento (garantia do cidadão) posto

pelo constituinte à disposição dos cidadãos para realização do acesso à Justiça. Sendo este direito fundamental uma decorrência necessária da democracia, a instituição ministerial se revela como uma entidade legitimada constitucionalmente – como guardião do regime democrático e promotor dos direitos sociais, consoante consta do art. 127, *caput*, da Constituição da República – a assegurar a efetiva de tal direito fundamental do cidadão.

Mas nem sempre o Ministério Público possuía esta respeitável função constitucional. A instituição do Ministério Público brasileiro passou por notória evolução em nossa história institucional, atravessando diversos períodos de evolução e de retrocesso. Contudo, com a promulgação da Lei Fundamental de 1988 o Ministério Público passou a ter inédito tratamento constitucional. Partindo-se do texto constitucional, o Ministério Público pode ser concebido como uma instituição no sentido de estrutura organizada para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito – art. 3º da Constituição da República. Permanente, porquanto as necessidades básicas da quais derivam as suas atribuições revelam valores intrínsecos à manutenção do modelo social pactuado (Estado Democrático de Direito – Constituição, art. 1º). Isto não significa apenas a regra da vedação de qualquer forma de deformação da conformação constitucional levada a efeito pela competência do poder constituinte derivado, a cláusula da instituição permanente alberga a destinação permanente de defender a ordem jurídica, o regime democrático e também os interesses sociais e

individuais indisponíveis. A essencialidade da instituição para o Estado Democrático de Direito advém também de sua missão de promover jurisdicionalmente os valores essenciais para tal modelo de Estado.

Nota-se que o Ministério Público sofreu realmente a evolução constitucional. Iniciou sua vida institucional como defensor dos interesses do monarca, em seguida passou a ser defensor do Estado; depois, defensor do cidadão.

O desenho constitucional do Ministério Público demonstra seu papel essencial para a realização do Estado Democrático de Direito, pois, na verdade, é instrumento posto pelo constituinte para a própria materialização do Estado Democrático de Direito, uma vez que à instituição ministerial incumbe a defesa dos interesses, valores essenciais à vida em uma sociedade regida por valores democráticos – como os direitos fundamentais sociais e individuais indisponíveis –, sendo uma das condições de existência do Estado Democrático de Direito.

Na defesa destes interesses essenciais do Estado Democrático de Direito, o processo coletivo pode ser importante instrumento de atuação do Ministério Público na concretização desses valores. Isso porque estará, nesse espaço da jurisdição, tutelando esses interesses tão caros de inúmeros cidadãos, tornando efetivo um dos desdobramentos do princípio democrático, qual seja, garantia do acesso à Justiça para os cidadãos.

Por conseguinte, o processo coletivo consiste no ramo do Direito Processual Civil que tem por objeto a litigação dos

interesses sociais, ou seja, metaindividuais. Este procedimento é o instrumento, ou melhor, procedimento posto à disposição do cidadão para demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles atinente à pacificação social e à promoção dos objetivos constitucionais da sociedade democrática.

Por intermédio do processo coletivo é possível a promoção dos valores democráticos. Ocorre que tal participação democrática se realiza por intermédio do Poder Judiciário. Nessa esteira, entra a instituição democrática Ministério Público, como representante dos cidadãos e defensor de seus direitos no processo coletivo.

No processo coletivo, a instituição do Ministério Público tem função central na mediação dos conflitos de interesses sociais. As grandes pretensões coletivas de massa necessitam ser perseguidas por um ente fortalecido, com segurança suficiente para garantir a eficácia da tutela dos direitos do cidadão contra qualquer investida dos detentores do poder econômico.

Portanto, a atuação do Ministério Público no processo coletivo na defesa dos interesses sociais pode ser concebida como concretização da democracia no âmbito jurisdicional, ou seja, concretização do próprio Estado Democrático de Direito, visto que o Ministério Público é uma instituição do Estado Democrático de Direito, garantidora dos direitos sociais e do regime democrático de Direito.

Os interesses ou direitos objetos do processo coletivo serão aqueles afetos ao corpo social como um todo. Com fulcro na

legislação brasileira, podemos conceber como direitos coletivos, em sentido amplo – gênero – os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos. Esta subdivisão é feita pelo art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078 de 1990, que dispõe em seus incisos a definição de legal desses direitos: I – interesses ou direitos difusos; II – interesses ou direitos coletivos; III – interesse ou direitos individuais homogêneos.

O direito coletivo em sentido amplo pode ser concebido, ainda, como direito constitucional fundamental, pois está contido no sistema jurídico brasileiro, ao lado dos direitos individuais, dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais – Título II, Capítulo II, da Lei Maior.

O processo coletivo tem por principal fundamento a efetivação da tutela jurisdicional efetiva dos direitos coletivos em sentido amplo, concretizando o direito fundamental de acesso à Justiça dos cidadãos, uma vez que, por razões materiais, não é possível pleitear a tutela jurisdicional desses direitos individualmente.

Em verdade, a realização do direito fundamental de acesso à Justiça é indispensável à própria configuração de um Estado Democrático de Direito, isto porque, ao se garantir a participação dos cidadãos na sociedade, por intermédio do processo coletivo, por conseguinte estar-se-á efetivando o princípio constitucional da democracia em seu sentido amplo. Este espaço da jurisdição é um instrumento posto à disposição dos cidadãos e dos órgãos

legitimados para demandar em favor dos interesses sociais, os quais possuem titularidade mais diluída em vista de situações fáticas e jurídicas que dão tal tom a essas espécies de direitos (transindividuais).

A legitimidade do Ministério Público para agir em prol dos cidadãos na tutela dos direitos difusos e coletivos decorre diretamente da Lei Fundamental – art. 127, *caput* –, em razão da índole social de tais direitos, uma vez que se caracterizam por não terem um titular determinado, por serem transindividuais. Por conseguinte, sendo os direitos coletivos em sentido amplo formados por bens ou valores jurídicos de relevante interesse geral, logo social; conferindo-se, pois, à instituição do Ministério Público legitimidade para ir a juízo na proteção dos direitos coletivos dos cidadãos.

O art. 127, *caput*, da Lei Fundamental estabelece que incumbe ao Ministério Público a função institucional de promover os interesses sociais. Evidente, pois, que uma das principais funções da instituição consiste na efetivação dos direitos ou interesses sociais, sendo estes fundamentos da própria concepção de Estado Democrático de Direito – arts. 1º e 3º da Constituição da República.

Visto que o Estado Democrático de Direito consiste naquele que está voltado para uma realização social profunda, marcada notadamente pela efetivação dos direitos sociais contidos na Constituição e pelos instrumentos que ela oferece à cidadania para concretizar as exigências de um Estado de Justiça social,

fundado na dignidade da pessoa humana, o Ministério Público é um dos principais instrumentos criados constitucionalmente para efetivação desse desiderato.

Nessa esteira, as funções institucionais do Ministério Público previstas no texto constitucional têm levado a instituição ao importante papel de grande propulsor da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, possibilitando o acesso à Justiça daqueles titulares de direitos coletivos que não podem individualmente postular por seus direitos. Democratizando, portanto, a prestação da tutela jurisdicional e promovendo o ideal da cidadania.

Exercendo essa relevante função no Estado Democrático de Direito, os membros do Ministério Público assumem o papel de verdadeiros agentes políticos, comprometidos com a realização dos anseios sociais e individuais mais preciosos para os cidadãos, sintetizados na promoção do princípio maior da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana.

A legitimação do Ministério Público para a tutela dos direitos sociais no processo coletivo, portanto, é uma consequência da própria concepção de Estado Democrático de Direito, porquanto quando a instituição atua em juízo na proteção dos interesses sociais, está, em verdade, materializando os objetivos fundamentais da ordem jurídica (art. 3º da Constituição da República) e promovendo os direitos sociais consagrados constitucionalmente (art. 6º da Constituição da República). Portanto, a atuação do Ministério Público no processo coletivo

na defesa dos interesses sociais está umbilicalmente ligada à organização institucional do Estado Democrático de Direito.

Quando o Ministério Público atua no processo coletivo na defesa dos interesses sociais, não atua como mero substituto processual, de acordo com a concepção tradicional de legitimação. A instituição ministerial atual, pois, em nome próprio, defendendo interesse público primário (ou melhor, *interesse social* – art. 127, *caput*, da Constituição da República), do qual é titular como ente do Estado – o qual, por sua vez, corporifica juridicamente (constitucionalmente) os interesses da sociedade como um todo. Sendo o Ministério Público uma instituição do Estado Democrático de Direito e tendo como missão constitucional a tutela dos interesses sociais, a instituição representa o Estado do qual faz parte na sua função de promoção dos interesses sociais, sendo também constitucionalmente titular desses interesses (arts. 1º a 3º da Lei Maior). Não importa, pois, a existência, eventual ou reflexa, de interesses patrimoniais de pessoas ou grupos, uma vez que a atuação do Ministério Público não tem por escopo a defesa de eventual interesse patrimonial dos lesados, mas se dá porque o ordenamento jurídico dispôs que aqueles direitos lesados interessariam diretamente à própria sociedade – politicamente organizada no Estado –, configurando-se verdadeiros direitos sociais, merecendo, portanto, revisão a concepção de que o Ministério Público atua como substituto processual daqueles que foram prejudicados.

O Ministério Público é constitucionalmente legitimado para tutelar os interesses ou direitos de índole social. Basta que haja a afirmação de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo para que esteja legitimado o Ministério Público para agir, seja no campo jurisdicional coletivo, seja no âmbito extrajurisdicional.

O processo coletivo, além de ser um espaço da jurisdição no qual podem ser debatidas questões de grande relevo social e via realizadora do acesso à tutela jurisdicional, também é um poderoso instrumento para o desempenho das funções institucionais do Ministério Público, quais sejam, promoção do regime democrático e efetivação dos direitos sociais, ao agir em benefício de grande parcela da população, totalmente marginalizada das benesses da sociedade contemporânea e sem possibilidade de acesso à Justiça.

Cumprе ressaltar que o regime democrático aqui tratado não pode ser visto sob a ótica reducionista de um regime político estabelecido para a escolha de representantes no Parlamento e no Poder Executivo. A democracia sustentada neste estudo deve ser entendida como o regime político caracterizado pelo exercício do poder sobre a base da efetiva participação do povo soberano nas decisões políticas, tendo em vista sempre a promoção de valores de convivência humana como a igualdade, liberdade, a justiça e a dignidade das pessoas. Sendo a jurisdição exercício de poder do Estado, ou seja, da própria soberania; a participação democrática do cidadão no processo coletivo é concretização do princípio democrático.

Nessa esteira, insere-se o Ministério Público como agente político defensor dos interesses sociais dos cidadãos, utilizando-se da via processual coletiva para tal desiderato. Sendo, nesse atuar, considerado uma garantia constitucional do cidadão, ou melhor, uma instituição-garantia por meio da qual os outros direitos fundamentais coletivos restaram promovidos, pelo seu atuar; promovendo-se, por conseguinte, o democrático acesso à Justiça.

Estas garantias institucionais podem ser concebidas como uma forma de organização estatal que visam à promoção e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por essa razão, as garantias institucionais são, em verdade, verdadeiros direitos fundamentais em sentido amplo. Pode-se afirmar, portanto, que o Ministério Público é uma garantia institucional jurídico-pública posta em favor da sociedade para a promoção e tutela dos direitos sociais e individuais indisponíveis. A instituição é, pois, promotora da efetivação do Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, o Ministério Público pode ser concebido como uma garantia fundamental do cidadão de natureza institucional, de extração constitucional, legitimada a tutelar – em nome próprio – os direitos coletivos dos cidadãos, realizando a democratização da tutela jurisdicional efetiva e concretizando o direito fundamental de acesso à Justiça.

A instituição ministerial consiste, portanto, numa garantia fundamental do cidadão ou, em rigor, instituição-garantia,

porquanto é uma forma de organização do Estado que visa à promoção dos interesses sociais dos cidadãos.

Assim, com base em tudo o que foi dito, pode-se asseverar que as funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conferidas pela Lei Fundamental de 1988, elevam a instituição do Ministério Público como verdadeira guardiã dos direitos fundamentais – notadamente os direitos sociais – e do Estado Democrático de Direito. Isso porque as funções institucionais constantes no texto constitucional visam a: proteger e a efetivar os fundamentos do modelo social pretendido pela nova ordem institucional – soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político (art. 1º da Constituição da República); promover os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito – construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir das desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da Constituição da República).

Visto que o Ministério Público age em nome da sociedade na realização de seus direitos, cabe a ele decidir, em cada caso concreto, se o direito que se deve promover ou tutelar se reveste dos contornos sociais que legitimam o seu atuar. Para aferir se os direitos realmente possuem os caracteres sociais, deve a instituição abrir canais para que filtre os anseios da sociedade, permitindo-se,

desse modo, concluir se está legitimada a demandar judicialmente na defesa dos direitos que conclua serem sociais.

Um dos canais que permitem esse filtro social é o atendimento ao público, que, prestado pelo membro do Ministério Público ou por seus serviços auxiliares, acaba sendo um escoadouro eficiente para reduzir a litigiosidade contida, promovendo-se, por esta via, o direito fundamental de acesso à Justiça.

Uma das mais eficazes formas de garantir a eficácia dos direitos coletivos consiste na adequada instrumentalização do Ministério Público. Os veículos realizadores dos direitos fundamentais coletivos e do acesso à Justiça podem ser concebidos sob dois enfoques, primeiramente de ordem *material* e de ordem *normativa*.

Os instrumentos de atuação de ordem *material* são nada mais do que órgãos, instalações e serviços auxiliares que a instituição ministerial dispõe para o cumprimento de sua missão constitucional – arts. 128 e 130-A da Constituição da República; Lei Complementar nº 75/93 e Lei nº 8.635/93. Por outro lado, os instrumentos normativos são aqueles que o ordenamento jurídico defere em favor da instituição para desempenhar suas funções. Esses veículos do Ministério Público promovedores do acesso à Justiça devem ser vistos por dois aspectos. O primeiro de ordem *objetiva*, que consiste nos instrumentos procedimentais previstos na ordem jurídica, como a ação civil pública e o inquérito civil. Já os instrumentos normativos *subjetivos* são as garantias da instituição conferidas pelo texto constitucional para bem cumprir

sua missão constitucional com independência. Estas garantias do Ministério Público podem ser vistas sob esta perspectiva como garantias da própria sociedade, uma vez que as garantias da instituição estão voltadas, em última instância, para a promoção dos interesses constitucionais.

Todos os instrumentos, seja de ordem *material*, seja de ordem *normativa*, convergem para a promoção dos direitos sociais e possibilitam o acesso à Justiça por intermédio da atuação promotora da cidadania do Ministério Público. Por causa dos instrumentos institucionais, o Ministério Público acaba sendo o ente que possui maiores condições concretas para a promoção dos direitos sociais coletivos; seja por causa de sua estrutural material e independência, seja pelos instrumentos infraconstitucionais de atuação que lhe conferem poderes para a realização de sua missão constitucional.

Conforme já visto, o processo coletivo é um instrumento de democratização da função jurisdicional, porquanto possibilita a proteção judicial de grande parcela da sociedade que não poderia individualmente pleitear pelos direitos coletivos por diversas razões fáticas.

A realização democrática do acesso à Justiça se efetiva pela atuação do Ministério Público no processo coletivo. A instituição ministerial quando atua no processo coletivo é capaz de disseminar e otimizar socialmente a prestação jurisdicional, superando as barreiras fáticas que obstam o acesso à Justiça para a população. Ao demandar em defesa das pretensões sociais, o

Ministério Público não apenas pacifica as relações sociais, mas, sobretudo, promove a *inclusão social*, porquanto viabiliza a efetiva atuação dos direitos sociais e individuais indisponíveis, imprescindíveis à efetivação do princípio constitucional da *dignidade da pessoa humana*, valor primeiro e último do Estado Democrático de Direito.

Nessa quadra, alude-se a *função prospectiva* do Ministério Público ao manejar ações civis públicas, as quais podem ensejar uma verdadeira *promoção* dos direitos sociais (direitos coletivos em sentido amplo), diante da omissão dos poderes públicos ou particulares na atuação dos direitos sociais e individuais indisponíveis assegurados na Lei Fundamental.

Uma demanda coletiva proposta pelo Ministério Público que for julgada procedente se revestirá do atributo da coisa julgada material. A coisa julgada coletiva garante a eficácia social das decisões procedentes das ações coletivas manejadas na promoção desses dos direitos sociais.

Em virtude do posicionamento constitucional-topográfico do Ministério Público, de suas funções institucionais no quadro do Estado Democrático de Direito e dos interesses constitucionais que a Constituição incumbiu a instituição de promover, pode-se concluir que o Ministério Público foi concebido pelo Poder Constituinte (manifestação soberana do povo) como verdadeiro defensor do cidadão e indutor de emancipação social reclamada pelo Estado Democrático de Direito.

Quando o Ministério Público cumpre seu dever constitucional contido no art. 127 da Lei Fundamental, por conseguinte, está concretizando a cidadania e realizando os valores do regime democrático – art. 1º, *caput* e inciso II, da Constituição da República.

O perfil conferido pelo texto constitucional ao Ministério Público confirma que a nova tarefa da instituição, qual seja, *defensor da sociedade democrática*. O Ministério Público cidadão está incumbido de assegurar o acesso à Justiça, bem como defender todos os direitos sociais, incluídos os individuais e indisponíveis. Para tal mister, como já visto, possui os seguintes instrumentos de atuação: a) a ação civil pública – para promover e proteger os direitos coletivos em sentido amplo e responsabilizar os causadores de danos a esses direitos fundamentais; b) o inquérito civil – para investigar lesões aos direitos coletivos e colher elementos probatórios para eventual proposição de ação civil pública ou confecção de termo de ajustamento de conduta; c) as funções de *ombudsman* – para ouvir as reclamações do povo, investigar, fazer audiências públicas e tomar providências para que os serviços públicos e de relevância pública observem os direitos assegurados na Lei Fundamental.; d) a ação penal pública para processar os causadores de lesões aos bens jurídicos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Consoante já visto, uma das formas mais eficazes de realizar o acesso à Justiça em prol do cidadão é a atuação da instituição no processo coletivo, promovendo os direitos afetos à cidadania

– direitos sociais em sentido amplo. Na defesa destes interesses essenciais ao Estado Democrático de Direito, o processo coletivo revela-se um importante instrumento de atuação do Ministério Público na promoção desses valores constitucionais. Por intermédio do processo coletivo, a instituição poderá tutelar com mais eficácia os interesses dos cidadãos, tendo em vista os efeitos *erga omnes* e *ultra partes* das decisões proferidas neste tipo de procedimento. Por conseguinte, realizando um dos desdobramentos do princípio democrático, qual seja, garantia do acesso à Justiça para os cidadãos por meio da tutela jurisdicional adequada de seus direitos.

As consequências advindas das decisões de procedência em sede de ações civis públicas manejadas pelo Ministério Público repercutem na esfera jurídica de todos os cidadãos que possuam interesses na demanda. Assim, o direito fundamental de acesso à Justiça restará concretizado em razão da eficácia *ultra partes* das decisões proferidas em sede de processo coletivo.

Não restam mais dúvidas acerca da verdadeira natureza do Ministério Público no processo coletivo. A instituição é uma garantia fundamental do cidadão de natureza institucional, ou melhor: instituição-garantia, de extração constitucional, legitimada a tutelar os direitos coletivos dos cidadãos, realizando a democratização da tutela jurisdicional efetiva e concretizando o direito fundamental de acesso à Justiça.

Assim, o Ministério Público é o defensor do cidadão. Esta conclusão pode ser confirmada em vista do sujeito em nome

de quem a instituição atua – a saber, a *sociedade brasileira* – e o *modelo de Estado* a que serve – *Estado Democrático de Direito*. Ao Ministério Público compete promover e defender os interesses, bens e valores essenciais à vida humana numa sociedade democrática, na qual vigoram o Estado Democrático de Direito, os princípios da igualdade e da cidadania. Sua atuação no processo coletivo tem por finalidade a realização democrática do acesso à Justiça, por meio da tutela adequada dos direitos fundamentais coletivos dos cidadãos, promovendo a realização do Estado Democrático de Direito.

Title: The Democratic Role of the Prosecution Office in the Collective Process: the Prosecutor and the Institutional Guarantee for the Citizens in the Democratization of Access to Justice

Abstract: Can prosecutors be an instrument of accomplishment of the democratic principle through comprehensive and effective promotion of fundamental rights? Would the collective process would be an ideal instrument to perform such a constitutional task? Is the prosecution an essential guarantee required for the enforcement of fundamental rights, notably the collective nature? These and other questions will be the object of the current paper, which has as its core, the analysis of the role of prosecution in the collective process, focusing on the role of institution-guaranteed access to justice, seeking to ascertain whether the Parquet can be conceived as an instrument of social emancipation. In order to understand the current constitutional position of the prosecution, there will be a brief digression on the history of the institution until we reach the current conception enshrined in the 1988 Constitution, which enshrined the democratic rule of law. Then, some considerations will be made about the collective process and how the prosecution can rely on that instrument for the protection of social interests. From the above mentioned reasons, the research will turn to the analysis of the prosecutor as an institutional guarantee to the citizen in accomplishing a

democratic access to justice.

Keywords: Prosecutor. Collective process. Access to justice. Justice. Democracy.

Referências

ALÁCRO, Pietro de Jesús Lora. Democracia. In: DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais. *Boletim do Ministério da Justiça*, v. 5, p. 25, 2008.

_____. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Bruno. *Ministério Público: organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Sabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuições e conceito*

com base na Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASTINHO, Ricardo. *Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. As garantias institucionais dos direitos humanos. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 4, n. 40, p. 3-8, ago. 2001.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público compatível com seu atual perfil constitucional. In: _____ (Coord.). *Ministério público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review. Cambridge: Harvard University Press, 1979. v. 93.

FRANCISCO, José Carlos. Garantias fundamentais. In: DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Legitimidade para agir nas ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 54, abr./jun. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Das *class action for damage* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÈ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985: 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 57, jan./mar. 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *O processo coletivo nos países de civil law e common law: uma análise do direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o estado democrático de direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público: organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Ação popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Regime jurídico do ministério público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. Tradução Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MILARÉ, Edis. *Ação civil pública: Lei 7.347/85: 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Edis. *Ação civil pública: Lei 7.347/85: 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. O ministério público e os direitos das crianças e adolescentes. In: ALVES, Airton Buzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTANA, Edilson. *A instituição do Ministério Público*. 2 ed. Cidade Jardim: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentados pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. *Juizados especiais de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREIRE, Cláudio João Medeiros Miyagawa. O papel democrático do Ministério Público no processo coletivo: o Ministério Público como garantia institucional do cidadão na democratização do acesso à justiça. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 6, p. 129-256, 2012. Anual.

Submissão: 26/06/2012

Aceite: 18/07/2012

A Prescrição no Direito Civil após a Lei nº 11.280/06

Fábio Macedo Nascimento

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito. Concluiu Escola da Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ. Pós-Graduado em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá – EMERJ.

Resumo: Com o advento da Lei nº. 11.280/06, o legislador fez inserir o § 5º no art. 219 do Código de Processo Civil, no qual se previu que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. A inovação também revogou o art. 194 do Código Civil, que dispunha exatamente o contrário. Diante de tantos assentamentos consolidados acerca da prescrição, a alteração trouxe a preocupação doutrinária de como explicar a possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a prescrição, já que se trata de instituto que sempre fora pautado em bases privatísticas.

Palavras-chave: Prescrição. Inovação. Manutenção.

Sumário: Introdução. 1 A Dogmática da Prescrição e Decadência. 2 A Evolução com o Código Civil de 2002. 3 A Lei nº 11.280/06: Prescrição de Ofício. 4 Uma Tentativa Revisionista. 5 A Manutenção da Velha Sistemática. 6 Aplicando a Inovação Legislativa. 7 Conclusões. Referências.

Introdução

Nos quase cem anos de vigência do Código Civil de 1916, doutrina e jurisprudência jamais chegaram a um consenso sobre a identificação dos casos de prescrição e de decadência. Entretanto, conseguimos ao longo dos tempos desenvolver conceitos e atribuir efeitos a tais institutos, de modo que, a partir das diferenças vislumbradas, se pudesse melhor efetuar o trabalho de identificação dos casos práticos.

Quando as divergências acerca da matéria pareciam definitivamente desaparecer, notadamente porque o *novel* legislador do Código Civil de 2002 ajudou a delinear um método para não haver dúvida quanto à espécie de prazo, a Lei nº. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, ao revogar o art. 194 do atual Código Civil e inserir o art. 219 §5º no Código de Processo Civil, acabou causando perplexidade a toda a comunidade jurídica, diante do temor de um grande retrocesso na elucidação das questões atinentes aos institutos da prescrição e da decadência. Isso porque tais dispositivos colocaram em xeque, ou pelo menos abalaram, muitos daqueles conceitos e efeitos que até então tinham servido como parâmetro para dirimir as controvérsias. O presente trabalho, nessa linha, adota como tema central justamente o tratamento das alterações trazidas pelo legislador da Lei nº. 11.280/06 ao instituto da prescrição no direito privado.

Com a nova possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a prescrição, parte da argumentação utilizada para diferenciar os institutos pareceu, a princípio, entrar em colapso, o que fez surgir contradições no sistema. Diante disso, alguns defendem que, não obstante a alteração, nada mudou efetivamente nas bases de sustentação teórica dos institutos, enquanto outros vislumbraram a tese de profunda revisão nos conceitos até então conhecidos. Portanto, importante definir as vantagens e os contrassensos advindos com a Lei nº 11.280/06, até mesmo para saber como a comunidade jurídica brasileira deve se posicionar para uniformizar as novas propostas processuais. A depender do

posicionamento adotado, várias e diferentes implicações surgem ao desenvolvimento processual, sendo certo que numa ou noutra linha pode-se estar a reduzir princípios de ordem constitucional, como o da efetividade do processo e de sua celeridade na garantia ao jurisdicionado, bem como o do contraditório e o da demanda.

1 A Dogmática da Prescrição e Decadência

Todo diferencial estabelecido entre prescrição e decadência sempre se pautou no fato de que a prescrição esteve a serviço de um interesse privado da parte beneficiada pela inércia, ao passo que a decadência a serviço eminentemente do interesse público de não eternizar um direito de opção.

Com a prescrição, o legislador visava a consolidar um estado de fato, transformando-o em estado de direito, ao passo que a decadência sempre significou limitar no tempo a possibilidade de exercer um direito que modificaria uma situação jurídica. Daí que a decadência seria, portanto, decorrente da inobservância de um ônus de observância peremptória de um termo, no exercício de um direito potestativo, e a prescrição, a falta do exercício do direito subjetivo violado em certo tempo (AMARAL, 2002, p. 562-563).

Mas a distinção mais importante adveio do direito alemão e suíço, quando colocaram a prescrição no terreno da extinção da pretensão, e a decadência, no da extinção do próprio direito. Por consequência, o direito material sempre considerou a prescrição

como insuscetível de aplicação *ex officio* pelo juiz¹, ao contrário da decadência, que, estabelecida por lei, deverá sempre ser conhecida de ofício pelo juiz.

Quanto à natureza da ação, a prescrição só poderia ensejar uma ação condenatória, já que se fala numa relação em que o credor exigiria a reparação do seu direito subjetivo violado pelo devedor inadimplente, enquanto a decadência decorreria de uma ação constitutiva, vez que o direito potestativo permite a criação de nova situação jurídica a partir da opção manifestada por seu titular.

E, por fim, vale dizer que sempre foi pacífico que a decadência não se suspende ou se interrompe, operando-se de maneira fatal, atingindo irremediavelmente o direito, ao passo que a prescrição envolve matérias fáticas que fazem suspender ou interromper o seu curso, o que enseja a participação ativa das partes de modo a esclarecer sobre eventuais suspensões e interrupções no prazo extintivo por questões de ordem fática:

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3o;

1 O art. 194 do Código Civil de 2002, ora revogado, dispunha que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva;

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper. (Código Civil Brasileiro de 2002).

2 A Evolução com o Código Civil de 2002

O velho Código de 1916 trazia no artigo 178 vários prazos sem fazer distinção se se tratava de prazo decadencial ou prescricional. Já o novo código, referiu-se a dois artigos (205 e 206) que, claramente, contêm todos os prazos prescricionais. Portanto, o que estiver fora desses artigos será prazo decadencial. Com essa técnica legislativa mais moderna, evoluímos ao ponto de que a importância da diferenciação entre direito subjetivo

e direito potestativo não mais se fazia necessária, pois essa diferenciação era utilizada para saber se se tratava de um tipo de prazo ou de outro. Agora, já havendo dispositivos que digam expressamente por quais direitos cabe prescrição, não seria mais preciso ficar diferenciando o que é direito subjetivo e o que é direito potestativo.

Ainda assim, o novo código firmou de uma vez por todas a conceituação da prescrição como a perda da pretensão², não deixando mais qualquer dúvida quanto a saber se a prescrição atingiria o próprio direito ou a pretensão. Enquanto a prescrição conduz à extinção da pretensão, a decadência provoca diretamente a extinção do próprio direito material da parte. Correção, contudo, há de ser feita quando se afirma grosseiramente que a prescrição faz extinguir a pretensão pelo decurso do tempo, afinal, ela apenas atribui ao devedor a faculdade de que possa ele alegá-la, por meio de defesa (exceção), para provocar a neutralização da pretensão exercida pelo credor. Assim, o que inibe a pretensão, de tal sorte, é a exceção de prescrição e não propriamente a prescrição.

Por outro lado, a simples consumação do prazo de aperfeiçoamento da prescrição não faz desaparecer o direito subjetivo, nem tampouco anula a pretensão dela emergente, enquanto o obrigado não fizer atuar a exceção respectiva. Simplesmente se conferiu ao devedor uma defesa especial, exercitável em nome da conveniência jurídica de não eternizar

2 CC/02. Art.189. Violado o direito, nasce para o titular da pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.

as disputas em torno de obrigações que permaneceram inexigidas durante longo tempo (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 57). É por isso que Barbosa Moreira, com sua notória acuidade jurídica, conclui que “a prescrição não subtrai arma alguma ao credor: cinge-se a fornecer ao devedor um escudo, do qual se poderá servir-se ou não, a seu talante” (MOREIRA *apud* THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 58).

3 A Lei nº 11.280/06: Prescrição de Ofício

A prescrição sempre foi matéria reservada para arguição em defesa, pelo devedor, somente havendo permissão para decretação *ex officio* no caso de direitos não-patrimoniais. Portanto, sempre se explicou a inadequação da regra *iura novit curiae* pela circunstância de que a prescrição não é tema apenas de direito, pois envolve necessariamente matéria de fato, razão pela qual pertence exclusivamente às partes.

Deixando de ser oposta a respectiva exceção, não cabia ao juiz a discricionariedade de apreciá-la *ex officio*.

Sem embargo de todo esse longo e laborioso esforço para clarear e precisar a natureza e a linha de separação entre as duas categorias de direito material, em atitude revolucionária, o legislador da Lei nº 11.280/06 introduziu as seguintes inovações em termos de prescrição:

a) alterou o § 5º do art. 219 do CPC, dando-lhe o seguinte enunciado: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”;

b) revogou o art.194 do Código Civil, cujo texto dispunha: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2007, p.49), o propósito da reforma, de acordo com a Exposição de Motivos do respectivo projeto legislativo, foi claramente o de permitir ao juiz decretar de ofício a prescrição, sem necessidade de provocação das partes, em qualquer caso. Com isso, aproximar-se-iam muito os conceitos de prescrição e decadência, já que deixaríamos de perquirir se o direito abarcado no reconhecimento da prescrição tutelava interesse exclusivamente privado.

A alteração trouxe a preocupação doutrinária de como explicar a possibilidade de o juiz reconhecer a prescrição de ofício, já que ela é instituída com vista a interesses particulares. Com efeito, se algo é construído em bases privatísticas, é porque as partes interessadas podem livremente dispor, senão seria deixado ao interesse público. Se as partes podem livremente dispor de seus interesses privados, em princípio não seria coerente que o juiz lhes retirasse a possibilidade de escolher o rumo de seus direitos.

Ademais, passaríamos a entender que a prescrição no direito civil não ataca mais a pretensão, mas o próprio direito material, uma vez que o juiz, ao decretá-la de ofício, retiraria da parte adversa a possibilidade de fazer remanescer a obrigação a título natural acaso a parte beneficiada pela prescrição não a alegasse. Ou seja, será que o juiz poderia se imiscuir a tal ponto na autonomia da vontade daquele que, por questões particulares,

preferiria renunciar à prescrição, para discutir a questão? Isso de alguma forma não afetaria o contraditório cooperativo?

Como conferir ao juiz a decretação da prescrição de ofício, antes da manifestação do titular da pretensão, se somente este tem condições de invocar e demonstrar a ocorrência de alguma causa de interrupção ou suspensão da possível prescrição? Por que será que o legislador não fez a opção de revogar expressamente o art. 191 do Código Civil, já que este dispositivo possibilita a renúncia tácita da prescrição por parte daquele que por ela seria beneficiado? Como ele poderia renunciar a prescrição se ao juiz cabe o dever de decretá-la de ofício?

Esses, portanto, são os dilemas que passaram a atormentar os civilistas e processualistas brasileiros, haja vista o enorme choque ocorrido entre o intento do legislador da Lei nº. 11.280/06 e o sistema da prescrição traçado pelo direito material.

4 Uma Tentativa Revisionista

Inicialmente vislumbrou-se possível alteração na dogmática até então conhecida. Chegou-se a cogitar que a discussão acerca de saber se a prescrição atinge a pretensão ou o próprio direito material é questão de política legislativa e, por isso, poderia ser transmutado de acordo com a opção do legislador.

Fredie Didier (2008b) alertou para a possibilidade de que o conhecimento *ex officio* da prescrição é opção legislativa e não exigência teórica, embora não tenha se filiado a uma postura revisionista. Apenas lembrou que a prescrição no âmbito do direito penal e do tributário sempre pôde ser conhecida de ofício,

justamente porque são ramos que trabalham com o direito de punir e com o direito de cobrar, não sendo razoável remanescesse, mesmo após a prescrição, alguma espécie de obrigação natural para com o jurisdicionado beneficiado pela inércia.

Daí que não se deve guardar nenhum resquício após o reconhecimento da prescrição. Por isso que não há mal algum no reconhecimento de ofício pelo juiz, pois não há mesmo por que aguardar o requerimento da parte interessada sob o argumento de que a parte *ex adversa* pudesse ainda se beneficiar com resquício da obrigação natural, se nem mesmo direito existirá ao final do processo.

O problema estaria, portanto, na prescrição civil, em âmbito de direito privado. O cerne é saber se o legislador pretendeu ou não inverter a opção de política para o ramo do direito privado, passando a conceber o instituto da prescrição assim como nos ramos do direito público, em que a prescrição atinge o próprio direito.

Embora seja esse o raciocínio que mais se coadunaria com as tendências modernas do processo, de maior celeridade na prestação jurisdicional e economia processual, não encontrou adesão da doutrina pátria. Isso porque processualistas e civilistas sempre defenderam um arquétipo que inviabilizaria ter a prescrição como causa de extinção do direito material do credor.

Pensar que a prescrição não mais atinge a pretensão, mas sim o próprio direito, seria rever toda a sistemática conhecida até agora. No direito privado, sede na qual sempre vigorou

a autonomia das vontades, a política legislativa sempre fora diferente. Admitia-se que mesmo sendo patente a prescrição, só deveria ser reconhecida se de vontade do interessado.

Nada obstante, passaremos aqui a elencar alguns argumentos em favor da completa revisão sistemática da prescrição.

Em tese, nada está a impedir que por questão de política legislativa tenha passado a prescrição no direito privado também a atingir o próprio direito material. Como dito, a alteração proposta pela Lei nº 11.280/06 pode significar uma revisão da política legislativa, haja vista que o processo civil caminha a passos largos rumo a maior publicização. Prima-se, atualmente, cada vez mais pela duração razoável do processo, bem como pela economia processual e pela efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Começa-se a perceber que o serviço de prestação jurisdicional oferecido pelo Judiciário nada mais é que um serviço administrativo disponibilizado aos cidadãos, e que assim deve ser visto segundo os princípios que norteiam a Administração Pública, notadamente o princípio da eficiência.

Outro ponto a ressaltar é que, se o reconhecimento de ofício da prescrição atacar o próprio direito, ainda assim há de se entender que perfeitamente poderia remanescer o interesse do devedor em pagar a dívida. Com efeito, pagá-la ou não depois de reconhecida a prescrição, seja tal instituto visto como aniquilador da pretensão seja como do próprio direito, o que determinará o pagamento *a posteriori* será a consciência moral do devedor.

Ademais, o cotidiano do Judiciário demonstra que o suposto devedor que é beneficiado pela prescrição, na maioria dos casos, a alegaria. Afinal, se realmente estivesse inadimplente, seria enormemente beneficiado pela inércia de seu credor. Se não o fosse e por isso quisesse um provimento judicial afirmando tal condição, também estaria satisfeito, pois o provimento da prescrição é com resolução do mérito, isto é, faz coisa julgada e não importa necessariamente em reconhecimento de culpa (da dívida). Portanto, dizer que haverá devedor que não alegará a prescrição seria querer tutelar uma parcela irrisória, o que não faz sentido diante dos outros argumentos mais nobres de celeridade e economia processual.

Demais disso, quanto ao devedor que se esquecesse de alegar a prescrição e acabasse beneficiado pelo reconhecimento de ofício, nada mais se fez senão garantir-lhe que a inércia do autor de pleitear seu direito foi fatal. Ou seja, já que ambos “dormiram”, por opção legislativa preferiu-se não socorrer aquele que dormiu primeiro – o credor. E, quanto àquele que não alegou a prescrição porque realmente achava que não poderia ser devedor e por isso queria, com o processo, tirar a limpo tal condição, que procure sua certeza nas suas convicções, pois o Judiciário não é órgão de consulta.

Com base neste contexto de argumentos pró-revisionismo é que poderia ser cogitado de eventual revogação tácita do art. 191 do Código Civil³, o qual permite ainda a possibilidade de

3 CC/02. Art.191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá,

renúncia da prescrição por parte do devedor. Não faria mais qualquer sentido, diante das ideias aqui expostas, a coexistência de tal permissão, sob pena de desconfigurar a reforma pretendida com a alteração do art. 219, § 5º, do CPC e a revogação do art. 194 do CC.

5 A Manutenção da Velha Sistemática

Pode-se dizer que a esmagadora doutrina pátria passou a defender fervorosamente a velha sistemática da prescrição contra o burburinho reformador que surgia, criticando com veemência a atitude do *novel* legislador ao instaurar a possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz.

Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 52) falou em “enorme estrago que a açodada lei processual reformadora poderia acarretar no sistema material da prescrição”; Elpídio Donizetti (2008) disse “que nenhum juiz, em sã consciência, aplicará tal regra, porquanto fere princípios que norteiam a atividade jurisdicional, sobretudo o princípio da inércia”; outros doutrinadores foram menos radicais, apenas sugerindo soluções que compatibilizaria a reforma envidada com o sistema clássico reconhecido.

Como ponto nodal dessa visão conservadora e tradicionalista, destacamos como argumento inicial o fato de que o art. 194 do Código Civil, agora revogado, não criava privilégio para o devedor nem benesse para o credor, tampouco restringia aleatoriamente os

sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

poderes do juiz, ao vedar sua iniciativa em matéria de aplicação dos efeitos extintivos da prescrição. A interdição do decreto *ex officio* da prescrição decorria, lógica e necessariamente, da própria natureza do instituto, isto é, daquela mesma natureza que lhe conferia a qualidade de remédio de defesa (exceção), livremente disponível (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 59).

Assim, se ao juiz, portanto, se passa a conferir o poder de aplicar, de ofício, a prescrição no campo dos direitos patrimoniais disponíveis, simplesmente se terá abolido o caráter de defesa e facultatividade que a história do direito milenarmente construiu para a importante figura jurídica da prescrição. Seria como permitir que o juiz passe sobre a vontade do devedor de não arguir a prescrição, o que acarretaria a abolição do direito potestativo previsto no art. 191 do Código Civil e a consequente desestruturação do sistema prescricional do direito privado, consagrado em base universal.

Com efeito, se cabe ao devedor renunciar à prescrição já consumada, de forma expressa ou tácita⁴; se a parte a quem aproveita a prescrição pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição⁵; se o devedor não pode reaver o que houver pago para solver dívida prescrita⁶; se o credor, na hipótese de prescrição

4 CC/02. Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

5 CC/02. Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

6 CC/02. Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita,

decretada, ficará desincumbido de arcar com o dobro da dívida prescrita que pleiteou⁷, a conclusão a que se chega é a de que o sistema do Código Civil está todo comprometido com a livre disponibilidade da prescrição.

Diante desse contexto, seria desastroso afirmar, assim como se pretendeu a inovação legislativa da Lei nº 11.280/06, que não só o art. 191 do Código Civil estaria revogado, mas vários outros dispositivos do diploma civil, como os artigos 193, 882 e 940.

Portanto, mantém-se a concepção tradicional de que somente por força da vontade autônoma do beneficiário da prescrição é que esta será anulada.

A revogação pura e simples do art. 194 do Código Civil não conduz à automática implantação de uma regra em sentido contrário, se se atentar para o enfoque lógico, histórico, sistemático e teleológico da regulamentação da prescrição, como um todo. Não será apenas pelo fato de eliminar a regra que expressamente proibia o juiz de declarar a prescrição *ex officio* que se terá de entender que terá sido instituída a possibilidade de fazê-lo, sempre, sem provocação da parte interessada.

Como visto, existe todo um sistema de direito material que não autoriza a imediata extinção do direito do credor. Veja, por exemplo, que, com o art. 882 do Código Civil, realmente fica difícil sustentar que se inverteu a política legislativa para que a

ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

7 CC/02. Art. 940. Aquele que demandar [...] ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor [...] o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

prescrição no direito privado passasse a atingir o próprio direito. Ele consagra o fato de que o devedor que não alega a prescrição e resolve pagar a dívida prescrita o faz a título de obrigação natural, não podendo, por isso, cobrar de volta o que pagou, pois não se considera um pagamento indevido. Afinal, a sentença que eventualmente ignore a prescrição não seria propriamente injusta, pois ainda persiste existente o direito subjetivo.

É nessa linha, por conseguinte, que se conclui que a natureza jurídica do instituto da prescrição é, inquestionavelmente, a de uma exceção de direito material, quer se mantenha ou não a disposição do art. 194 da lei substancial. Daí a irrelevância da sua supressão se o caráter de exceção se conserva íntegro na disciplina global e sistemática da prescrição. Basicamente, não se permite ao magistrado o conhecimento de ofício de exceções substanciais por serem elas espécie de contradireito do réu em face do autor e, como o contradireito pode ser objeto de demanda autônoma, uma investida do juiz significaria invariavelmente uma ofensa ao princípio da demanda (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 64).

O propósito do *novel* legislador não foi a alteração da natureza jurídica da prescrição de exceção de direito material para uma modalidade de extinção da obrigação, mas sim apenas visou à aceleração sistemática dos processos. Por isso que Elpídio Donizetti (2008) é enfático quando afirma que:

Na incessante busca pela celeridade, o legislador estabeleceu mais uma exceção aos princípios da demanda, do dispositivo e da congruência, entre outros, prevendo a ingerência estatal, sem a provocação do interessado, em questão de direito material disponível. Nos últimos tempos o que se vê, em nome dos mais diversos interesses, nem sempre justificáveis, é a nulificação da autonomia privada pela intervenção estatal. Não obstante o empenho de se imprimir maior celeridade ao processo, nada justifica a interferência do juiz, sem qualquer provocação, a fim de declarar a perda de pretensão de exigir o direito violado do devedor relapso. Somente a preocupação exacerbada com a conclusão do processo, como se a efetividade tivesse apenas a dimensão temporal, explica o injustificável: a proteção ao mau pagador. (DONIZETTI, 2008).

Com base nisso tudo, também, é que Humberto Theodoro (2007) é preciso ao concluir que no plano sistemático e teleológico do direito positivo, a debilitação, e não a extinção, é a única explicação aceitável para a postura legal que assegura a renunciabilidade da prescrição pelo devedor, legítimo detentor do controle da conveniência ou não de fazê-la atuar no caso concreto.

Ademais, o juiz não teria mesmo condições seguras para, de ofício, decretar a prescrição, já que inúmeras situações de fato redundam em suspensão ou interrupção da prescrição, e só o credor está em condições de invocá-las e demonstrá-las. Admitir que o juiz agisse à revelia do credor e do devedor é dizer que pode conhecer situação fática sem qualquer alegação das partes, o que põe o juiz em posição flagrantemente violadora da inércia. Por isso é que uma das mais sensíveis diferenças entre prescrição e decadência reside no princípio de que, enquanto a prescrição é

naturalmente sujeita à suspensão e interrupção, a decadência não sofre por quaisquer desses eventos.

Portanto, há um aparente conflito entre o clássico sistema da prescrição e a reforma envidada, cuja solução certamente exigirá interpretação sistêmica, histórica e teleológica.

6 Aplicando a Inovação Legislativa

Tendo em vista o evidente contrassenso trazido com a reforma proporcionada pela Lei nº 11.280/06, mister se reconhecer que a inovação legislativa, acarretada pela revogação do art. 194 do Código Civil e pela alteração do art. 219 § 5º do CPC, apenas ganhará espaço no mundo jurídico após uma necessária interpretação legislativa segundo os critérios da hermenêutica.

Vários foram os doutrinadores que buscaram coadunar o novo ideário de celeridade processual no reconhecimento da prescrição e o tradicional sistema para o seu conhecimento, tendo-se que todos eles seguiram orientação aproximada, senão vejamos.

Gustavo Tepedino, por exemplo, diz que a prescrição só pode ser decretada de plano se houver elementos suficientes que comprovem, ainda ao tempo da inicial, que ocorreu o fato jurídico prescricional. Sempre que pairar qualquer dúvida sobre a ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, o magistrado deve aguardar e formar melhor a sua convicção, não se prestando a prescrição adequadamente à hipótese da improcedência de plano, até porque recomenda o legislador que esta seja aplicada quando a questão for unicamente de direito,

o que não é o caso da prescrição. Além disso, vale lembrar que, conquanto tenha sido introduzido o reconhecimento de ofício da prescrição, não houve extinção da renúncia à prescrição. Resultam disso duas consequências: a primeira que, se na resposta do réu houver renúncia à prescrição, deve prosseguir a ação, e que não pode haver suprimento judicial, valendo a renúncia, e não o reconhecimento de ofício; a segunda que, se o ajuizamento de uma ação, por si só, importar em renúncia à prescrição, não é possível o reconhecimento de ofício. Isso ocorrerá, por exemplo, na ação de consignação em pagamento (TEPEDINO, 2007, p. 457-459).

Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues (2006) escreveram obra alegando, em síntese, que não obstante o silêncio do texto normativo, o magistrado deve, antes de pronunciar *ex officio* a prescrição, em homenagem à garantia do contraditório e respeitando o processo cooperativo, ouvir o demandante sobre a questão. Andaria melhor o legislador se repetisse a regra constante na Lei de Execução Fiscal, que expressamente prevê o respeito ao contraditório, não obstante se trate de questão que possa ser conhecida de ofício pelo magistrado. Em razão disso permanece em vigor o art. 191 do CC, que permite expressamente a possibilidade de renúncia da prescrição. A não arguição consumada é uma forma de renúncia. A regra do § 5º do art. 219 do CPC deve ser aplicada apenas antes da citação do réu, no momento de exame da petição inicial. Após a apresentação da resposta pelo réu, o magistrado deve esperar a sua provocação.

Se a matéria é disponível, não há sentido em conferir-se ao magistrado o poder de exercitar um direito pelo réu, que, estando e podendo exercê-lo, não o exerceu. A possibilidade de renúncia da prescrição também é um direito do demandado e deve, pois, ser respeitado. Seria excessivo poder de intervenção estatal na esfera privada, autoritarismo processual que não se pode admitir. Parece que essa é a única interpretação que compatibiliza as regras materiais (arts. 191 e 882 do CC, principalmente) e processuais (art. 219 § 5º do CPC) da prescrição (JORGE; DIDIER JR.; RODRIGUES, 2006, p. 39-41).

Didier Jr. (2008), em seu manual, alega que a regra do art. 219 § 5º do CPC não deve ser aplicada, em nenhuma hipótese, em sentido desfavorável àqueles sujeitos protegidos constitucionalmente (consumidor, índio, idoso, trabalhador). Lembra, ainda, que a aplicação de tal regra só faz sentido quando se tratar de reconhecimento de prescrição envolvendo direitos indisponíveis. Por fim, faz uma comparação com outra inovação recente trazida ao bojo do art. 112, parágrafo único, do CPC, que contém semelhante identidade de *ratio*, e por isso permite analogia. Afinal, cuida também de norma protetiva do réu com o objetivo de defendê-lo da dificuldade de atuar num processo em que o foro determinado em contrato de adesão lhe seja desfavorável (DIDIER JR., 2008a, p. 440-446).

Luiz Rodrigues Wambier (2007) caminha no mesmo sentido quando afirma que a solução reside em o juiz, ao constatar de ofício o decurso do prazo prescricional, antes de decretar a

prescrição, abrir vistas às partes, intimando-as de sua constatação. Nesse momento, se desejar, o réu poderá noticiar sua renúncia à prescrição – hipótese em que o juiz estará impedido de decretá-la. Ainda quando não houver a renúncia, tal prévia concessão de vista às partes permitirá também que o próprio autor, se for o caso, aduza razões que convençam o juiz de que, ao contrário de sua impressão inicial, não houve ainda o decurso do prazo de prescrição (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 292).

Gustavo Tepedino, em obra conjunta com Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza (2007), aduz que a solução legislativa atual, embora criticável do ponto de vista dogmático, prestigia a celeridade na solução dos litígios judiciais, permitindo que o juiz decrete de plano a prescrição sem depender da arguição da parte. De todo modo, diz que a conservação do direito pelo credor e, em consequência, do poder de exigi-lo decorre da admissão de renúncia à prescrição pelo devedor, que pode manifestá-la expressa ou tacitamente, antes ou após a citação judicial. A rigor, portanto, não perde o autor, com a prescrição, o poder de exigir. Com o decurso do prazo prescricional é dado ao réu neutralizar a pretensão do autor, opondo-se a ela, devendo o juiz, uma vez constatada a procedência da defesa, extinguir o processo (TEPEDINO; MORAES; BARBOZA, 2007, p. 356-357).

Nessa direção, comenta sobre o enunciado 295, aprovado pela IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de

Estudos Judiciário do Conselho de Justiça Federal, conforme transcrito in *verbis*:

295 - Art.191. A revogação do art.194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/06, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art.191 do texto codificado. (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2006).

Yussef Said Cahali (2008) também diz que Teresa Arruda Alvim Wambier entende que o pronunciamento judicial deve ser de provocação do réu para que este se manifeste dizendo se pretende, ou não, renunciar a este direito, conforme dispõe o art.191 do CC, não revogado. Continua, alegando que conquanto razoável essa providência, a questão se desloca para os efeitos da manifestação do réu, pois se o demandado, instado, declarar que não pretende renunciar à prescrição, implicitamente estará pretendendo o seu reconhecimento, e já então não será decretada de ofício, restando a questão para o caso de ausência de manifestação ou de manifestação contrária ao decreto prescricional (CAHALI, 2008, p. 43-44).

7 Conclusões

Segundo a doutrina majoritária que comenta a referida inovação legislativa, conclui-se que houve um equívoco ideológico de premissa da reforma.

Com efeito, todos sabem que o direito de ação se manteve na esfera da autonomia da vontade⁸, deixando-se ao juiz o comando do movimento do processo rumo ao provimento postulado⁹. Tendo sido imputado ao juiz não apenas o comando do processo, mas o dever de velar pela rápida solução do litígio, pensou-se que, ampliando cada vez mais a interferência autoritária do juiz, poder-se-ia superar a enorme e crônica morosidade da prestação jurisdicional. Nessa esteira, as últimas reformas processuais concentraram-se no incremento da iniciativa judicial e na redução da autonomia das partes. Com isso, predicamentos preciosos como o contraditório e o papel exclusivo desempenhado no diálogo entre as partes foram desprezados, trazendo-se inovações arrojadas que olvidaram que o maior interesse na composição do litígio pertence às partes (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 356-359).

É como se ninguém soubesse que a morosidade da Justiça pouco tem a ver com os procedimentos da lei, mas se deve mais ao anacronismo dos serviços forenses e à indiferença dos que neles operam pelas modernas técnicas de administração.

O que acontece, portanto, é que o legislador reformista parte de premissas equivocadas, em profundo desvio ideológico, na tentativa de buscar celeridade e economia processual, mas esquece que não será concedendo excessivo poder autoritário ao

8 CPC, art.2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

9 CPC, art.262. O processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

juiz na condução do processo que restaurará o tempo ideal para uma tomada de decisão justa. Afinal, sabe-se que o que provoca a enorme duração do processo são os chamados “tempos mortos” – aquelas etapas entremeadas no curso do processo que condenam os processos a hibernação nos escaninhos das secretarias do juízo ou do gabinete dos juízes.

Foi nesse quadro que a Lei nº 11.280/06 simplesmente passou por cima da autonomia da vontade, quebrando um sistema cujo núcleo nem se situa no direito processual, mas no direito material, no qual reconhecidamente não predomina a ordem pública, mas sim prevalece a liberdade do titular de faculdade de caráter nitidamente privado. A simples celeridade processual não justifica tamanha supressão da iniciativa individual. A publicização do direito processual não significa a extinção do traço da autonomia privada no direito material. A vontade das partes é muito importante para delinear o rumo e o destino do debate processual, sem a qual, certamente, nos distanciaríamos do Estado Democrático de Direito, que hoje, mais do que nunca, prima pelo contraditório cooperativo.

Portanto, como bem apontado por Humberto Theodoro (2007), a Lei nº 11.280/06 inadvertidamente relegou a nada a vontade daquele sob cuja autonomia a lei material deposita o poder de invocar e dispor livremente de uma exceção que a mais ninguém diz respeito.

Conclui-se, pois, diante dos princípios de hermenêutica que preconizam a compreensão das normas legais, que a revogação

do art. 194 do Código Civil por uma lei de reforma do Código de Processo não quebra o conceito e a natureza do instituto da prescrição. Afinal, como vimos, a sistemática do regime normativo substancial da prescrição se sustenta com o mecanismo da *exceção*, manejável pelo devedor, caso a caso, segundo suas conveniências e na oportunidade que lhe aprouver, conforme os artigos 191 e 193 do Código Civil.

Ademais, a decretação autoritária e sumária da prescrição, sem a necessária provocação da parte, ofende a garantia do devido processo legal por não respeitar interesses do credor, já que o surpreende sem lhe dar oportunidade de adequada demonstração das objeções que legalmente possa opor a uma causa extintiva que não é automática e que em regra envolve complexos elementos fáticos. Outrossim, também surpreende o devedor na medida em que lhe impõe o reconhecimento de uma obrigação (dívida) e uma exoneração que nem sempre correspondem a seus desígnios éticos e jurídicos.

Por isso que Humberto Theodoro (2007, p.74) e Fredie Didier (2008a) entendem que o conhecimento de ofício da prescrição somente deve ocorrer nos casos em que a lei material considere indisponível o direito patrimonial ou quando a própria lei material determine a aplicação *ex officio*, como ocorre na Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6830/80, art. 40 § 4º).

Contudo, como bem vimos no tópico anterior, outras soluções plausíveis são cogitadas pelos doutrinadores, de modo que também restem abarcados pela inovação da Lei nº. 11.280/06

os direitos patrimoniais disponíveis. Tanto assim que se fala em abrir vistas às partes ao constatar o juiz o decurso do prazo prescricional. Daí, nesse momento, se desejar, o réu poderá noticiar sua renúncia à prescrição – hipótese em que o juiz estará impedido de decretá-la. Ainda quando não houver a renúncia, tal prévia concessão de vista às partes permitirá também que o próprio autor, se for o caso, aduza razões que convençam o juiz de que, ao contrário de sua impressão inicial, não houve ainda o decurso do prazo de prescrição (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 292).

Com isso, embora seja fascinante e indicativa a postura revisionista diante das alterações legislativas envidadas pela Lei nº. 11.280/06, parece que a ela não aderiu a doutrina pátria, sendo cedo ainda para se delinear que rumo a jurisprudência pátria consolidará. Fato é que, pelo menos por enquanto, há alguns julgados indicativos no STJ no sentido aparente de se adotar a postura revisionista, senão vejamos:

[...]

3. Empós, a 1ª Turma do STJ reconsiderou seu entendimento no sentido de que o nosso ordenamento jurídico material e formal não admite, em se tratando de direitos patrimoniais, a decretação, de ofício, da prescrição.

4. Correlatamente, o art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 foi alterado pela Lei nº 11.051/04, passando a vigorar desta forma: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.”

5. Porém, com o advento da Lei nº 11.280, de 16/02/06, com

vigência a partir de 17/05/06, o art. 219, § 5º, do CPC, alterando, de modo incisivo e substancial, os comandos normativos supra, passou a vigor com a seguinte redação: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

6. Id est, para ser decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de, ao se deparar com o decurso do lapso temporal prescricional, declarar, ipso facto, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição.

7. Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias. In casu, tem-se direito superveniente que não se prende a direito substancial, devendo-se aplicar, imediatamente, a nova lei processual. (REsp 1036756 – Relator: Ministro Humberto Martins; data da publicação: 02/04/2008).¹⁰

Porém, não se pode afirmar com absoluta certeza que essa desnecessidade de se consultar o credor será ponto pacífico, afinal, a quase totalidade dos julgados consultados no âmbito da Corte Especial que enfrenta o tema o faz apenas em sede de direito tributário, o qual sabemos, como já vimos, tratar de ramo de direito em que a prescrição, por opção legislativa, ataca o próprio direito, sendo certo que a não consulta às partes não ensejaria maiores problemas como o discorrido acerca do direito civil. Ademais, essas decisões, pela natureza do direito em jogo, nem mesmo tocam na intimação do devedor.

10 Julgado consultado em 06 jun. 2009, no endereço eletrônico oficial do Superior Tribunal de Justiça <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc>>, o qual se tem como paradigma a vários outros.

Por fim, certo é que enquanto não se define com precisão qual será a linha que seguirão os tribunais do país, mais coerente é permanecer com o sistema clássico de adesão universal e milenar, qual seja o regime privado que norteia as relações entre os indivíduos, pautado na autonomia da vontade e na pacificação dos conflitos jurídicos segundo o interesse das partes litigantes. Assim pelo menos é como se posiciona a esmagadora opinião dos especialistas na matéria.

Title: Prescription in Civil Right After the Enactment of Law 11.280/06

Abstract: With the enactment of Law no. 11.280/06, the legislator included § 5 to art. 219 of the Code of Civil Procedures, in which he predicted that the judge shall provide his opinion, *ex officio*, about prescription. This innovation also abolished art. 194 of the Civil Code, which predicted exactly the opposite. With so many settlements consolidated on prescription, the change brought out the doctrinal concerns on how to explain the possibility of the judge to recognize the prescription, as it is an institute that had always been ruled on privatistic bases.

Keywords: Prescription. Innovation. Maintenance.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 562-563.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1036756*. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 02 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc>>. Acesso em: 06 jun. 2009.

CAHALI, Youssef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v.1.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 10. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008. v. 1.

_____. *Regras processuais no Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONIZETTI, Elpidio. *A última onda reformadora do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4., 2006, Brasília. *Enunciados aprovados*: enunciados n. 272 a 396. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2007.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NASCIMENTO, Fábio Macedo. A prescrição no direito civil após a lei nº 11.280/06. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 6, p. 257-287, 2012. Anual.

Submissão: 29/05/2012

Aceite: 22/06/2012

Secularismo e Diversidade: o Véu Islâmico na França

Mônica Aparecida Silva

Analista de Comunicação Social do MPDFT. Aluna do curso de especialização Globalização, Justiça e Segurança Humana, oferecido pela ESMPU em parceria com a Universidade Bochum, na Alemanha, e com a Universidade de Joanesburgo, na África do Sul.

Resumo: Este trabalho pretende analisar o choque entre as ideias de secularismo e liberdade religiosa na sociedade francesa, tendo por base o conceito de reconhecimento. Os exemplos escolhidos dizem respeito à discussão sobre o uso do véu islâmico nas escolas daquele país, iniciada nos anos 1980 e ainda não encerrada. Como argumentarei a seguir, a abordagem legalista e uniformizadora, defendida em nome do secularismo, está na origem do descontentamento da população islâmica francesa, e das mulheres muçulmanas em particular, com a falta de reconhecimento por parte do Estado e da sociedade em geral.

Palavras-chave: Mulheres muçulmanas. Reconhecimento. Secularismo. Véu islâmico.

Sumário: Introdução. 1 Secularismo à Francesa. 2 As Mulheres: Justiça, Solidariedade e Cidadania. 3 Proselitismo e Liberdade de Culto: Duas Perspectivas. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

A sociedade francesa tem vivenciado, particularmente nas duas últimas décadas, grandes desafios de ordem cultural na integração da comunidade muçulmana, a mais expressiva minoria religiosa naquele país. Não se sabe ao certo quantos são os muçulmanos vivendo na França, visto que perguntas sobre etnia e religião são proibidas pelo artigo oitavo da lei 78-17 nas pesquisas e levantamentos oficiais realizados pelo governo francês

(FRANÇA, 1978).¹ Os dados existentes baseiam-se, portanto, em sondagens, menos abrangentes que o censo populacional. Diversos estudos, utilizando metodologias distintas, chegaram a um número próximo de 2 milhões de pessoas, ou 3,5% da população francesa (VAMPOUILLE, 2011).

Há, naquele país, uma forte tradição de defesa do secularismo, e esta parece ser a origem dos conflitos culturais envolvendo a população muçulmana. Leis e decisões judiciais recentes colocaram em questão, por exemplo, o uso de símbolos religiosos por parte dos fiéis no espaço público. Embora, em tese, não se dirijam a nenhuma religião em particular, essas regulamentações provocaram maior impacto entre os membros da comunidade islâmica, visto que o artefato religioso causador das maiores polêmicas é, sem dúvida, o véu usado pelas mulheres muçulmanas — uma minoria política no interior da minoria religiosa.

Assim, as interdições alcançam as servidoras públicas, as alunas das escolas públicas e até as mães de alunos de escolas públicas que se disponham a acompanhar os estudantes em atividades externas. Também foi proibido o uso, em qualquer lugar público, dos *niqabs*, ou véus integrais, sob pena de multa de 150 euros e/ou participação obrigatória em um curso de cidadania.

1 Essas informações são consideradas de caráter privado e o Estado não teria, portanto, o direito de questionar o cidadão sobre aspectos de sua vida particular. Esta forma de compreender o secularismo e o respeito à privacidade dão uma ideia da distância entre as expectativas da comunidade islâmica e a intransigência do Estado frente a demandas de caráter religioso.

Visivelmente, a concepção de secularismo dos agentes do Estado (e de parte considerável da população) choca-se com aquilo que a comunidade islâmica entende ser seu direito às liberdades individuais, inclusive a liberdade de culto e de livre manifestação do pensamento. Esta parece ser a origem das demandas por reconhecimento dos muçulmanos franceses, que não raro chegam aos tribunais.

Diante do número crescente de reivindicações de caráter religioso dirigidas ao Estado, a Fundação Jean Jaurès, ligada ao Partido Socialista Francês, editou *O guia prático do secularismo*, com o objetivo de orientar os agentes públicos quando confrontados a este tipo de situação. O livro traz exemplos concretos de demandas e as soluções encontradas para cada caso – os pedidos variam de horário reservado para mulheres em piscinas públicas a opção de comida *hallal* na merenda escolar. A intenção explícita da publicação é auxiliar na gestão da diversidade religiosa, “sem se dobrar a todos os particularismos” (GLAVANY, 2011, tradução nossa). Note-se que, apesar da ligação com o Partido Socialista, o *Guia* expressa ideias correntes no meio político e na sociedade francesa como um todo, tanto à esquerda quanto à direita.

Assim, e a despeito da preocupação manifesta com a diversidade religiosa, a concepção de Estado laico defendida pelos autores do *Guia* impede que muitas das soluções propostas atendam aos anseios dos muçulmanos², ao mesmo tempo em

2 O próprio texto reconhece que, embora o princípio do secularismo diga respeito a todas as religiões, na maior parte dos exemplos, trata-se de demandas da comunidade muçulmana, “que suscitam a maior parte das interrogações e tensões na vida

que são vistas, pelo restante da população, como concessões excessivas a beneficiar aquele grupo. O resultado tende a não agradar a nenhum dos lados, além de intensificar tensões latentes.

1 Secularismo à Francesa

A lei 2004-228, que proíbe o uso de símbolos religiosos nas escolas públicas, foi precedida por anos de polêmica. Apesar de o texto não nomear nenhuma religião (e, para demonstrar a amplitude de seu alcance para além da comunidade muçulmana, são frequentemente citados como exemplos de itens proibidos a *kippah* dos judeus ou os crucifixos católicos), é fato que o debate teve sua origem nos desentendimentos ocorridos em diversas escolas do país em razão do uso do véu por algumas muçulmanas, a partir dos anos 1980.

O texto da lei é curto e resume-se a um único artigo do Código de Educação francês:

Nas escolas, colégios e liceus públicos, o uso de símbolos ou vestimentas por meio dos quais os alunos manifestem ostensivamente suas crenças religiosas é proibido. A instauração de um procedimento disciplinar deve ser precedida de uma conversa com o aluno. FRANÇA, 2004, tradução nossa).

Para compreender este debate, é preciso analisar como o secularismo é entendido na sociedade francesa atual. Neste sentido, o *Guia prático* é exemplar:

Diz-se às vezes que o secularismo deve levar em conta a

cotidiana”.

diversidade de pensamentos, tradições, opções espirituais. Será preciso lembrar que, se ele respeita essa diversidade, obriga também a superá-la por meio de princípios de vida comum? (GLAVANY, 2011, tradução nossa)

A ideia implícita, portanto, é de que a vida em comum é neutra e, se não desrespeita as opções individuais, também não lhes reserva nenhum espaço. Todas as crenças – políticas, filosóficas, religiosas – são privadas e assim devem permanecer. O respeito à neutralidade se faz, em uma palavra, pela uniformidade.

A tensão que esta concepção deixa entrever é semelhante à que existe nos Estados Unidos em relação à identidade das minorias, de acordo com o professor Cardoso de Oliveira. Também naquele país, há um desequilíbrio entre os direitos individuais e os direitos universais, com o predomínio dos últimos:

O cenário contrastante nos EUA foi caracterizado pela dificuldade em se manifestar o reconhecimento à singularidade de identidades pessoais em relações ou interações sociais, mesmo quando tal reconhecimento pode ser interpretado como a condição para um tratamento apropriado e respeitoso do interlocutor. (OLIVEIRA, 2001a).

Na França, da mesma forma, há uma grande resistência às demandas relacionadas a identidades singulares. A existência de categorias individuais, de acordo com esse entendimento, deve ser superada pelos valores comuns a todos os cidadãos. O Guia esclarece este ponto de forma precisa, contrapondo a ideia anglo-saxônica de “direito à diferença” à noção francesa de secularismo:

O secularismo na nossa República foi construído sobre o “direito à indiferença”, que não tem nada de negador em relação ao indivíduo, mas especifica simplesmente que a sua categoria (cristão, ateu, muçulmano, judeu, agnóstico, negro, intelectual, operário, camponês, *beur*³, homossexual, bretão, catalão etc) é deixada a sua livre escolha, não sendo ditada por nenhum a priori nem por nenhuma autoridade política. [...]

Nesse espaço altamente simbólico, uma “boa conduta” laica, como as dos exemplos deste livro, consiste, em primeiro lugar, em não olhar nem agir em relação ao outro dando a entender que ele pertence à categoria que escolheu. (GLAVANY, 2011, tradução nossa).

Do ponto de vista da comunidade islâmica, a forma como o Estado vem gerindo os conflitos relacionados à diversidade religiosa é insatisfatória, porque não reconhece as distintas identidades e suas particularidades. Em duas decisões judiciais recentes, de grande repercussão no país, o princípio do secularismo foi aplicado para justificar a proibição do uso do véu.

No primeiro caso, uma mãe procurou a Justiça buscando invalidar o regulamento interno de uma escola que a impedia de acompanhar um grupo de alunos em uma atividade externa enquanto usasse o véu. O Tribunal Administrativo de Montreuil entendeu que a restrição é legal, pois a mãe, ao acompanhar os alunos, exerce atividade similar à de um funcionário público e, por isso, “deve respeitar, em suas vestimentas e propósitos, a neutralidade da escola laica”. (SORTIES..., 2011, tradução nossa).

3 Expressão coloquial que designa filhos de pais árabes nascidos na França.

No segundo caso, uma creche privada demitiu uma funcionária que se recusava a retirar o véu em seu local de trabalho. A empregada demitida procurou a Justiça buscando uma indenização pelos danos sofridos. Tanto o Tribunal de Mantes-la-Jolie quanto o Tribunal de Recursos de Versailles negaram o pedido da reclamante, em nome do princípio do secularismo. (AFFAIRE..., 2011).

Pode-se perceber, a partir das decisões proferidas e das leis recentes sobre o tema, que o Estado francês tem contribuído para aumentar aquilo que o professor Cardoso de Oliveira chama de “déficit de cidadania”, ou seja, um desequilíbrio entre os direitos universais e a consideração à identidade do cidadão – ou reconhecimento (OLIVEIRA, 2001a), conforme se discute a seguir. Nessas condições, é pouco provável que a tensão em torno do uso de símbolos religiosos arrefeça naquele país.

2 As Mulheres: Justiça, Solidariedade e Cidadania

É importante notar que toda a polêmica em torno do laicismo e da liberdade de culto na França refere-se, basicamente, às mulheres muçulmanas. Chama a atenção o fato de que especialistas, políticos, feministas, educadores e representantes de diversos segmentos sejam chamados a se pronunciar sobre o tema, enquanto a palavra das principais interessadas é negligenciada.

Um dos argumentos mais recorrentes contra o uso do véu é a suposta opressão sofrida pelas mulheres que são obrigadas a usá-lo. O que se observa, neste caso, é um conceito de liberdade

de mão única: pretende-se defender as mulheres que não querem usar o véu constringendo todas as demais a retirá-lo.

Nesse sentido, o questionamento da estudante Amina, 18 anos, sobre a lei que proíbe o véu nas escolas é exemplar. “Eu concordo que se defendam as mulheres que sofrem pressões, mas será que as mulheres impedidas de usar o véu, apesar de quererem, foram defendidas com o mesmo ardor?” (CHOUDEUR et al, 2008, tradução nossa).

Portanto, entre aquelas que defendem o uso do véu, a questão gira em torno do sentimento de injustiça provocado pela obrigação de retirá-lo e da negação do reconhecimento, com a consequente exclusão da cidadania.

Segundo Luís Roberto Cardoso de Oliveira, as ideias de justiça, cidadania e solidariedade são centrais no entendimento das situações em que o multiculturalismo é vivido como um problema – e esse é o caso da sociedade francesa contemporânea. Para o autor, a distinção entre solidariedade e justiça compara-se àquela existente entre as normas (direitos) e os valores (a identidade).

Quando se permite às mulheres que usam o véu expor seus pontos de vista, é possível perceber o desequilíbrio entre as perspectivas do justo e do solidário, que resulta no já citado déficit de cidadania (OLIVEIRA, 1996). O depoimento de Mona, 20 anos, reforça essa ideia:

Eu acho paradoxal e desesperador o fato de que, em um país onde se valorizam tanto a tolerância e a educação pública, seja

recusado o acesso de algumas pessoas à educação. Eu aprendi na escola da República que a tolerância e o respeito à diferença eram princípios fundamentais, mas, quando eu exprimi minha diferença, descobri uma outra regra, não admitida: a exclusão da diferença. (CHOUDER et al, 2008, tradução nossa).

A lei é percebida pela jovem como uma barreira no acesso das mulheres à educação e, portanto, como um desrespeito a seus direitos fundamentais. Fica clara, assim, a íntima relação entre os conceitos de justiça, solidariedade, cidadania e reconhecimento. Como consequência, percebe-se a inviabilidade de atender demandas ligadas à identidade com ações que não abranjam, de forma equilibrada, todos esses aspectos.

3 Proselitismo e Liberdade de Culto: Duas Perspectivas

O teor do debate atual sobre o laicismo parece demonstrar um receio de que o cidadão utilize sua liberdade religiosa para fazer proselitismo e, assim, fira o direito dos demais a um ambiente laico. A ideia de proselitismo é, portanto, central para esta discussão e para o desacordo que se observa entre os partidários do véu e seus opositores. Se, para alguns, demonstrar ostensivamente o pertencimento a uma religião é uma manifestação da liberdade individual, para outros, é uma forma de proselitismo e equipara-se à pregação religiosa.

As opiniões expressas pelos leitores da imprensa francesa marcam bem esta distinção. Observe-se o que diz uma leitora do jornal *Le Monde*, ao comentar a matéria “Os muçulmanos temem

a erradicação do véu islâmico”, publicada em 7 de dezembro de 2011:

Faz quase 20 anos que eu me mudei da França. A leitura regular da imprensa francesa via internet me faz pensar que o famoso “secularismo” é um problema franco-francês. No trabalho, eu tenho colegas muçulmanas que usam o véu, e daí? Essas mulheres estudaram, têm um trabalho, uma família... Acreditem, elas nunca tentaram me converter. Por que eu deveria julgá-las ou dizer-lhes como levar suas vidas? (LE BARS, 2011, tradução nossa).

Ao que outra responde: “Sim! Usar o véu é um ato de pressão e de proselitismo. De uma vez por todas: parem de cobrir seus rostos!” (LE BARS, 2011, tradução nossa).

Apesar de o segundo comentário parecer referir-se ao *niqab*, o véu integral, enquanto a matéria trata do *hijab*, o véu que cobre a cabeça e o pescoço (e a confusão é, por si só, significativa), fica clara a oposição entre um pensamento que concilia secularismo e diversidade e outro, que opõe as duas categorias. Enquanto um defende que o uso de símbolos religiosos é um direito que assiste a quem assim o desejar, o outro considera a simples presença do véu como uma ofensa à liberdade dos demais.

4 Conclusão

Se a dicotomia em questão perdurar, como parece ser o caso, é possível esperar que as demandas por reconhecimento da comunidade islâmica continuem sem solução. Embora este grupo não negue, em suas reivindicações, o princípio do Estado laico,

sua forma de compreendê-lo é bastante diversa do entendimento do próprio Estado e de parcela significativa da sociedade francesa.

Esta clivagem demonstra, de forma inegável, uma ruptura entre as noções de direitos universais e liberdades individuais, que está na origem da discussão atual sobre secularismo, proselitismo e liberdade de culto. Se o Estado decide manter posições inflexíveis a este respeito, o risco que se corre é a manutenção do déficit de cidadania, como exposto acima, além da estigmatização da minoria muçulmana, como bem concluiu o professor Cardoso de Oliveira em sua discussão sobre reconhecimento e cidadania no Quebec:

Uma conexão radical entre as ideias de igualdade e de uniformidade pode ter, como implicação, a impermeabilização da esfera pública a demandas potencialmente legítimas, com a consequente institucionalização de relações injustas (iníquas, inequânimes) e um desrespeito sistemático aos direitos ético-morais associados ao reconhecimento de identidades. (OLIVEIRA, 2001b).

Title: Secularism and Diversity: the Islamic Scarf in France

Abstract: This paper analyses the opposition between the ideas of secularism and religious freedom in French society, using the concept of recognition as a background. The examples refer to the polemic concerning islamic scarves in French schools. This debate began during the 1980s and has not ended so far. I argue that the legal and standardized approach, seen as secularist, gives rise to the dissatisfaction among French Muslims, particularly the women, about the lack of recognition by the State and the broader society.

Keywords: Islamic scarf. Muslim women. Recognition. Secularism.

Referências

AFFAIRE baby loup: la justice confirme l'interdiction du voile dans une crèche privée. Capital.fr, Paris, 27 out. 2011. Disponível em: <<http://www.capital.fr/carriere-management/actualites/affaire-baby-loup-la-justice-confirme-l-interdiction-du-voile-dans-une-creche-privee-637603>>. Acesso em: 17 dez. 2011.

CHOUDEUR, Ismahane et al. *Les filles voilées parlent*. Paris: La Fabrique Éditions, 2008.

FRANÇA. Lei nº 78-17, de 6 de janeiro de 1978. Legifrance: service publique de la diffusion du droit. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068624&dateTexte=20110405>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

FRANÇA. Lei nº 2004-228, de 15 de março de 2004. Legifrance: service publique de la diffusion du droit. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071191&idArticle=LEGIARTI000006524456&dateTexte=20111222>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

GLAVANY, Jean. *Guide pratique de la laïcité: une clarification par le concret*. Paris: Fundação Jean Jaurès, 2011.

LE BARS, Stéphanie. Les musulmans dénoncent un climat visant à l'« éradication du foulard » islamique. Le Monde, Paris, 7 dez. 2011.

OLIVEIRA, Luís Cardoso de. Direitos republicanos, identidades coletivas e esfera pública no Brasil e no Quebec. *Série Antropo-*

logia, Brasília, n. 304, 2001b.

OLIVEIRA, Luís Cardoso de. Entre o justo e o solidário: os dilemas dos direitos de cidadania no Brasil e nos EUA. In: _____. *Ensaaios antropológicos sobre moral e ética*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

OLIVEIRA, Luís Cardoso de. Individualismo, identidades coletivas e cidadania: os Estados Unidos e o Quebec vistos do Brasil. *Série Antropologia*, Brasília, n. 299, 2001a.

SORTIES scolaires et principes de neutralité de l'école. Euro-juris France, Paris, 14 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.eurojuris.fr/fre/collectivites/services-publics/fonction-publique-personnel/actualites/ecoles-et-principe-de-laicite.html>>. Acesso em: 16 dez. 2011

VAMPOUILLE, Thomas. France: comment est évalué le nombre de musulmans. *Le Figaro*, Paris, 7 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/04/05/01016-20110405ARTFIG00599-france-comment-est-evalue-le-nombre-de-musulmans.php>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Mônica Aparecida. Secularismo e diversidade: o véu islâmico na França. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 6, p. 289-302, 2012. Anual.

Submissão: 23/03/2012

Aceite: 03/07/2012

A Construção Discursiva da Violência Sexual Contra Adolescentes nas Esferas Jurídicas: Valores Morais e Significados Negociados Sobre Gênero e Violência

Izis Morais Lopes dos Reis

Analista de Saúde do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Doutoranda em Antropologia Social pela Universidade de Brasília. Mestre em Antropologia Social pela UnB. Graduada em Serviço Social pela UnB.

Resumo: O presente artigo é fruto do trabalho do Setor de Estudos Macrossociais da Secretaria Executiva Psicossocial do MPDFT. O objetivo do texto é analisar como os discursos de diversos sujeitos na esfera jurídica sobre violência de cunho sexual contra adolescentes negociam e reproduzem significados socialmente compartilhados sobre as relações entre os gêneros, o que significam o feminino e o masculino nas sociedades ocidentais, e as desigualdades entre gerações. A proposta é trazer autorreflexão às instituições jurídicas de modo a aprimorá-las e torná-las mais justas ao compreender os valores morais que as produzem e que são produzidas por elas.

Palavras-chave: Violência sexual. Gênero. Instituições jurídicas. Significados. Valores morais.

Sumário: Introdução. 1 Metodologia. 2 A Construção do Erro e não da Violência: o Uso de Álcool e Drogas. 3 Adolescente já tem Maturidade (ou a Responsabilização da Filha). 4 Ponderações Finais. Referências.

Introdução

Nas últimas duas décadas houve considerável aumento da visibilidade da violência sexual. No Brasil, estudos apontam que tais violências normalmente são perpetradas por pessoas conhecidas das vítimas ou no seio familiar (AZEVEDO;

GUERRA, 1989; GREGORI, 1993; SUÁREZ; BANDEIRA, 1999). As relações sexuais ocorridas dentro de uma mesma família, entre membros *não autorizados*¹, são provocadoras de sentimentos ambíguos. Por um lado, há o temor e o horror causado pela palavra *incesto*. Por outro, há a vergonha, o silêncio e o segredo. Ainda, o imaginário social sobre as relações sexuais entre membros de uma família traz à tona a marca do pecado e da impureza.

Tais relacionamentos intrafamiliares de caráter sexual atingem especialmente mulheres, crianças e adolescentes, o que faz que incesto e violência devam ser analisados naquilo que os vincula: as relações de poder estabelecidas entre os gêneros e entre as gerações. São essas relações de poder, naturalizadas e legitimadas, que tornam determinadas formas de violência possíveis (MEYER, 2009). Isso porque as violências interpessoais, que permeiam as relações cotidianas, são corriqueiras, e são os valores e critérios de cada grupo social que apontam o caráter violento dos atos.

Por exemplo, em 1º de fevereiro de 2011, a BBC Brasil veiculou a seguinte notícia: “um homem confessou ter abusado de mais de cem crianças e adultos com deficiências físicas e mentais internados na capital suíça, Berna, e na Alemanha” (HOMEM...,

1 Ressalta-se que nem todos os membros de uma família não são autorizados a manter relações sexuais nas sociedades ocidentais. Por exemplo, no Brasil, relacionamentos entre primos é comum, mas relacionamentos sexuais dentro da família nuclear são proibidas.

2011).² Porém, as manchetes mais chocantes se referiram, sem dúvidas, aos delitos de cunho sexual envolvendo familiares, como o austríaco que trancafiou sua filha adolescente no porão de sua casa e com ela teve nove filhos. Ou o brasileiro, um maranhense, que manteve a filha em cárcere privado por dezessete anos e com ela teve sete filhos (CARVALHO, 2010).³

Nesses casos, a violência é tomada como inegável. Tais situações parecem ser o arquétipo da violência nas relações familiares: homens “com claros problemas psicológicos”, como afirmou a delegada responsável pela investigação do caso maranhense, que utilizam a força física e o aprisionamento para submeter suas próprias filhas ao intercuro sexual. Entretanto, todos os dias chegam às delegacias de polícia e ao Poder Judiciário ocorrências de crimes sexuais intrafamiliares que não necessariamente se assemelham a esses acontecimentos extremos. Essas ocorrências possuem variadas composições que podem gerar questionamentos sobre o cunho violento das práticas.

As relações sexuais ocorridas dentro de uma mesma família, assim como violências ocorridas no espaço doméstico, podem ter configurações e significados diversos. Isso desafia cotidianamente as Ciências Humanas, em suas considerações teóricas, e os trabalhadores do Judiciário, que aplicam a legislação existente de

2 A notícia pode ser encontrada em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/02/110201_abusossuica_pai.shtml>.

3 Ver em: <<http://oglobo.globo.com/cidades/mat/2010/06/09/homem-presno-no-maranhao-apos-abusar-da-filha-por-17-anos-ter-sete-filhos-com-ela-916822771.asp>>.

acordo com a articulação entre suas interpretações sobre múltiplas situações apresentadas e sobre a vida social em sua generalidade (e complexidade).

Este artigo tem como objetivo analisar a construção narrativa do que seria *violência sexual* para algumas pessoas envolvidas em processos judiciais, genericamente chamados de *abuso sexual*⁴ intrafamiliar contra adolescentes. O intuito do texto é compreender como as relações sexuais intergeracionais envolvendo *menores de idade*, incestuosas, são pensadas, ponderadas e relativizadas no contexto judicial, podendo ser consideradas ou não como *violência* pelos indivíduos que discursam.

Para isso, o texto traz à tona as percepções e opiniões das pessoas que constam como vítimas, autores *dos fatos* e seus familiares nos processos judiciais categorizados como crimes de cunho sexual. As entrevistas analisadas se deram no contexto de perícias psicossociais realizadas na Secretaria Executiva Psicossocial (SEPS) do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).⁵

Assim como outros trabalhos sobre o tema (LOWENKRON, 2007), não se pretende questionar a repulsa ou o horror que tais relações possam gerar. O texto se insere no esforço de mapear os diversos significados que o conceito de *violência* pode adquirir, a

4 Há grande debate sobre as terminologias a serem utilizadas no que se refere à violência sexual contra crianças e adolescentes. Para visualizar tais conceitos, ver: (Gabel, 1997) ou (DANTAS-BERGER; GIFFIN, 2005).

5 Este artigo se insere na proposta de produção científica do Setor de Estudos Macrossociais (SETMAC) da SEPS.

partir da análise de quais são os valores acionados e colocados em ação, em uma esfera caracterizada pela disputa, pela negociação de realidades e pelo exercício do poder (TEIXEIRA, 1998). Está em questão entender que no espaço jurídico são tecidos significados do que é violência e do que é crime, no momento em que os sujeitos envolvidos falam sobre o exercício da sexualidade adolescente e adulta. E, portanto, também se referem às relações entre os gêneros, entre gerações e ao campo das moralidades.

1 Metodologia

As narrativas aqui apresentadas foram coletadas em perícias sociais realizadas na SEPS/MPDFT e estão documentadas em arquivos de trabalho dos profissionais da secretaria. Esta é composta por assistentes sociais e psicóloga, cujo papel é lançar novos olhares e perspectivas sobre alguns crimes e contravenções penais que chegam ao Ministério Público para pronunciamento.

A SEPS é acionada quando procuradores e promotores de justiça acreditam haver necessidade de análise dos fatores psicológicos, sociais, econômicos e culturais que possam estar presentes nas situações apresentadas nos autos de processos. Os profissionais realizam estudos a fim de destrinchar como a estrutura socioeconômica e como os significados estabelecidos no campo cultural podem ajudar a compreender as violências e outras violações de direitos (individuais e coletivos). Ou seja, são realizados estudos que extrapolem as questões jurídicas ou legais ali presentes, já que as situações não são unicamente casos de polícia (DINIZ; ANGELIM, 2003).

A confecção de artigos sobre as temáticas trabalhadas na SEPS é uma proposta nova, do Setor de Estudos Macrossociais (SETMAC)⁶ de estimular a pesquisa sobre o trabalho desenvolvido na SEPS, de forma que a realização de pesquisas não se restrinja ao espaço acadêmico (ÁLVARES; REIS, 2010). Para a confecção deste artigo, foram selecionadas duas perícias realizadas pela SEPS que trazem elementos interessantes para a compreensão das manipulações do conceito *violência* dentro do tema *relações sexuais intergeracionais*. Os documentos consultados são anotações tipo caderno de procedimentos⁷ e se referem a entrevistas semiestruturadas realizadas com as adolescentes-vítimas, com os acusados e com seus familiares.⁸

-
- 6 De acordo com o regimento interno do MPDFT, o Setor de Estudos Macrossociais “se propõe a empreender estudos da realidade social do Distrito Federal como um todo, pois, demandas aparentemente individuais podem ser expressões de questões coletivas provocadas pela ausência da ação do Estado ou por fenômenos sociais específicos tais como violência doméstica, maus-tratos e negligência em relação ao idoso e ao portador de deficiência, problemas relacionados à saúde mental, entre outros”.
 - 7 Antes do início das entrevistas, o objetivo do estudo social é apresentado e é explicitado que as pessoas podem escolher participar ou não responder a qualquer uma das perguntas. A tentativa é de que os indivíduos-alvo das perícias sejam ouvidos de forma o mais livre possível, buscando-se reduzir o caráter policiaisco da existência de um processo judicial com a ampliação dos espaços de fala (local para expressar frustrações, sentimentos, ideais) para as pessoas envolvidas. Somente após consentimento as entrevistas começam.
 - 8 Os principais procedimentos utilizados pela SEPS são as visitas domiciliares e as entrevistas. Cada profissional possui liberdade para escolher como deseja trabalhar, mas, normalmente, as visitas domiciliares se tornam necessárias devido ao fato de, diversas vezes, os números telefônicos das pessoas envolvidas nos processos estarem desatualizados. Em outras, é percebida a necessidade de conhecer tete-à-tete a realidade socioeconômica das famílias e comunidades sobre as quais as perícias são demandadas.

As adolescentes nos processos judiciais analisados são Joaquina e Clara⁹, adolescentes que moram em diferentes cidades do Distrito Federal e pertencem a famílias da classe trabalhadora, com faixa de renda familiar mensal entre setecentos reais e mil reais. Os acusados, seus pais, figuram nos processos judiciais como réus confessos.

2 A Construção do Erro e não da Violência: o Uso de Álcool e Drogas

Os debates sobre violência devem levar em consideração, em primeiro lugar, que ela não é evidente por si mesma (ODALIA, 1983). Não tomá-la como plenamente conhecida foi, portanto, a premissa para o início do diálogo com as pessoas envolvidas nos processos judiciais em questão. As perguntas “o que é violência para você?” e “você considera o acontecido como violência? Por quê?” foram perguntas-chaves em todas as entrevistas.

Ao depararem tais questionamentos, os entrevistados demonstraram as dificuldades em lidar com conceito tão abrangente, fluido, dinâmico e que coloca em xeque identidades socialmente valorizadas. Como se pensar como uma pessoa violenta? Como pensar o marido, pai, namorado como uma pessoa violenta? Em parte a questão se tornou: como conjugar família – geralmente considerada lugar do afeto e do amor – e violência?

9 Para preservar a identidade de todos os sujeitos que têm os diálogos aqui expostos, não haverá referência aos nomes verdadeiros ou aos locais de moradia dos mesmos. O sigilo foi negociado no início das entrevistas e o compromisso é aqui mantido.

“Meu erro foi usar pó e bebida, chegar e ver oportunidade. Não ver que era tentação”. Essa frase abriu a reflexão de Valdir sobre o relacionamento afetivo-sexual estabelecido com sua própria filha, Joaquina. Ele seguiu explicando que estava casado com Marina, mãe da adolescente, há cerca de dezoito anos. Em suas palavras, sempre teve uma esposa “direita, correta, religiosa”. Entre outras qualidades, ela também era *firme*. Ele, ao contrário, “era bruto demais com as palavras e não entendia nada, não escutava ela [Marina], sempre dei trabalho”.

Disse ter experimentado drogas no final de sua adolescência, quando morava no interior de Minas Gerais, mas “nada que me afetasse”. Continuou trabalhando como pedreiro e também não percebia nenhum mal em tomar sua “cervejinha”. Residindo no Distrito Federal, passou a usar cocaína diariamente, motivo das brigas constantes entre ele e a esposa. A firmeza de índole desta, no entanto, fazia que ela não aceitasse um homem daquele jeito. Ele era deixado dormindo trancado no banheiro ou fora de casa, quando não passava dias sem ver a família.

Marina contou a mesma história. Acrescentou que seu marido sempre ocupou papel de provedor principal, mas ela nunca deixou de ter renda própria. Confecciona tapetes artesanalmente com uso de retalhos e recebe um pequeno benefício assistencial que a auxilia nas despesas da casa, cuja administração é responsabilidade dela. Considera-se uma mulher muito religiosa, testemunha de Jeová, para ser exata, e sempre odiou as companhias do marido ali daquele setor habitacional. Ela foi até a Delegacia de Polícia

mais próxima e registrou a ocorrência quando um namorado de sua filha contou que Valdir e Joaquina tinham mantido relações sexuais. Para Marina, nem o fato de ser seu marido o acusado nem a ideia de manter a família unida, foram impedimentos para que registrasse queixa policial. O vínculo marital não parecia ser prioridade, embora tenha sido mantido.

Entrevistadora – A senhora decidiu denunciar...

Marina - Ele fez uma coisa errada! Tem que pagar. Tem que aprender aqui na Terra, se arrepender. Todo mundo pode errar, mas tem que pagar por isso. Não pode ser assim: eu fiz e fica por isso mesmo. Ele não deveria ter ficado com a menina, drogado ou não.

Entrevistadora – E sobre a violência, o que a senhora acha?

Marina – Mas não é abuso sexual, isso? Pai com filha? Ela não era esposa dele, é a filha! Ta errado, ué.

Entrevistadora – E agora, como ta a situação?

Marina – A gente continua casado. Só que ele não mora mais aqui e não vem mais aqui. De vez em quando eu levo os meninos [irmã e irmão de Joaquina, ambos mais novos] na casa do irmão dele, onde ele ta. Mas a Joaquina ele não pode ver. Pode ser preso se vier aqui, se chegar perto dela [referindo-se ao deferimento de medida protetiva].

Há uma lacuna interpretativa se considerarmos os discursos de Marina e Valdir. Para a esposa, a existência do intercursos sexual incestuoso basta para que o termo *violência* ou *abuso* seja utilizado. Segundo sua percepção, qualquer pai que mantenha esse tipo de relacionamento com um filho é um abusador, ou seja, age fora dos limites do que pode ser visto como normal, aceitável ou justo. Isto não quer dizer que Marina imagine seu marido no campo da

doença, da perversidade ou da impossibilidade de convivência. Ao contrário, sua ideia foi proteger a filha sem perder o vínculo marital. Considera que Valdir cometeu uma violência sexual, um crime, e por isso deve ser punido judicialmente. Acredita que tal punição seja o suficiente para “fazê-lo acordar, ir ao Salão e orar”. De fato, Valdir se tornou testemunha de Jeová, como Marina, e embora sua fala tenha sido permeada por elementos religiosos, não utilizou tais argumentos para contar sua versão dos acontecimentos descritos nos autos processuais.

Destaca-se que há afinidade nos discursos do casal sobre um ponto: ambos identificaram que o comportamento sexual de Valdir não foi correto. Mas, comparativamente, o marido-acusado percebe e interpreta os acontecimentos sob outro prisma, que não o da violência. Para ele, houve *erro*, como apontado em sua fala sobre uso abusivo de álcool e outras drogas. E tal *erro* é explicado e justificado em seu discurso.

Foi a pior coisa que eu fiz na minha vida. Mas eu não tenho mais essa reputação [de usar drogas]. Eu sempre tava sob o efeito da droga. As vezes que aconteceram eu tava drogado, mas depois eu sabia, a consciência pesava.

Houve uma confusão de sentimentos. Mas eu nunca ameacei, nunca falei que ia fazer nada contra a mãe dela ou com a outra [filha]. E não era uma coisa frequente também.

Para o entrevistado, não houve violência, pois esta seria caracterizada pelo uso indevido de força física ou ameaça para coagir Joaquina a se relacionar sexualmente com ele. Segundo sua fala, a violência parece se assemelhar à ideia de agressão

corporal, ou possibilidade dela, coisas que nunca aconteceram. Valdir acredita que seus atos foram decorrentes de um erro de julgamento não deliberado em determinadas ocasiões nas quais estaria sem controle sobre suas ações porque estava sob o efeito de drogas, o que parece ser lugar comum explicativo nas falas de homens que cometeram crimes sexuais.

Todos os estupradores [], no conjunto de apenados que estamos nos referindo, relacionaram a admissão da relação sexual com a fraqueza, a bebida, a droga, ou a tentação do diabo no momento de fraqueza. (MACHADO, 1999, 306).

O entrevistado avalia que as relações sexuais estabelecidas entre ele e sua filha foram frutos dessa falta momentânea de capacidade, causada pelas substâncias químicas utilizadas, de controlar seu desejo sexual e seus sentimentos. Valdir parece apelar para uma lógica explicativa que faça que seus interlocutores (esposa, família, vizinhos, juristas, entrevistadora) não o destituam do seu lugar de sujeito racional pleno, pensado socialmente como característica da vida adulta (LOWENKRON, 2007; CALAF, 2007).

A justificativa dos seus atos seria encontrada nas drogas, ou seja, em algo alheio ao seu controle. A combinação da incapacidade de autocontrole por causa de fatores externos com a *confusão de sentimentos* são elencados como explicações para seu comportamento em desacordo com as normatizações sociais para o exercício da sexualidade.

A narrativa de Valdir tenta redimensionar suas ações para o campo do que não poderia ser moralmente reprovável, pois o que estaria colocado em xeque não seria sua capacidade racional de resistir ao impulso de fazer algo moralmente errado (SKORUPSKI, 2007). No uso de drogas, para ele, não haveria espaço para “a deliberação e o esforço em busca de bons hábitos” (VALLS, 2008).

Seu diálogo procura não colocar em questão sua substância de sujeito moral, porque, para ele, não haveria liberdade de escolha entre o leque de possibilidades morais quando o indivíduo está sob efeito de narcóticos. Nesse sentido, sua natureza de sujeito digno de respeito e merecedor de consideração pelos seus pares (OLIVEIRA, 2002) estaria intacta, sendo necessário somente o retorno do controle de si para que a vida familiar retomasse o curso normal: “Hoje todo mundo confia em mim porque as ações falam mais alto. Faço tudo para ter minha família de volta.”

Ao longo da história do Ocidente, “o estupro incestuoso passa a ser visto como as relações de estupro mais horrorizantes” (MACHADO, 1999, p. 317). Se é assim, a percepção de Valdir, de que as relações sexuais incestuosas foram um *erro* (e não uma *violência*), tenta solucionar o paradoxo de um indivíduo que tenta se manter na posição de pessoa (sujeito moral reconhecido) depois de ter sido considerado um estuprador incestuoso (pela polícia, pelo menos). Ele procura esquivar-se do modelo de violento ou abusador, para distanciar-se da ideia de que seu comportamento sexual teria o poder de alocá-lo no espaço da monstruosidade.

3 Adolescente já tem Maturidade (ou a Responsabilização da Filha)

Clara era, à época das entrevistas, uma adolescente de 15 anos de idade que acabara de parir Ana Júlia, filha-neta de seu pai. Quando as portas da casa de sua avó foram abertas, Clara estava sentada no sofá com a neném recém-nascida no colo, e vários familiares a circundavam. Os parentes foram muito solícitos e falaram, inclusive, pela própria Clara, pois de acordo com sua mãe, sra. Maria, “ela não é de conversar”. Mesmo diante desta informação, todas as perguntas foram direcionadas à adolescente, mas esta afirmou repetidamente e sussurrando: “estou bem” e “estou feliz com a Júlia”. Mãe, tia e avó começaram, então, a contar uma história detalhada, dramática e repleta de rupturas nos significados do que seria uma vida familiar feliz, completa e justa.

A complexidade estava posta: Clara estava sendo acompanhada por uma equipe de saúde mental para avaliar um possível transtorno psicológico e estabelecer um diagnóstico. Segundo as percepções da mãe, Clara passou a ser silenciosa demais aos 13 anos. Este, não por acaso, é interpretado como o maior sintoma de sua doença mental, já que a adolescente pouco se expressa verbalmente e a nada se nega. A família nunca vinculou esta dificuldade comunicativa com a possibilidade de abuso, violência ou experiência do sofrimento. A tia, entretanto, ponderou:

Hoje eu vejo que ela ter mudado assim, da noite pro dia, de uma menina alegre e sorridente, pra uma menina quieta, recatada,

que não conversa com ninguém, só pode ser por causa disso, não tem outra explicação.

Coincidência ou não, Clara e seu pai, Floriano, começaram a manter relações sexuais quando a adolescente completou 13 anos de idade. A situação só foi revelada dois anos depois porque uma vizinha recomendou à sra. Maria que levasse a garota ao ginecologista. Durante a consulta, foi descoberta a gravidez de Clara, já com três meses de gestação. Para a mãe, as fases foram o choque, a negação e, depois, o questionamento de quem poderia ter engravidado sua filha. A adolescente não tinha amigos, não conversava com ninguém, especialmente com pessoas do sexo masculino porque seu “pai era um homem muito ciumento”.

Daí partiu a primeira desconfiança da sra. Maria. Se Clara não tinha amigos, nunca havia chegado machucada ou expressando dor e as crises de ciúme de seu marido em relação à filha se mostravam exacerbadas, ela se viu obrigada a acreditar naquilo que nunca havia aparecido como possibilidade: seu marido, considerado provedor e carinhoso, havia engravidado a própria filha.

Ele nunca deixava nenhum garoto chegar perto dela. Quando ela vinha da escola e algum menino estava com ela, ah!, era um transtorno, uma gritaria: quem era esse moleque, por que ele veio com você, não pode namorar, não quero nenhum desses aqui perto de casa... E por aí vai. Todos eram má influência ou iam fazer a menina parar de estudar. Ela nem amiga tinha, imagina amigo? Não chegavam nem perto. Quando ela apareceu grávida, só sobrou o Floriano, né? Quem mais ia ser?

A mãe registrou boletim de ocorrência, que se seguiu com o afastamento do sr. Floriano do lar via medida protetiva. Maria, Clara e Gabriel, filho mais novo do casal, se mudaram para a casa da avó, Tereza, para que os cuidados à adolescente e futuro bebê fossem prestados. O pai se manteve como provedor, responsável por repassar dinheiro para Gabriel uma vez por semana, papel que parecia ser bem desempenhado, já que nenhuma reclamação foi feita.

A proteção à Clara já parecia ter sido conquistada com a retirada do pai do convívio familiar. Os familiares não citaram violência, abuso ou qualquer outra palavra para se remeter ao que aconteceu. Foi um “erro do pai dela, um absurdo”, algo que não mais pode acontecer e que todos tentam apagar da memória. A partir daquele momento, todas as preocupações se voltaram para a gravidez de Clara. Os parentes consideravam que ela seria incapaz de exercer o papel de mãe devido ao contexto: adolescente com transtorno mental logo seria genitora de criança concebida a partir de intercurso sexual estabelecido com o próprio pai.

O pai-avô foi entrevistado posteriormente. A fala de Floriano foi iniciada com a referência à bebida alcoólica: “acho que foi a bebida”. Os dois homens entrevistados, Floriano e Valdir, apontam que há um idioma social (EVANS-PRITCHARD, 2004), aparentemente aceito e legitimado, de que o uso ou abuso de álcool e drogas é justificativa para suas ações “erradas”. Além disto, Floriano utiliza os espaços de fala ao longo do processo

judicial como locais para tentativa de demonstrar redenção: “em cinco meses que eu parei de beber, fui para a igreja.”

As vontades de Floriano, no que se refere aos intercursos sexuais consumadas com Clara, apareceram de forma breve, quando ele teceu comentários sobre seu relacionamento conjugal. Segundo sua interpretação, houve mudança qualitativa em seu casamento, no que tange à afetividade e ao exercício sexual, após a entrada da filha na puberdade.

No começo, com a minha esposa, era bom. Depois do nascimento da Clara mudou... quando ela ficou mocinha, mudou. Eu sentia desejo por ela. Acho que eu tinha paixão por ela.

Porém, a análise de seu próprio comportamento não foi o foco de Floriano. Ao contrário, foram as atitudes, escolhas, a personalidade e, principalmente, a moralidade de Clara colocadas por ele em perspectiva ou em questão.

Ela mentia muito, não sei se o filho é meu. Nunca contei nada porque tinha vergonha. Ela ficava com as pernas em cima de mim e passava a mão em mim. Eu pedia para ela parar, ela dizia que gostava de mim. Uma vez eu disse que não queria mais, ela insistia.

Floriano não se reconhece como pai do bebê recém-nascido. Ao contrário, afirmou que aconteceram “duas ou três relações” e que não houve penetração em qualquer uma delas, então a criança não poderia ser filha dele. O entrevistado direcionou os holofotes para o comportamento de Clara, aparentemente em tentativa de se

retirar desse lugar *imoral* de pai-avô. Para compreender a posição de Floriano em seu campo de defesa, é preciso perceber que ele, além de nunca ter realizado qualquer movimento público de recusa ao contato afetivo sexualizado com a adolescente, criou também um terreno discursivo em que transfere uma eventual culpa de qualquer envolvimento sexual para sua filha. Isso porque alega que a adolescente sempre fez as investidas de caráter amoroso e sexual. Ele, embora tentasse privadamente, não conseguiu resistir às investidas, talvez porque aos homens é cobrada uma disposição sempre ativa para o sexo (HEILBORN, 1999).

Entrevistadora – O senhor falou que ela queria [ter relações sexuais], mas ela é uma adolescente...

Floriano – Eu acho que adolescente nessa idade tem noção, tem maturidade. Uma vez eu disse que não queria mais e ela insistia!

Entrevistadora – Sobre o que vocês conversavam?

Floriano – A gente conversava sobre a escola dela. Sobre as malcriações com a mãe dela. Clara xingava e gritava demais. A mãe mandava ela fazer uma coisa e ela não queria. Ela não falava com a mãe, comigo era diferente.

Entrevistadora – E sobre sexualidade?

Floriano – Nunca falamos sobre as relações, nem sobre sexo, nada.

A lógica de Floriano não se refere às relações sexuais com sua filha como parte de um suposto controle sobre a sexualidade dela ou ao exercício do poder familiar e extensão das obrigações domésticas femininas, como alguns estudos apontam (SUÁREZ; BANDEIRA, 1999). Tampouco questiona sobre seu papel paterno de responsabilidade na educação sexual da filha. A proposta dele

parece ser afastar de todas as formas o parentesco da pauta e dar ênfase ao afeto, à liberdade e ao consentimento da adolescente.

É necessário se deter nessa contradição. Maria se refere ao seu marido como um homem ciumento, que não permitia que Clara tivesse qualquer relacionamento amistoso ou afetivo com outros garotos. Isso sugere a necessidade do controle do afeto e da sexualidade da adolescente. As justificativas de Floriano para seu comportamento ciumento estão relacionadas à preocupação com a proteção da filha, com o cuidado para que permanecesse na escola e consolidasse um futuro considerado bom.

Há, portanto, um aparente paradoxo: Maria se refere a Floriano como homem ciumento e controlador da vida e da sexualidade da filha. Ele, sobre o mesmo assunto, se pensa como homem cuidadoso e preocupado, características que seriam valorizadas para um bom pai. O paradoxo parece se resolver quando as esferas da vida em que os discursos são proferidos são analisadas. Ou seja, ao ser chamado pelas instituições jurídicas para falar sobre a situação, Floriano procurou demonstrar sua inocência. Na impossibilidade de negar os atos sexuais consumados, para conseguir retornar à posição de sujeito moral (portanto, correto e digno), seria necessário que Clara fosse vista como pessoa sem credibilidade. Para isentar-se da culpa, a integridade moral da filha é questionada.

Esse recurso discursivo de transformação de sujeitos morais em imorais e vice-versa não se restringe às falas de Floriano. Portanto, não se deve compreender o que aqui está sendo colocado

como se fosse parte de um jogo em que este homem estaria mentindo ou falseando uma realidade em prol de sua inocência. Ao contrário, tal atitude mental faz parte daquilo que entendemos como cultura, de nossos valores coletivamente compartilhados sobre as violências e relações entre os gêneros.

4 Ponderações Finais

O cotidiano dos trabalhadores das instituições jurídicas brasileiras é permeado pela necessidade de interpretar situações complexas que envolvem valores morais e significados construídos culturalmente. Nem sempre, ou na menor parte dos casos, esses valores e significados são uníssonos. Ou seja, dentro da própria esfera jurídica, as disputas sobre o certo e o errado, o bom e o ruim, são constantes e dizem respeito não só às leis, mas as ultrapassam.

Isto quer dizer que a esfera jurídica não está livre das moralidades em função da existência das leis (das mais claras às mais nebulosas). Para dizer o mínimo, o domínio moral do humano é construído também nos diálogos travados nas instituições jurídicas. Em última instância, é possível afirmar que estas instituições são produzidas e reproduzidas pelas disputas morais. As leis e a aplicação delas, a criação de defesas e acusações, não se descolam de elaborações sobre o certo e errado e muito menos se emancipam dos significados compartilhados socialmente.

Especificamente, os sujeitos envolvidos em processos judiciais relacionados às violências de cunho sexual contra adolescentes – sejam eles operadores do Direito, outros servidores

públicos, vítimas ou acusados de crimes – não se livram dos pensamentos e ações referentes ao como deve ser e se comportar homens e mulheres na sociedade ocidental. Ainda, as relações entre os gêneros são (re)pensadas, atualizadas e, eventualmente, podem ser modificadas durante as construções discursivas destes sujeitos colocados em diálogo.

Este artigo teve como propósito analisar quais os significados em relação à sexualidade masculina e feminina, às relações entre os gêneros e violência são colocados em negociação quando abusos sexuais incestuosos chegam à esfera jurídica. É interessante perceber que esses processos judiciais não se referem somente à descoberta ou comprovação de um crime, mas às destituições/constituições das pessoas de seus lugares de sujeitos morais, ou seja, aqueles dignos de respeito e de participação na sociedade.

Os recursos discursivos utilizados para autodefesa pelos homens acusados de manterem relações sexuais com suas filhas ou enteadas menores de idade nunca se restringem a demonstrar que não são culpados porque não teriam concretizado atos sexuais sancionados socialmente. As falas desses homens fazem que eles sejam retirados do campo da culpa, deixando uma lacuna a ser preenchida, a partir desse mesmo discurso, pelas adolescentes.

É importante dizer rapidamente que o recurso discursivo, de colocar a vítima no lugar de culpada – por meio da manipulação do que significam o feminino, o masculino, a sexualidade e as relações marcadamente desiguais entre homens e mulheres, entre adultos e adolescentes – é também utilizado por operadores

de Direito ocupantes dos mais altos cargos. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a presunção da violência sexual contra pessoas menores de catorze anos deve ser relativizada, a depender da maturidade e da experiência sexual da adolescente. A decisão se referiu especificamente a adolescentes que se prostituíam.

Segundo a relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado – no caso, a liberdade sexual. Isso porque as menores a que se referia o processo julgado se prostituíam havia tempos quando do suposto crime (Brasil, 2012).¹⁰

A suposição, neste caso, parece ser de que tais adolescentes possuíam capacidade de escolha para a situação vivenciada – tanto as relações sexuais que produziram o processo judicial quanto as mantidas anteriormente devido à prostituição. Novamente parecem ser as ações e o caráter moral das mulheres adolescentes colocadas no holofote, em detrimento das análises contextuais de produção das violências contra mulheres.

Ressalta-se que a decisão acima merece ser analisada de modo mais extensivo, detalhado e cuidadoso. Porém, citá-lo parece essencial para demonstrar que o diálogo ou a negociação sobre valores e posições sociais e morais efetivamente ultrapassam as tentativas de defesa de pessoas acusadas por crimes.

10 A notícia completa pode ser acessada no site do STJ: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco>.

Para finalizar, é preciso dizer que instituições jurídicas conscientes das ações e pensamentos presentes em si mesmas podem se tornar mais justas. Isso porque somente a reflexão constante sobre as práticas jurídicas permite o tipo de crítica pretendido por esse artigo: o autoconhecimento dos significados produzidos e compartilhados socialmente e dos quais ninguém pode fugir.

Title: The Construction of Narratives about Sexual Violence Against Adolescent Women in the Legal Sphere: Moral Values and Negotiated Meanings on Gender and Violence

Abstract: This article is the work of the Department of macro social studies of the Psychosocial Executive Department of MPDFT. The objective of this paper is to examine how the discourses of various persons in the legal sphere about sexual violence against adolescents are negotiate and refers to gender relations, what means to speak of maleness and femaleness in Western societies, and inequalities between generations. The proposal is to bring self-reflection to the legal institutions in order to improve them and make them fairer to understand the moral values that produce and are produced by them.

Keywords: Sexual violence. Gender. Legal institutions. Meanings. Moral values.

Referências

ÁLVARES, Luciana; REIS, Izis Morais Lopes. A relevância da investigação na prática profissional de assistente social. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ASSISTENTES SOCIAIS, 13., 2010, Brasília. *Anais...* Brasília: CFESS, 2010.

AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V.N.A. *Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder*. São Paulo: Iglu. 1989.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão: presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa, 23 mar. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco>.

CALAF, Priscila Pinto. *Criança que faz criança: (des)construindo infância e sexualidade com meninos e meninas de rua*. 2007. Dissertação (Mestrado)-Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

CARVALHO, Cleide. Homem é preso no Maranhão após abusar da filha por 16 anos e ter sete filhos com ela. *O Globo*, Rio de Janeiro, 9 jun. 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cidades/mat/2010/06/09/homem-presno-no-maranhao-apos-abusar-da-filha-por-17-anos-ter-sete-filhos-com-ela-916822771.asp>>.

DANTAS-BERGER, S.; GIFFIN, K. A violência nas relações de conjugalidade: invisibilidade e banalização da violência sexual? *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, mar./abr. 2005.

DINIZ, G. R. S.; ANGELIM, Fábio Ferreira. Violência doméstica: por que é tão difícil lidar com ela? *Revista de Psicologia da UNESP*, v. 2, n. 1, 2003.

EVANS-PRITCHARD, E. E. *Bruxaria, oráculos e magia entre os Azande*. São Paulo: Jorge Zahar, 2004.

GABEL, M. *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus, 1997.

GREGORI, Maria F. *Cenas e queixas: um estudo sobre relações violentas, mulheres e feminismo*. São Paulo: Paz e Terra; AN-POCS, 1993.

HEILBORN, Maria Luiza (Org.). *Sexualidade: olhar das ciências sociais*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999.

HOMEM confessou ter abusado de mais de cem na Suíça, diz polícia. *BBC Brasil*, São Paulo, 1 fev. 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/02/110201_abusossuica_pai.shtml>.

LOWENKRON, Laura. (Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF. *Revista de Antropologia da USP*, São Paulo, v. 50, n. 2, 2007.

MACHADO, Lia Zanotta. Sexo, estupro e purificação. In: SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (Org.). *Violência, gênero e crime no Distrito Federal*. Brasília: UnB, 1999.

MEYER, Dagmar. Corpo, violência e educação: uma abordagem de gênero. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz. *Diversidade sexual na educação: problematizações da homofobia nas escolas*. Brasília: MEC/SECAD; UNESCO, 2009.

ODALIA, Nilo. *O que é violência*. São Paulo: Brasiliense, 1983. (Coleção primeiros passos).

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. *Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, no Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

SKORUPSKI, John. Ética. In: BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES, E.P. (Org.). *Compêndio de Filosofia*. São Paulo: Loyola, 2007.

SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (Org.). *Violência, gênero e crime no Distrito Federal*. Brasília: UnB, 1999.

TEIXEIRA, Carla Costa. *A honra da política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998.

VALLS, Álvaro L. M. *O que é ética?* São Paulo: Brasiliense, 2008. (Coleção primeiros passos).

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REIS, Izis Morais Lopes dos. A construção discursiva da violência sexual contra adolescentes nas esferas jurídicas: valores morais e significados negociados sobre gênero e violência. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 6, p. 303-327, 2012. Anual.

Submissão: 30/03/2012

Aceite: 03/07/2012

Legislação Simbólica e Expansão do Direito Penal: do Caráter Simbólico das Novas Leis Penais

Josiane Corrêa Pires

Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Criminologia pela Faculdade de Direito/Universidade Federal de Goiás. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

Resumo: A sociedade atual é acometida por uma sensação latente de insegurança, fruto do aumento da criminalidade e das novas demandas alçadas ao Direito em razão dos novos riscos (difusos) da modernidade. Este contexto faz surgir na sociedade uma cultura punitiva, que por sua vez orienta o movimento de expansão do Direito Penal. Assim, são editadas novas e variadas leis penais, que em geral possuem pouca efetividade e não conseguem atingir seu fim declarado de proteção ao bem jurídico, mas que possuem importantes funções político-ideológicas, prestando-se a confirmar valores sociais de determinado grupo, adiar a solução de conflitos ou servir como álibi do Estado diante das pressões sociais.

Palavras-chave: Criminologia. Política criminal. Cultura punitiva. Expansão do Direito Penal. Legislação simbólica.

Sumário: Introdução. 1 Sociedade do Risco e Cultura Punitiva: do Movimento de Expansão do Direito Penal. 2 A Função Simbólica das Novas Leis Penais. 2.1 Confirmação de Valores Sociais. 2.2 Legislação como Fórmula de Compromisso Dilatório. 2.3 Legislação-Álibi. 3 Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo versará sobre o movimento de expansão do Direito Penal, com enfoque no caráter eminentemente simbólico que assumem as novas leis penais editadas nesse contexto.

A sociedade atual é acometida por uma sensação latente de insegurança, fruto do aumento da criminalidade e das novas

demandas alçadas ao Direito em razão dos novos riscos da modernidade.

Surgem então novas e variadas leis penais emergenciais, que em geral não conseguem atingir o seu fim declarado de proteção ao bem jurídico, mas que possuem importantes funções político-ideológicas, prestando-se a confirmar valores sociais de determinado grupo, adiar a solução de conflitos ou servir como alibi do Estado diante das pressões sociais.

Assim, as novas leis editadas em razão do fenômeno na expansão do Direito Penal possuem, em sua maioria, pouca efetividade jurídica, mas forte conteúdo simbólico.

Desse modo, o presente trabalho analisará o modo como a política criminal no Brasil vem se orientando em face de uma cultura punitiva, que por sua vez tem levado a uma hipertrofia do ordenamento, com a edição de leis de caráter simbólico.

Utilizando-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, primeiramente serão expostos os fatores sociais que levam à formação da cultura punitiva e, conseqüentemente, ao movimento de expansão do Direito Penal, com referencial teórico principal na obra de Jesús-María Silva Sánchez.

Em um segundo momento, apresenta-se o conceito e a tipologia da legislação simbólica proposta pelo constitucionalista Marcelo Neves, contextualizando-os com o movimento de expansão do Direito Penal, a fim de se demonstrar que as novas leis penais tendem a se caracterizar como legislação simbólica e,

assim, carecem de efetividade jurídica, mas possuem importantes efeitos político-ideológicos.

1 Sociedade do Risco e Cultura Punitiva: do Movimento de Expansão do Direito Penal

A cultura punitiva que permeia a sociedade atual é fruto direto da chamada sociedade do risco, que por sua vez é marcada pelo incremento dos riscos sociais típicos da complexidade social da modernidade.

Os novos riscos surgem, primeiramente porque o avanço tecnológico resultou em enorme acúmulo de capitais que, contudo, não culminou em uma melhor distribuição de renda. Ao contrário, as desigualdades sociais somente se acentuaram. Um grande número de indivíduos foi deslocado para a marginalidade e passou a ser visto pelas classes mais favorecidas como fonte de riscos pessoais e patrimoniais.

Nas palavras de Alexandre Bizzotto (2009):

O direcionamento social imposto pelo mercado agrava as desigualdades de capacidade econômica, com a provocação de dupla consequência: por um lado, há um aumento das taxas de criminalidade; por outro lado, há um aumento da ansiedade precária daqueles que mantêm um padrão de bem-estar. (BIZZOTTO 2009, p. 102).

Por outro lado, surgem novas ameaças típicas da era tecnológica. Boa parte dos riscos enfrentados hoje pelos cidadãos não mais provém das forças da natureza, como outrora, mas da manipulação humana sobre as tecnologias da indústria, biologia,

genética, energia nuclear, informática, comunicações, etc. (SILVA SÁNCHEZ, 2002), bem como do processo de globalização.

A industrialização massiva resultou em crescente degradação ambiental e em uma série de consequências catastróficas, como o desaparecimento de espécies e biomas, poluição desenfreada, acúmulo de lixo, aquecimento global, catástrofes ambientais, acidentes radioativos, etc.

Resultou também na formação de uma sociedade de consumo, na qual os interesses individuais são muitas vezes preteridos pelos interesses de grandes corporações. Ademais, danos considerados diminutos a um consumidor tomam proporção enorme quando se considera a totalidade de consumidores atingidos.

A globalização fomentou um complexo sistema financeiro suscetível aos mais diversos tipos de manipulações e de fraudes que muitas vezes ultrapassam as fronteiras dos países. Globalizou-se também o contrabando, o tráfico de substâncias ilícitas e o terrorismo.

A internet representou uma revolução em termos de comunicação, mas trouxe ao Direito os crimes virtuais, além de uma série de dificuldades no campo probatório e de responsabilização.

A novidade da manipulação genética trouxe novas perspectivas e novas dúvidas, vez que é impossível determinar quais serão as consequências a longo prazo da manipulação de embriões e de organismos geneticamente modificados.

Também se observa certa organização da sociedade civil na busca da efetivação de direitos, principalmente das minorias.

Surgem assim grupos na defesa dos interesses dos negros, homossexuais, mulheres, menores, idosos, etc.

Ocorre que os esquemas políticos e teóricos do Direito Penal clássico, estruturado para a proteção de certos bens jurídicos de titularidade determinada ou ao menos determinável, tem se mostrado insuficiente para lidar com essas novas questões (SOUZA, 2007). Desse modo, o movimento político-criminal de expansão do Direito Penal surge como forma de abarcar esses novos riscos que se formatam na sociedade.

Marta Rodrigues de Assis Machado (2005) delimita os caminhos que vêm sendo traçados pelo Direito Penal na proteção dos novos riscos:

Não se trata, simplesmente, do aumento quantitativo da reação punitiva ou da simples definição de novos comportamentos penalmente relevantes, mas do desenvolvimento de uma nova racionalidade de imputação, a partir da utilização de figuras dogmáticas diferenciadas – algumas vistas como excepcionais no passado – mais flexíveis e direcionadas muito mais à prevenção em face dos riscos do que à tradicional manifestação repressiva. Nessa linha, os deslocamentos mais significativos dão-se em função da ampliação da proteção penal aos bens jurídicos supraindividuais, da antecipação da tutela penal e da flexibilização das regras de causalidade e de imputação de responsabilidades, inclusive no sentido de abolir os imperativos da individualização. (MACHADO, 2005, p. 23).

Demonstra-se assim que a proteção dos novos bens jurídicos vem sendo encaminhada à esfera do Direito Penal, inclusive com a alteração da dogmática clássica de imputação, ainda que

a criminalização se mostre inadequada, violadora das garantias fundamentais ou contraproducente (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

É claro que, à medida que novos bens jurídicos surgem no meio social, é natural que o a criminalização seja meio hábil de proteção àqueles de maior importância. Contudo, conforme leciona Silva Sánchez, ainda que haja um espaço de “expansão razoável” do Direito Penal, não faltam manifestações de “expansão desarrazoada” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 28).

Ao lado dos novos fatores de risco – aumento da criminalidade em decorrência da marginalização e as novas demandas alçadas pelo direito –, anota-se a atuação da mídia como decisiva no sentimento latente de insegurança que permeia a sociedade moderna. De fato, os acontecimentos de natureza criminal tendem a exposição sistemática pela imprensa, sempre permeada pela dramatização do fato e pela condenação social de seu autor.

A extenuante repetição e a dramatização das notícias sobre violência intensificam a tal ponto a sensação de insegurança que ela não mais corresponde à existência real de perigo. Assim, “inserido neste contexto alarmante, a notícia sobre violência começa não só a informar como a emocionar, estimulando a curiosidade, a intolerância e, por fim, o próprio medo” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 73).

Forma-se então uma verdadeira cultura punitiva, diante do consenso em torno do discurso que clama por segurança pública, enxergando na proteção penal a solução – ainda que

aparente e transitória – para a angústia derivada do sentimento de insegurança.

O descrédito no poder público e na efetividade das leis também são fatores que potencializam a cultura punitiva. Assim como ocorre em diversos outros países periféricos, as estruturas democráticas no Brasil, embora existentes, não se encontram suficientemente desenvolvidas a ponto de se desvincularem do poder político.

Assim, a corrupção e o fisiologismo político levam ao descrédito cada dia maior da população na Administração Pública. Esse processo inviabiliza que muitas demandas sejam tratadas exclusivamente pela via administrativa, ainda que esta se apresente como instrumento suficiente para a sanção de várias condutas hoje tipificadas no Direito Penal.

Nesse sentido:

[...] no que se refere ao Direito Administrativo, o recurso ao princípio da oportunidade, ao que se vem somando a incontrolável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos). Desconfia-se – com maior ou menor razão, de acordo com as situações – das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 61).

Do exposto, tem-se que a sociedade moderna converge em uma busca desenfreada por novos referenciais de segurança. Diante de tantos novos fatores de risco, expostos repetidamente

pela mídia, e da impotência do poder público em dar resposta adequada, vê-se a formação de uma cultura punitiva, estabelecendo uma espécie de consenso de que a criminalização de condutas é o caminho hábil a solução dos novos conflitos.

Saló de Carvalho (2008) sintetiza o cenário:

Fundamental diagnosticar, neste quadro, que na sociedade do risco fundada sob a égide do medo, todos os tipos de lesão, independentemente da qualificação do bem jurídico, e de conflitos, para além de sua dimensão pública ou privada, acabam sendo de algum modo abarcados pelo controle penal. (CARVALHO, 2008, p. 88).

Sobre as consequências deste consenso punitivo, cabem as palavras de Silva Sánchez (2002):

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora ultima ratio. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar. Isso, mesmo se mantido um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação. E, com maior razão, se tal modelo sofrer fraturas que o desnaturalizem por completo. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 61).

Assim, os anseios punitivos da sociedade civil resultam em uma política criminal que funciona como política de segurança pública. Em desrespeito ao princípio da intervenção mínima, o que se vê é a excessiva criminalização de condutas, utilizando-se de tipos outrora excepcionais, como os tipos de perigo abstrato

e os omissivos impróprios, além de normas penais em branco. Observa-se ainda o aumento das penas cominadas nos delitos e do rol de crimes hediondos, além do endurecimento da fase executiva da pena e da relativização de diversas garantias no curso do processo penal.

Todas essas alterações, contudo, não costumam culminar no objetivo proposto, qual seja, a redução efetiva da criminalidade. Nesse sentido, observa-se que as novas normas penais se revestem de uma função muito mais simbólica que normativo-jurídica.

2 A Função Simbólica das Novas Leis Penais

Inicialmente importa frisar que toda norma possui uma função simbólica intrínseca, a par de sua função instrumental declarada, qual seja, solucionar o conflito de interesses por meio de sua concretização.

Enquanto a função instrumental da norma implica uma tentativa consciente e imediata de se alcançar um resultado objetivo, a função simbólica busca a satisfação de outros objetivos não declarados, de forma mediata e imprecisa (NEVES, 2011). Tais objetivos relacionam-se ao caráter político-ideológico do qual toda norma naturalmente se reveste.

Assim, a lei tem seu sentido primordial, que é normativo-jurídico, objetivando determinar comportamentos. Mas tal sentido não pode ser dissociado daquele político-ideológico, também intrínseco a todo o sistema jurídico e político.

Esse sentido político-ideológico é especialmente latente na norma penal, que tem por característica a confirmação e a

estabilização do sistema de valores da sociedade, trazendo para a instância de controle formal condutas já rechaçadas por meio do controle social informal (CONDE; HASSEMER, 2011).

Contudo, o que vai definir e diferenciar a chamada legislação simbólica é a predominância do sentido político-ideológico sobre o sentido normativo-jurídico, ou até mesmo a ausência do sentido normativo-jurídico de determinada norma.

Nesse sentido, Marcelo Neves expõe um conceito para legislação simbólica:

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (NEVES, 2011, p. 30).

Em outros termos, quando determinada norma “constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica” (NEVES, 2011, p. 33).

Observa-se então que a hipertrofia legislativa, típica do movimento de expansão do Direito Penal, é caracterizada por leis de caráter predominantemente simbólico.

Decerto que o Direito Penal, por selecionar os bens jurídicos mais caros à sociedade para ingressar em sua esfera de proteção,

sempre possui alta carga político-ideológica. Contudo, a lei penal se mostrará simbólica quando buscar muito mais acalantar a opinião pública, reafirmando os valores da população (ou de parte dela), que trazer soluções efetivas em termos de política criminal.

Na lição de Silva Sánchez (2002):

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 23).

A fim de melhor sistematizar o estudo sobre os objetivos e efeitos da legislação simbólica, Marcelo Neves, com base em Harald Kindermann, propõe uma tipologia com foco nas normas constitucionais. Assim, de acordo com o seu conteúdo a legislação simbólica pode buscar: a) adiar a solução de conflitos sociais mediante compromissos dilatatórios, b) confirmar valores sociais e c) demonstrar a capacidade de ação do Estado (legislação-álibi) (NEVES, 2011).

Esses diversos conteúdos podem ser verificados, em maior ou menor grau, nas normas editadas no contexto de expansão do Direito Penal.

2.1 Confirmação de Valores Sociais

A sociedade moderna é marcada pela pluralidade de valores sociais e morais, sendo característica indissociável de um Estado Democrático de Direito o respeito às diferenças. Nem por isso os conflitos de valores deixam de existir. Pelo contrário, diante de um cenário democrático, favorável aos debates, eles tornam-se ainda mais evidentes.

Nesse contexto, a criminalização de uma conduta pode significar a prevalência de um determinado grupo e do valor por ele defendido em detrimento dos demais grupos e sistemas de valores.

Para os membros deste grupo, o efeito normativo-jurídico na norma criminalizadora importa menos que a confirmação do seu valor como o prevalente, como aquele que deve ser seguido não somente por aqueles que coadunam com seu conteúdo, mas por toda a sociedade.

Marcelo Neves (2011) sintetiza:

Exige-se primariamente do legislador, com muita frequência, uma posição a respeito de conflitos sociais em torno de valores. Nesses casos, os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores veem a “vitória legislativa” como uma forma de reconhecimento da “superioridade” ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei. (NEVES, 2011, p. 33).

Nesse sentido, Alessandro Baratta (2002) adverte que o Direito Penal não exprime o único sistema de valores da

sociedade. Em uma sociedade pluralista e conflitual como a atual, existem valores comuns a todos os cidadãos, mas também existem outros específicos de determinados grupos, os quais muitas vezes também recebem a tutela penal. Esses valores não unânimes serão selecionados pelo Direito Penal não necessariamente porque corroborados pela maioria dos cidadãos, mas sim porque correspondem aos valores daqueles indivíduos com maior visibilidade política.

Os exemplos mais evidentes desse tipo de legislação são os relativos à criminalização do aborto e do uso de drogas. Ambos os temas são objetos de debates profundos e espinhosos, em que inúmeros argumentos (válidos) são apontados tanto a favor quanto contra a permanência da criminalização vigente. Não se pode negar, contudo, que o debate de fundo é a prevalência de um sistema de valores sobre os demais.

Sem a pretensão de adentrar ao mérito dessas questões, o que se pode observar é que a criminalização traz poucos efeitos normativo-jurídicos. Embora sejam crimes, ambas as condutas são amplamente praticadas, de onde se infere o pouco ou nenhum poder de dissuasão da ameaça de pena, frustrando-se a perspectiva preventiva.

Tampouco se observam os efeitos normativos sobre a perspectiva retributiva: são raríssimos os casos de aborto que são levados ao conhecimento do Estado, tanto menos ainda os que são efetivamente julgados e condenados perante o Tribunal do

Júri. O uso de drogas, por sua vez, passou por um processo de despenalização com o advento da Lei nº 11.343/2006.

A par de toda a ineficácia instrumental, tais condutas não tendem a ser descriminalizadas, pois a rejeição a essas práticas representa o valor moral de parte da sociedade, que, com a tipificação penal, se perfaz vitoriosa ante os que não coadunam com o mesmo valor.

Da mesma forma, a criminalização das diversas formas de preconceito também é vista pelos grupos minoritários como uma vitória na luta por igualdade material e conquista de direitos, ainda que de pouca aplicação prática e provável nenhum efeito no comportamento daqueles que discriminam.¹

Observa-se que embora a legislação simbólica destinada à confirmação de valores sociais careça de efeito normativo-jurídico, ela possui relevantes efeitos sociais, vez que tranquiliza e conforta o grupo cujo valor social foi selecionado pelo ordenamento, demonstrando que o legislador está atento aos seus interesses (NEVES, 2011).

Por outro lado, a conduta rechaçada assume o *status* de crime, estigmatizando-se aquele que a pratica e, conseqüentemente, distinguindo quais condutas e culturas têm legitimação e respeito público e quais são consideradas erradas e desviantes. Assim, a conduta criminalizada, embora não venha a

1 Nesse sentido, o ordenamento brasileiro já criminaliza o racismo (Lei nº 7.716/1989), além de tramitar no Congresso Nacional um projeto de lei que torna crime a discriminação de homossexuais, idosos e deficientes (PLC 122/2006).

desaparecer da realidade, terá mais dificuldade de se impor como um comportamento lícito (NEVES, 2011).

2.2 Legislação como Fórmula de Compromisso Dilatório

A legislação simbólica também pode vir a ser editada justamente diante da perspectiva de sua ineficácia, como forma de adiar uma real solução para o conflito social iminente (NEVES, 2011). Assim, edita-se um diploma normativo de pouca instrumentalidade, dando-se solução apenas aparente à questão, adiando uma real solução para um futuro indeterminado.

Essa solução aparente tem o condão de apaziguar temporariamente o conflito em torno do tema, pois os favoráveis às mudanças mostram-se satisfeitos com a simples edição do diploma normativo, seja pela possibilidade de sanção, seja pela tomada de posição por parte do legislador. Já aqueles contrários à nova ordem legal contentam-se com a falta de perspectiva de efetivação da norma, que, na prática, implica a manutenção do *status quo* vigente.

Adia-se, assim, a solução de graves problemas sociais, solucionando-se somente o conflito político aparente em torno do tema.

No Direito Penal, vislumbra-se esse tipo de conteúdo simbólico principalmente na elaboração de leis penais que visam à punição da “criminalidade de colarinho branco” em suas várias facetas (crimes econômicos, políticos, tributários, contra o meio ambiente, o consumidor, etc.).

Diante de um sentimento difuso de indignação da população perante tais condutas, surgem os tipos penais, mas que não implicam a efetiva punição daqueles que praticam tais condutas. A impunidade advém de diversos fatores, a começar pela própria lei, que geralmente prevê mecanismos de punição mais brandos, como juizados especiais e penas alternativas e pecuniárias. Soma-se ainda a dificuldade inerente da persecução penal nesses casos e a tendência jurisprudencial de restringir a incidência da tipicidade penal (ANDRADE, 2011).

A coesão é conquistada, uma vez que a lei penal tranquiliza a opinião pública, mas não afeta efetivamente as elites que se privilegiam desses comportamentos nocivos.

Nesse sentido, preleciona Vera Regina Pereira de Andrade (2011):

Este campo, [...], alarga o tradicional horizonte de projeção do controle penal moderno em nível de criminalização primária (produção de Leis penais criminalizadoras), ou seja, em nível simbólico, gerando a ilusão de que esta criminalidade está sendo olhada e combatida, ao tempo em que, em nível de criminalização secundária, o sistema penal lhe preserva inúmeros mecanismos de impunidade, com toda sorte de artifícios e proteções. (ANDRADE, 2011, p. 42).

O ordenamento jurídico brasileiro conta com inúmeras leis visando à punição da “criminalidade das elites”, a exemplo das que instituem os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986) e contra a ordem tributária e econômica (Lei

nº 8.137/1990), os crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998) e de lavagem de capitais (Lei nº 9.613/1998).

Todas essas leis, contudo, possuem pouca efetividade jurídica, relacionada a penas muito baixas, à complacência da jurisprudência, a dificuldades no campo probatório, aos mecanismos processuais que permitem a protelação da ação penal, entre outros.

2.3 Legislação-Álibi

A legislação-álibi é aquela que, editada sob pressão política e social, busca satisfazer as expectativas dos cidadãos e assim confirmar a capacidade de ação do Estado, produzindo confiança nos sistemas político e jurídico, ainda que no plano fático não haja condições de se efetivar as disposições normativas (NEVES, 2011).

Nesse sentido:

Em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, em regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atividade legiferante serve como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado. (NEVES, 2011, p. 37).

As normas editadas sob a influência da cultura punitiva e do movimento de expansão do Direito Penal, marcadas por casuísmo,

imediatismo e reação às pressões sociais, se caracterizam tipicamente como legislação-álibi.

Diante da pressão pública por “soluções” contra o aumento da criminalidade e da sensação de insegurança, bem como por uma reação mais firme do Estado diante dos novos riscos, a reação primeira do legislador costuma ser a edição de uma norma penal, seja tipificando um comportamento, seja endurecendo a legislação já existente, pelo aumento de penas ou diminuição de garantias no curso do processo.

Assim, os novos riscos “foram encaminhadas à seara do Direito Penal, instrumento mais barato e ágil para acalantar temporariamente os corações receosos e inseguros da população” (MORAES, 2009, p. 45), funcionando como mecanismo de exposição simbólica do Estado como instituição atenta aos anseios dos cidadãos e, portanto, merecedora de confiança pública.

Enquanto isso, permanecem as lacunas relativas à falta de políticas sociais efetivas e à ausência de fiscalização administrativa que coíba a prática de atividades lesivas à sociedade, ficando intocado o contexto socioeconômico e político gerador do conflito social.

Nesse sentido, preleciona Marcelo Neves:

Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. A resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de

um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. (NEVES, 2011, p. 39).

Observa-se que a legislação-álibi, embora carente de instrumentalidade jurídica, possui função ideológica muito importante, ao demonstrar que o Estado encontra-se atento e atuante diante dos conflitos sociais ainda que no plano fático eles permaneçam sem solução.

Nesse sentido, a legislação-álibi constitui forma de manipulação da opinião pública, imunizando o sistema político contra as pressões sociais sem que haja atuação efetiva para a solução dos conflitos (NEVES, 2011).

Nas últimas décadas, diversas foram as leis editadas no Brasil diante de intensa pressão social, mas carentes de normatividade jurídica, caracterizando-se, portanto, como legislação-álibi.

A começar pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), que cria um rol de condutas sujeitas a execução penal mais dura a partir do critério subjetivo de hediondez. A lei coaduna-se com uma perspectiva preventiva da pena e, ao impor o regime inicial (antes integral) fechado aos condenados, busca, ao menos, a inocuidade por meio do encarceramento.

Contudo, passados mais de vinte anos da edição da lei, o que se observa é sua total incapacidade de atingir o objetivo declarado, qual seja, a redução da criminalidade. Isso não impediu as sucessivas inclusões de crimes em seu rol, sempre influenciadas por escândalos amplamente noticiados pela imprensa, denotando

a sua função precípua de álibi do legislador diante das pressões sociais.

Também os inúmeros diplomas legais editados vedando a concessão de liberdade provisória ao acusado no curso da persecução penal² demonstram a preocupação do legislador de se mostrar atento ao problema do aumento da criminalidade, mas que também se mostram inócuos na solução do problema.

Diversas outras leis foram editadas buscando demonstrar a capacidade de ação do Estado diante dos novos riscos sociais. Essas leis, ainda que apresentem dispositivos de outras natureza, sempre incluem em seu bojo dispositivos incriminadores, demonstrando que a proteção dos novos interesses sociais vem sendo encabeçada por uma progressiva expansão do Direito Penal.

Assim, a resposta do legislador aos anseios em torno da manipulação genética se dá pela Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), ao abuso nas relações de consumo, por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), à discriminação dos idosos, pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), à necessidade de proteção dos menores, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), à violência doméstica, por meio da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), etc., todos diplomas que, entre outras disposições, trazem novos tipos penais.

2 Nesse sentido, há dispositivos na Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, inc. II, Lei nº 8.072/90, em sua redação original), na Lei do Crime Organizado (art. 7º, Lei nº 9.034/95), na Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais (art. 3º, Lei nº 9.613/98), no Estatuto do Desarmamento (art. 21, Lei nº 10.826/03) e na Lei de Drogas, no que se refere ao tráfico (art. 44, Lei nº 11.343/06).

Da mesma forma, surgem novas leis de caráter estritamente penal, buscando dar ou enrijecer a proteção em torno de bens jurídicos mais valorados na sociedade moderna, como o meio ambiente (Lei nº 9.605/1998) ou o sistema financeiro (Lei nº 7.492/1986, Lei nº 8.137/1990, Lei nº 9.613/1998).

Normas incriminadoras não são a forma mais eficiente de proteção diante dos novos riscos. Mas seu custo de implementação é infinitamente menor do que o de uma política pública preventiva efetiva ou o de uma fiscalização administrativa mais rígida. Por outro lado, a edição de uma lei penal é sempre noticiada pelos meios de comunicação e recebe a aprovação da sociedade, tornando-se, assim, álibi muito eficiente do poder público diante das demandas dos cidadãos.

Ocorre que a legislação-álibi cria na população expectativas em torno da solução de conflitos que não serão cumpridas na realidade. Assim, seu emprego abusivo acaba por levar ou aprofundar a descrença social na efetividade da lei e do sistema penal.

Com isso, o Estado perde legitimidade perante a sociedade, acarretando, por um lado, o aumento da sensação social de insegurança e, por outro, a perda da efetiva capacidade de controle social da legislação penal (SOUZA, 2007).

Assim, a legislação-álibi, utilizada pelo sistema político como meio de descarregar as pressões sociais, quando usada em demasia, acaba por tornar-se novo ponto de conflito social.

3 Conclusão

As políticas criminais brasileiras vêm sendo pautadas por um movimento de expansão do Direito Penal; reflexo dos novos riscos da modernidade e da conseqüente formação de uma cultura punitiva no seio social. Ocorre que usualmente as novas leis editadas nesse contexto possuem um caráter simbólico que prepondera sobre a sua função normativo-jurídica.

São diversos os fatores político-sociais que determinam o modo como o Direito Penal repercute na sociedade, os quais são decisivos quando da elaboração de políticas criminais por parte do Estado.

Vive-se a chamada sociedade do risco, que, por um lado empurra um número cada vez maior de indivíduos para a marginalidade, o que, entre outras conseqüências, leva ao aumento da criminalidade. Por outro, surgem novas ameaças típicas da era tecnológica, como a destruição ambiental, a manipulação genética, o mau uso da informática e os riscos inerentes à globalização da economia. Por fim, o maior nível de organização da sociedade civil leva à busca de efetivação de direitos por parte das minorias.

Soma-se a forte influência da mídia, que explora alguns fatos criminosos intensificando a sensação de insegurança, e, ainda, o descrédito social com o poder público, sempre envolto em escândalos de corrupção e inerte na elaboração de políticas sociais efetivas. Diante desses fatores, a sociedade acaba vendo em uma política criminal rígida a solução mais fácil aos inúmeros problemas que a afligem, notadamente a segurança pública.

Forma-se uma cultura punitiva que, na demanda por mais proteção, passa a exigir maior atuação do Estado, a qual se dá primordialmente por meio do Direito Penal. Assim, a proteção em face dos novos riscos é sempre encaminhada a este ramo do Direito, seja isolada, seja conjuntamente com outras medidas políticas e legislativas.

Uma vez que os novos riscos ameaçam bens jurídicos de grande valor social, é natural que sejam combatidos pelo Direito Penal, sendo razoável uma certa expansão. O que se observa, contudo, são manifestações de expansão desarrazoada, calcadas em leis de pouca instrumentalidade e efetividade, mas de alto teor simbólico.

Decerto, toda lei possui função simbólica indissociável, relacionada à satisfação de objetivos não declarados de caráter político-ideológico. Tanto mais as normas penais, que se prestam a confirmar os valores sociais, trazendo-os ao controle social formal.

Mas a legislação dita simbólica diferencia-se por servir primariamente a finalidades político-ideológicas, em detrimento de sua concretização normativa.

As leis editadas em um contexto de hipertrofia legislativa penal possuem caráter predominantemente simbólico, trazendo poucas respostas efetivas à redução da criminalidade e proteção de bens jurídicos, mas apresentando o Estado como identificado com os valores e as aflições dos cidadãos.

Identificam-se três objetivos principais da legislação simbólica, podendo todos eles serem verificados em leis penais.

Assim, a legislação simbólica pode se prestar a confirmar valores sociais em conflito, identificando qual grupo e qual valor devem prevalecer no seio social. A norma criminalizadora editada neste contexto, embora pouco efetiva, representa vitória daquele grupo social que coaduna com seu conteúdo. São exemplos no campo penal a criminalização do aborto, do uso de drogas e de diversas formas de preconceito.

A legislação simbólica como fórmula de compromisso dilatatório é aquela editada já na perspectiva de sua ineficácia. Edita-se um diploma normativo de baixa instrumentalidade, com o objetivo de dar solução apenas aparente ao conflito social em questão, adiando soluções efetivas para um futuro indeterminado. No Direito Penal, esse conteúdo simbólico é observado principalmente em normas que pretendem a punição de condutas típicas das elites.

Por fim, diante da pressão em torno de conflitos e problemas sociais, mediante a legislação-álibi, o Estado busca demonstrar que está atento e ativo a essas questões, ainda que não tenha condições de concretizar as novas disposições normativas no plano fático.

Diante da pressão política e social proveniente da cultura punitiva, são editadas inúmeras leis penais que servem de álibi ao Estado, transferindo as demandas dos cidadãos ao Direito Penal,

em detrimento de políticas sociais efetivas. Nesse contexto insere-se a maioria das leis editadas no contexto de expansão do sistema penal, sejam as que buscam contar o avanço da criminalidade, sejam aquelas que criminalizam novos comportamentos valorados como nocivos.

Essas normas costumam ter pouca efetividade, não se prestando a proteger a sociedade dos novos riscos da modernidade. Mas por terem baixo custo de implementação e por receberem grande alarde midiático, constituem excelente álibi para o poder público.

Assim, a legislação simbólica e em especial a legislação-álibi vêm sendo utilizadas de forma abusiva pelo Estado, o que acarreta efeito contrário ao esperado: diante de tantas normas ineficazes, a sociedade acaba desacreditada na efetividade das leis e na capacidade de atuação do Estado.

De todo o exposto, conclui-se que a legislação simbólica, embora normativamente ineficaz, possui efeitos políticos importantes, uma vez que demonstra a atuação do Estado, ainda que apenas aparente, e assim ameniza ou posterga a solução de conflitos sociais.

Nas últimas décadas, a atuação do sistema penal vem sendo marcada por intensa hipertrofia legislativa e pelo abuso de leis simbólicas, resultando em um ordenamento jurídico, em matéria penal, excessivamente denso e incongruente, mas de baixa efetividade na solução dos conflitos que se propõe a resolver.

Enquanto isso o Estado permanece inerte na elaboração de políticas públicas que de fato efetivem direitos sociais de modo a reduzir a marginalidade e proteger os cidadãos dos novos riscos da modernidade, transferindo (somente) ao Direito Penal a solução de graves conflitos.

Ocorre que o Direito Penal não se presta a esta função. Os recentes estudos da Criminologia convergem no sentido de desconstruir a eficácia preventiva do sistema penal, demonstrando que no plano fático ele se presta a funções meramente retributivas e político-ideológicas, confirmando e estabilizando o sistema de valores já rechaçado pelo controle social informal e, em grande medida, servindo à manutenção do *status quo*.

Assim, a criação de mais leis penais e de leis penais cada vez mais rígidas tem servido à perpetuação de injustiças contra indivíduos e na redução de garantias constitucionais, sem que isso reflita em ganhos a toda sociedade.

Pelo contrário, a hipertrofia legislativa penal desperta nos cidadãos expectativas em torno do Direito Penal que não podem ser cumpridas, tornando-se novo ponto de conflito social, uma vez que intensifica o descrédito no poder público e na lei. Isso quando não possui efeitos contraproducentes e “criminógenos”, como demonstram os estudos acerca da estigmatização, da criminalização secundária e dos efeitos do cárcere.

O alto grau de ineficácia do sistema penal no cumprimento de suas funções declaradas não se relaciona com a falta de normas tipificadoras, mas com questões estruturais profundas, como a

manutenção das desigualdades na sociedade capitalista, a pouca efetivação dos direitos sociais e a quase total ausência de proteção dos direitos difusos.

De fato, o Direito Penal sempre possuiu e possuirá alto teor simbólico, prestando-se muito mais a consecução de objetivos político-ideológicos não declarados do que a prevenção de delitos. A dúvida (e a preocupação) que se coloca é até que ponto a função simbólica não vem atingindo níveis insustentáveis, em detrimento da efetividade da norma e dos direitos fundamentais individuais.

Por fim, importa reafirmar que o Direito Penal deve sempre balizar-se pela imputação de responsabilidade individual diante de um fato, por meio de procedimentos que garantam os direitos fundamentais, sob pena de afastar-se irremediavelmente do ideal maior de Justiça.

Title: Symbolic Legislation and Criminal Law Expansion: Symbolic Aspects of the New Criminal Laws

Abstract: Today's society is affected by a latent feeling of insecurity due to the increase of criminality due to newer demands to Law caused by modernity's new risks. At this context a punitive culture rises in society, that leads to the expansion of criminal law. Therefore, several new criminal laws are created, but usually with little effectiveness, so they do not achieve the declared purpose of protection. However, these new laws have significant political and ideological functions, confirming social values, delaying the resolution of conflicts or serving as a State alibi in face of social pressure.

Keywords: Criminology. Criminal policy. Punitive culture. Criminal law expansion. Symbolic legislation.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. *Capítulo Criminológico*, Venezuela, v. 37, n. 3, p. 31-52, 2009. Disponível em: <http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982009000300002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 22 nov. 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções críticas*. Organização e tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o 'direito penal do inimigo'*. Disponível em: <<http://www.cipedya.com/doc/157233>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

PIRES, Josiane Corrêa. *Expansão do direito penal e atuais políticas criminais brasileiras*. 2009. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)-Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiás. 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Mária. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIRES, Josiane Corrêa. Legislação simbólica e expansão do direito penal: do caráter simbólico das novas leis penais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 6, p. 329-358, 2012. Anual.

Submissão: 29/03/2012

Aceite: 22/06/2012

Quem Gosta de Apanhar? Uma Perspectiva Psicanalítica da Violência de Gênero

Adriana Chies

Analista de Saúde do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Psicanálise pela Universidad de Buenos Aires. Graduada em Psicologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Resumo: Desde a teoria do trauma freudiano, identifica-se que em muitas situações de violência pautadas pelas questões de gênero, a pessoa agredida sofreu um trauma psíquico. Diferenciando-se o *trauma psíquico* da *experiência traumática* em geral, propõe-se pensar a situação de violência de gênero sob a perspectiva do estabelecimento de uma neurose traumática. Observando-se naquelas situações o quadro típico de uma neurose traumática, entende-se sua importância no manutenção da relação com o agressor e do chamado “ciclo de violência”. Evidenciam-se, assim, os mecanismos psíquicos e as posições subjetivas que se estabelecem ou que predisõem nas relações de gênero à violência. Sem ignorar a complexidade da situação de violência, ou colocar em segundo plano outros fatores, socioeconômicos e culturais, busca-se trazer à luz as determinações subjetivas da manutenção da situação de violência. Desse modo, amplia-se nossa compreensão de fatores que dificultam sobremaneira a saída da situação de sofrimento, assim como pode-se esperar maior esclarecimento sobre as condições facilitadoras para a saída daquela condição. Finalmente, a identificação da ocorrência do trauma na situação de violência reafirma que a relação de violência contra a mulher supõe uma cultura de gênero específica e uma lógica de dominação, muitas vezes silenciosa que, assim como no íntimo dos relacionamentos violentos, está presente na linguagem cotidiana e nos diferentes espaços sociais.

Palavras-chave: Violência de gênero. Novo trauma. Neurose traumática. Compulsão à repetição. Violência psicológica. Ví-tima.

Sumário: Introdução. 1 Violência Como Trauma. 2 Caracterização da Neurose Traumática. 2.1 A Compulsão à Repetição. 2.2

Culpa. 3 A Neurose Traumática nas Situações de Violência de Gênero e suas Implicações. 3.1 A relação de Violência Modifica a Dinâmica e Economia Psíquicas. 3.2 Tendência à Repetição da Violência. 3.3 Resistência à Mudança Subjetiva. 3.4 A Culpa é Sinal de Violência. 3.5 Posição Subjetiva. 3.6 A Saída do Trauma Não é o Retorno à Condição Anterior. 4 Outras Considerações sobre os Aspectos Psicológicos da Relação com o Agressor e das Condições para a Solução da Situação de Violência. 5 Conclusão. Referências.

Introdução

Na prática do Direito é presente o questionamento sobre a racionalidade e intencionalidade do agir humano. Isto é observável, por exemplo, na relevância dada ao estado psíquico da pessoa que pratica um ato criminoso. É digno de consideração que uma pessoa tenha sido conduzida à ação por uma verdade só reconhecida por ela mesma. Neste caso, a ação justa e necessária, em sua perspectiva, é inaceitável e incondizente com a realidade reconhecida pelo grupo social. Em outro modo de manifestação da irracionalidade, uma pessoa comete um crime seguindo impulsos que não pôde conter e em desconformidade com seu querer racional.

O reconhecimento da força do irracional no agir humano é condizente com a perspectiva da existência do inconsciente. Na perspectiva freudiana, o sujeito não pode dominar nem mesmo conhecer a vida pulsional e os processos psíquicos, a não ser de modo incompleto. Por isso “o eu não é senhor em sua própria

casa”.¹ O saber sobre a existência do inconsciente é útil na compreensão do ato criminoso e também do agir da pessoa que ocupa a posição da vítima.

Não se trata de relativizar a culpa ou a responsabilidade por uma ação. Na perspectiva psicanalítica, situar o sujeito no centro da análise significa reconhecer a implicação do inconsciente no ato. Do sujeito da ação, que não é evidente, espera-se que não seja alienado do próprio ato que cometeu, ou que sofre. Possibilidade esta, única, de subjetivação da experiência.

Nesta abordagem sobre violência de gênero, consideramos, na dinâmica da relação agressor-agredido e nas posições subjetivas em jogo, o lugar da vítima de violência. Interessa-nos destacar mecanismos psíquicos inconscientes que podem estar implicados em suas tomadas de decisão, especialmente naquelas relevantes à atuação das instituições jurídicas.

Entendemos que as propostas de soluções para a violência de gênero, em diferentes áreas profissionais, muitas vezes são ineficazes, em função da resistência da própria vítima em dar os passos necessários à solução de sua situação de sofrimento.

Focalizando o lugar subjetivo da vítima na relação violenta, buscamos nos deter sobre determinações inconscientes do que pode-se considerar um modo típico de atuar, comum a uma grande maioria de casos. Tratamos, nesta abordagem, de mecanismos

1 Famosa frase de Freud (2001, v. 17), do texto em que enumera os três grandes golpes ao narcisismo humano, ao qual se somam, à descoberta do inconsciente, a revolução copernicana, que a terra não é o centro do universo, e a darwiniana, que o homem não é diferente dos animais ou superior a eles (FREUD, 2001, v. 17, p. 135, tradução nossa).

psíquicos básicos da psiquê. Esta regularidade pressupõe, em outro nível de análise, porém, a heterogeneidade das reações singulares de cada sujeito às vivências de violência.

Focalizando o lugar subjetivo da vítima na relação violenta, o objetivo deste artigo é mostrar o fundamento de muitas das dificuldades para a solução das situações de violência de gênero e indicar possibilidades de ação, no espaço jurídico, que as levem em conta.

1 Violência Como Trauma

Sabemos que na violência de gênero a pessoa agredida comumente padece de sentimentos como autodepreciação, culpa, vergonha, vários sintomas de angústia (estado de choque, pânico, medo e ansiedade generalizados, insônia, pesadelos), uso destrutivo de álcool e outras substâncias; que a pessoa agredida tende a não reconhecer o comportamento do agressor como violência; e que é muito difícil sair daquela relação – apesar do intenso sofrimento vivido – o que geralmente só se conseguirá com a ajuda de terceiros (DINIZ, 2003).

Essas características, que fazem parte da configuração da situação de violência de gênero (mas também podem ocorrer em outras situações de violência intrafamiliar), entendidas como sintomas de uma organização psíquica neurótica, sugerem que a pessoa agredida padece de uma neurose traumática. Isto vale para os sintomas de sofrimento psíquico, assim como para o chamado “ciclo de violência” (GUIMARÃES, 2007) e para a dificuldade de sair da relação.

Ainda que saibamos que podem haver outros fatores importantes na manutenção da situação de violência, como os socioeconômicos, a perspectiva da neurose traumática permite aprofundar o que se costuma chamar “dependência psicológica”.

A neurose traumática, cuja caracterização trataremos adiante, advém de um trauma psíquico ocorrido na vivência² de situações de violência extrema ou repetida. Por isso, iniciamos por delimitar o que é um trauma. É preciso entender como se constitui um trauma na idade adulta para compreender suas implicações, quais sejam, os mecanismos psíquicos dele derivados que criam o fenômeno da neurose traumática e como esta se apresenta sintomaticamente.

Para a psicanálise, um trauma em um adulto ocorre na experiência singular de cada sujeito diante das vicissitudes da vida, mas também é determinado pela intensidade de uma violência vivida. Considerando a dimensão da intensidade da violência, tanto a vivência de violência extrema, como a repetição de vivências traumáticas menos intensas, mas semelhantes, podem provocar um *novo trauma*³ (FREUD, 2001c, v. 23, p. 91, 97). Este, normalmente, conduzirá ao desenvolvimento de uma neurose traumática.

2 Sobre o uso dos termos “vivência” e “experiência” como tradução de *Erlebnis* e *Erfahrung* em Freud e relativo ao tema do trauma, consultar Cosentino 2005, p. 2003, p. 48-49 e Benyakar, 2003, p. 1996, p. 71.

3 Nomeamos este trauma como “novo” pois entendemos que um primeiro trauma deu origem ao sujeito constituído como tal, o qual é referido como *trauma constitutivo* ou *primordial*.

Inicialmente, é importante diferenciar *trauma psíquico* de *experiência traumática* para evitar generalizações que terminam por dificultar a caracterização do fenômeno específico que é o trauma. Nem toda experiência comumente chamada traumática causa o que entendemos como um novo trauma psíquico. As vivências que causam um novo trauma são as suficientemente fortes para provocar o que se pode chamar de uma “fissura” na estrutura psíquica, condição pela qual se inscreve uma nova marca no psiquismo (*Eindrücke*).⁴ Enquanto a experiência traumática faz emergir o traumático reprimido sem ter a força para criar uma nova impressão psíquica (CHIES, 2009, p. 160).

Deste modo, nem toda situação de violência, de gênero ou não, pode causar neurose traumática, embora não se deixe de considerá-las experiências traumáticas. Ainda que causem alguns sintomas semelhantes (menos intensos e duradouros), estas não têm o mesmo impacto subjetivo.

Um trauma, nos termos de Freud (2003, p. 58), ocorre quando há a invasão do aparelho psíquico por excesso de energia. Para causar tal efeito, a experiência tem de ter sido forte o suficiente ou ter acontecido repetidas vezes. Esse excesso de excitação causa o rompimento da barreira de proteção do aparelho psíquico. Há o encontro com a falha ou vulnerabilidade inerente ao psiquismo humano, sobre a qual se organizam as defesas psíquicas.

4 Termo utilizado por Freud para este tipo de marca ou impressão no psiquismo. (COSENTINO, 2003, p. 48-49).

A vivência que pode determinar um novo trauma é uma vivência impossível de representar psiquicamente, assim como a morte não tem representação psíquica. Nas vivências de violência extrema – incluindo as que são causadas de modo acidental – o sujeito vive um afeto que não tem representação (BENYAKAR, 2003, p. 72).

Um trauma, diferente da vivência do perigo relativa ao medo, é uma vivência de terror. O despertar do reprimido primordial (recalcado), leva ao reencontro com o desamparo original, desde o qual se constituiu o sujeito e está organizado o aparelho psíquico. O trauma original do desamparo existe como base da estruturação psíquica. Por isso chamamos “novo trauma” ao encontro com este furo do psiquismo.⁵

A experiência de violência ativa a angústia original que, a seu tempo, desencadeou formações psíquicas. Naquele momento fundante da constituição do sujeito, chamado por Freud *masoquismo primordial*, é pela identificação com um traço – com uma identificação – que o sujeito sai da situação de angústia. A marca identificatória é, então, uma impressão psíquica que ordena a satisfação pulsional livre e destrutiva. Dito de outro modo e na conceituação lacaniana, o bebê recebe do Outro um lugar possível como sujeito, o qual terá o valor de uma proteção contra o *gozo* do Outro, enquanto o posiciona simbolicamente no discurso.

5 Para Freud, novos traumas podem ocorrer em uma fase de desenvolvimento individual e também originar-se de influxos acidentais quando advêm reforços pulsionais. Já que não é possível tramitar a exigência pulsional de maneira definitiva e o domínio que se havia obtido sobre as pulsões fracassa com o reforço pulsional (Cf. FREUD, 2001a, v. 23, p. 229).

O reviver da angústia traumática implica a constituição de uma marca no psiquismo. Há a impressão de restos perceptivos da experiência, fragmentos de memória da vivência que não encontram representação, que formam traços identificatórios (COSENTINO, 2005, p 110-111).

Assim, a marca de um trauma determina nova configuração psíquica que se estabelece, mais comumente, em uma neurose traumática. A nova vivência da angústia no trauma tem, portanto, efeitos indeléveis no psiquismo.

Um único episódio de violência extrema pode ser o bastante para determinar um novo trauma e seus efeitos irremediáveis. Na violência de gênero, ainda que isto aconteça, pode ser comum constituir-se um trauma pela repetitividade dos episódios de violência. A repetição pode ter caráter determinante, pois um segundo encontro com o traumático pode produzir a intensidade de angústia que um único encontro não havia propiciado.⁶ Também a repetição da violência psicológica pode constituir-se violência extrema e determinar uma nova marca psíquica.

Portanto, comparando-se com outras situações de violência, na violência de gênero, o caráter da relação com o agressor e a recorrência das agressões são condições mais favoráveis ao trauma psíquico.

6 Trata-se do efeito a posteriori do segundo tempo do trauma.

2 Caracterização da Neurose Traumática

Interessa, agora, conhecer o que ocorre no trauma em termos dos mecanismos psíquicos que conformam a neurose traumática. Tal aprofundamento é necessário para que se possa entender a força da determinação inconsciente nas situações de violência que abordamos.

Um trauma ocorre porque falham os mecanismos de defesa psíquica e as possibilidades de elaboração de uma experiência. Pode-se dizer que não é possível enquadrá-la. Por conta desta falha, o aparelho psíquico é invadido, nos termos de Freud, por um excesso de excitação. Este excesso modifica o funcionamento habitual do aparelho psíquico. Entram em ação outros mecanismos – diferentes dos habituais – para lidar com o desequilíbrio da economia psíquica, que inclui a tarefa de livrar o aparelho do excesso de excitação (FREUD, 2003, p. 29).

2.1 A Compulsão à Repetição

O mais importante desses mecanismos é a compulsão à repetição. Trata-se da tendência à repetição compulsiva da situação que gerou o trauma.

Segundo Freud (2003, p. 66), a compulsão à repetição é um mecanismo psíquico que busca ligar a representações a excitação livre que invadiu o aparelho psíquico.

Nesta perspectiva, pode-se dizer que estes mecanismos inconscientes não conseguem cumprir completamente sua tarefa de ligar a excitação e mantêm-se ativos. A ligação esperada

nunca termina (FREUD, 2003, p. 66). O vivenciar traumático não encontra completamente lugar no mundo da representação e mantém-se a angústia traumática que provoca a repetição do mesmo.

As repetições podem ocorrer como lembranças involuntárias, como alucinações da situação vivida, no sonho – que despertará o dormite por ser um sonho de angústia – e na própria realidade, na busca inconsciente de encontrar-se em situação semelhante à que causou o trauma.

Por outra perspectiva sobre a função da repetição, além da tentativa de ligação, ou seja, da busca de representação para a vivência traumática, entende-se que na repetição há satisfação pulsional. O retorno da angústia sem representação do trauma busca sua realização. O trauma criou um caminho de satisfação da pulsão. Há, então, na repetição, o propósito de obter uma satisfação que ocorre mesmo às expensas do *eu*, e mesmo que com desprazer para o *eu* (Cf. FREUD, 2001, v. 20, p. 157). Freud denominou *pulsão de morte* a este modo destrutivo de satisfação pulsional. Quando este encontra lugar, tende a fixar-se e resiste às tentativas de transformação. A tendência é manter a repetição como modo de descarga pulsional.

Prova desta tendência à repetição no psiquismo é também a chamada *reação terapêutica negativa*, tomada, por Freud, como exemplo da pulsão de morte. Na reação terapêutica negativa, ocorre que, após um avanço na análise pessoal a respeito de um sintoma que causa sofrimento, o paciente volta a apresentá-lo. Há

o retorno do sintoma que havia sido superado. Segundo Freud, esta é a mais difícil das resistências a serem vencidas em um tratamento analítico.

A repetição do traumático vivido pode ocorrer nos sonhos, em vigília ou de forma alucinatória. A pessoa sonhará com a situação vivida em sonhos de angústia (pesadelos) ou terá sua consciência invadida pela lembrança do evento traumático. O retorno da angústia leva também à busca inconsciente da repetição do traumático vivido na realidade factual.

O retorno compulsivo da angústia despertada é a principal consequência do novo trauma e a mais resistente à transformação. Levará também à formação de outros diversos sintomas menos evidentemente relacionados, como a busca de alívio em substâncias psicoativas.

A repetição denota que algo mudou no funcionamento psíquico e que o sujeito fica de algum modo preso à experiência vivida. O trauma, como vimos anteriormente, criou uma nova marca no psiquismo. As marcas das vivências traumáticas, assim como as cicatrizes das repressões primordiais, são fixações a modos de gozo que comandam a repetição.

Há uma clivagem ou divisão no psiquismo. Assim, coexistem dois modos de funcionamento psíquico: o anterior ao trauma e a neurose traumática mais recente (FREUD, 2001b, v. 23, p. 205).

2.2 Culpa

A satisfação pulsional em detrimento do *eu* que leva à repetição também revela-se no sentimento de culpa presente nas pessoas que viveram um trauma. Esta paradoxal presença do sentimento de culpa revela as condições do sujeito neurótico de vivenciar uma experiência limite.

O sentimento (inconsciente) de culpa é estrutural no sujeito neurótico, é inerente a sua própria estrutura. Advém da falta no Outro, referência simbólica para o sujeito. A ausência de representação psíquica possível para a vivência que causa o trauma mostra a falha do Outro (da linguagem) em abarcar o Real. A angústia traumática advém, pois, do reconhecimento da ausência de garantias no Outro.

O que se evidencia no trauma é, porém, sentido como falta do *eu*. Para proteger-se da angústia do saber incompleto do Outro, o sujeito reconhece a falta como sua. Nessa situação em que o Outro falha, em que o sujeito se vê desprotegido, desamparado, a culpa inconsciente toma melhor o seu lugar (GEREZ-AMBERTÍN, 2009, p.127-30).

O sentimento inconsciente de culpa leva à necessidade de castigo, ao submetimento sacrificial e à manutenção da situação de sofrimento. O que se pode bem observar na *reação terapêutica negativa*, citada anteriormente, enquanto também é uma via de satisfação da pulsão de morte.

Também se faz presente com o trauma o sentimento da vergonha. Relaciona-se com ter-se exposta a vulnerabilidade

da estrutura dividida do sujeito (BRIOLE, 1997). A pulsão se apresenta como olhar que vê, e a vergonha é de ser visto em sua divisão.⁷

A culpa e a vergonha cumprem papel inequívoco na manutenção das situações de violência, junto a outros efeitos do trauma, como especificamos a seguir.

3 A Neurose Traumática nas Situações de Violência de Gênero e suas Implicações

Na análise dos sintomas da neurose traumática, situamos as características da neurose junto a suas implicações na violência de gênero, focalizando o que diz respeito à manutenção e à saída da relação violenta.

3.1 A Relação de Violência Modifica a Dinâmica e Economia Psíquicas

A vivência de violência constitui um núcleo traumático que passa a ser um marco ordenador da economia e dinâmica psíquicas. Na vida da mulher que sofre violência, nos termos antes considerados, a agressão passa a ser um núcleo do funcionamento subjetivo, que termina por ordenar a vida, como o trabalho, as relações afetivas e familiares.

3.2 Tendência à Repetição da Violência

A compulsão à repetição é o retorno compulsivo da angústia vivida no trauma. Pode ocorrer nos sonhos de angústia, de modo

7 A pulsão, segundo Jacques Lacan, tem uma dimensão escópica, no objeto olhar: o “ver ser visto” da constituição do sujeito.

alucinatório, como invasão da consciência pela lembrança do evento traumático e também como busca inconsciente da repetição da vivência na realidade factual. Neste último caso, impele o sujeito que sofreu o trauma à busca inconsciente de repetição da vivência traumática.

Assim, a consciência é invadida pela angústia: no despertar dos pesadelos, pelas lembranças e percepções de agressões que sobrevêm automaticamente, impossíveis de evitar, em novas vivências de agressão para as quais a pessoa pode ter o impulso de se envolver, como, por exemplo, colocando-se em situações de risco ou, simplesmente, não podendo evitar se envolver nas situações em que vão ocorrer as agressões.

3.3 Resistência à Mudança Subjetiva

Há uma estabilização da economia psíquica com o modo de satisfação pulsional da nova neurose. As situações de violência são inconscientemente esperadas e supostas na realização da repetição compulsiva decorrente do trauma. A situação de violência passa a ser vivida como normal, pois se concilia com a nova neurose.

O abandono de qualquer modo de satisfação pulsional – ainda que seja acompanhado de desprazer para o *eu* – enfrenta resistência inconsciente. Intenso esforço e certo tipo de sofrimento são necessários para que se abandone um modo de satisfação pulsional. Assim, a mulher que sofreu violência sistematicamente – física e psicológica – tem muita dificuldade de sair daquela

situação, na qual está subjetivamente instalada, e pela qual se constituiu a organização da dinâmica e da economia psíquicas.

3.4 A Culpa é Sinal de Violência

O sentimento de culpa exacerbado pelo novo trauma traz consigo a necessidade de castigo que leva ao submetimento sacrificial e, com isto, à manutenção da situação de sofrimento.

Por isso, a mulher, após o trauma, aceita a violência que aplacará, temporariamente, seu sentimento de culpa. O novo padecimento, como um castigo, alivia a culpa sentida. Pelo mesmo motivo, a mulher encontra justificativas para a agressão. Evidencia-se, assim, o ciclo vicioso da violência.

Pelas consequências que tem sobre a psiquê, a neurose traumática estabelecida implica a dificuldade do agredido em reconhecer, como tal, a situação de violência que vive. As mulheres podem tornar-se incapazes de criticar os atos do parceiro, ao mesmo tempo que negam a existência de violência.

O sentimento de culpa deve ser entendido como sinal do sofrimento causado pela violência, do desvalimento do *eu*, e como indicador de limitação da capacidade de reconhecimento consciente da violência. Deve-se identificar, nos sentimentos de culpa e de vergonha da mulher agredida, sua precária autoestima e os signos de padecimento de violência.

3.5 Posição Subjetiva

A vivência de um trauma pode levar à destituição do lugar de sujeito do desejo e ao posicionamento do *eu* no lugar do *objeto*.

O *objeto*, como parte da estrutura psíquica, na constituição do sujeito é o que sobra como não simbolizável. É o que, para o sujeito constituído como desejante, estará sempre alhures. O *objeto*, como o resto da simbolização na estruturação psíquica, pode ser, porém, lugar de identificação do eu (imaginário). Quando adquire seu valor de resto ou de dejetos.

Explicamos:

O trauma é o encontro com o não simbolizável, momento de desvalimento do eu pela ameaça de destruição. Há o encontro com a posição subjetiva anterior, na organização psíquica, à divisão que constitui o sujeito do desejo, qual seja, a de ser objeto de gozo do Outro. A vivência do trauma leva à identificação com o lugar do *objeto*. A permanência dessa identificação dependerá das condições e possibilidades de cada um para superá-la.

Corresponde a essa posição subjetiva o lugar de vítima. É muito comum a fixação nessa posição passiva frente à realidade. Como tratado anteriormente, todo modo de funcionamento psíquico traz consigo um modo de satisfação pulsional difícil de abandonar.

Assim como o próprio trauma, esta posição subjetiva pode se estabelecer sem ser à causa de violência física. A violência psicológica também pode causar o trauma psíquico. Esta é estabelecida na relação de domínio, que situa o agredido como não-sujeito, a qual, pela constância, acaba por alcançar a intensidade do trauma.

A força impressionante dessa dinâmica psicológica pode estar na luta pela sobrevivência psíquica daquele que agride, quando este depende do poder e do domínio para não cair ele mesmo no lugar de objeto. O agredido fixa-se, então, na posição subjetiva que lhe coube ocupar na relação.

A condição subjetiva encontrada nessa relação de agressão tenderá a manter-se ainda em outros relacionamentos. Pela compulsão à repetição, inconscientemente, determinará a escolha do novo parceiro.

3.6 A Saída do Trauma Não é o Retorno à Condição Anterior

Se o trauma cria uma nova marca no psiquismo e correspondente mudança subjetiva, a ultrapassagem da situação de sofrimento não é um retorno à condição anterior ao trauma. A saída do estado psíquico instalado pelo trauma exige mudança subjetiva (ALLOUCH, 2004).

A saída da situação de violência, quando corresponde a uma mudança subjetiva, que inclui deixar a posição de vítima, implica esforço psíquico e certo tipo de sofrimento. O esforço para a saída da neurose traumática inclui aceitar e suportar perdas, pois é o abandono de objetos de identificação e de modos de satisfação pulsional.

Quando é possível à mulher reconhecer as agressões físicas e psicológicas, o enredamento e a dependência emocional, ela estará no caminho do luto necessário à saída da sua condição. A partir desse luto, pode construir nova identidade e novo lugar na vida familiar e comunitária.

Normalmente, é imprescindível a participação de um outro neste processo. É necessário um terceiro que crie as condições para tal: apoio emocional, social e segurança. Considerada a fragilidade da pessoa que sofre violência, o suporte deve vir de um outro, para que seja posteriormente incorporado ao *eu*, assim que chegue o momento em seu processo de subjetivo.

4 Outras Considerações sobre os Aspectos Psicológicos da Relação com o Agressor e das Condições para a Solução da Situação de Violência

É importante observar que a violência psicológica, uma vez que estabelece as posições subjetivas complementares de dominador e dominado, de agressor e de agredido, cria as condições psicológicas para que a violência física seja aceita, por ambos. Nessas circunstâncias, a passagem para a violência física é um complemento à violência psicológica.

Assim, a posição subjetiva que as humilhações da violência psicológica constroem faz que a mulher já não reaja quando chega a agressão física. Esta que, por sua vez, responde à necessidade de castigo, derivada da culpa que o trauma criou.

A violência psicológica tem, portanto, enorme importância nas situações de violência de gênero, por conduzir o agredido à identificação subjetiva com o *objeto*. Pode-se, então, reconhecer claramente a importância da cultura de desigualdade de gênero como cultura de violência contra a mulher. Pois na cultura de gênero, como está posta até os dias atuais, essa identificação é o lugar destinado à mulher. Entende-se, assim, que os valores

culturais de desigualdade entre os gêneros são responsáveis pela generalidade com que encontramos a violência contra a mulher.

A distinção de gênero em nossa cultura tem o efeito de violência simbólica⁸, servindo à dominação de um gênero pelo outro. Nesse contexto, estão dadas as condições psíquicas para a violência, incluindo o modelo subjetivo suposto para a mulher.⁹ A determinação dos lugares de homem e de mulher, encarnados como são na linguagem, perpassa a realidade como um todo e pode implicar, para os homens, assim como para as mulheres, para participantes diretos ou indiretos da situação de violência, um anteparo para a percepção do fenômeno.

As políticas públicas devem estar atentas a esse ponto. Sabe-se que não bastam mudanças nas leis, embora estas sejam relevantes, mas que a questão está na mudança da cultura de gênero e da cultura da violência.

Na reflexão sobre a saída do trauma e da situação de violência, deve-se levar em conta, ainda, o problema da vitimização, muitas vezes reforçada pelos discursos sociais. A posição subjetiva de vítima, posição passiva em relação à realidade, pode ser um empecilho ao trabalho subjetivo necessário para a saída da situação de violência (BENYAKAR, 1996, p. 96). Enquanto que

8 O conceito de violência simbólica foi desenvolvido por Pierre Bourdieu. Sobre a violência simbólica referida à distinção de gênero, nos referimos ao livro *A Dominação Masculina* (BOURDIEU, 2010), publicado pela primeira vez em 1998.

9 Bourdieu (2010) considera, citando Virgínia Woolf, a “operação mística” da divisão social entre os sexos, que constitui a dimensão simbólica da dominação masculina (p. 8-9).

o reconhecimento do sofrimento vivido não implica instalar-se nesta posição defensiva.

Como tratado aqui anteriormente, a saída da neurose traumática e da posição de vítima exige que se realize uma operação psíquica de reconstituição do sujeito do desejo. Tal implica a aceitação de perdas e a realização de um processo de luto. Caso isso não ocorra, ainda que seja terminado um relacionamento violento, é provável a passagem de uma relação de violência para outra. Mostra-se muito importante, nesse sentido, o trabalho psicoterápico.

A efetivação desse esforço, porém, também depende de outras garantias, pois os diversos motivos de resistência à mudança são fortes o suficiente para inibir um posicionamento objetivo e uma tomada de decisão.

Assim, entendemos que o Estado, incluindo seu sistema jurídico, tem o papel de prover essas garantias, como a integridade física, entre outras. O reconhecimento “oficial” da situação, somado ao apoio da comunidade e dos próximos, oferecerão a possibilidade real de reorganização da vida emocional e social.

Se há um preço a pagar pela saída da situação de violência, é preciso que se tenha oferecido algo em troca no momento em que for possível ressignificar o trauma vivido. O contexto social deve permitir, reconhecer e dar sentido ao processo subjetivo inerente à saída da situação de violência.

Finalmente, consideradas todas as características expostas da neurose traumática, que prendem quem sofreu um trauma à

situação de violência, é preciso questionar qual é a liberdade dada à mulher, e quanto de liberdade lhe é possível exercer, quando lhe é oferecida a opção de denunciar ou não a violência vivida.

5 Conclusão

A perspectiva da neurose traumática nas situações de violência de gênero traz esclarecimentos sobre a configuração psicológica subjetiva do agredido e de seu vínculo com o agressor, mostrando os mecanismos psíquicos por quais apresentam-se os sintomas.

As relações com o agressor, assim como com a própria violência, devem ser compreendidas à luz da compulsão à repetição e da culpa (consciente e inconsciente), especialmente. Os mecanismos psíquicos envolvidos na neurose traumática são cruciais na manutenção das relações violentas.

Essa perspectiva pode permitir aos que lidam com a violência de gênero, incluídas as instituições jurídicas, criar ações mais eficazes para lidar com a situação de violência e com a dificuldade de seu abandono.

A identificação da neurose traumática e de seus sintomas na situação de violência de gênero evidencia a necessidade da intervenção de um terceiro, que, entre outras funções, tem a de fazer ser reconhecida a situação existente, pelos que a protagonizam.

É clara a importância de trabalho psicoterapêutico para a condução da operação subjetiva necessária à saída da situação de violência. Igualmente são imprescindíveis o apoio comunitário, a segurança, condições socioeconômicas e a presença de

representantes institucionais que indiquem, em suas tomadas de posição, o mesmo caminho.

Title: Who Likes Being Spanking? A Psychoanalytical Outlook on Gender Violence

Abstract: From the perspective of Freud's theory of trauma, a number of people who are subject to violence stemming from gender differences may be considered to have undergone a psychic trauma. Gender violence situations can be viewed as triggering a traumatic neurosis, provided that a distinction is made between psychic trauma and traumatic experience. By identifying the typical features of a traumatic neurosis in such situations, the continuation of the relationship with the aggressor and the so-called "violence cycle" can be understood. Thus, psychic mechanisms and subjective positions that are created by or predispose to violence in gender relations can be highlighted. Without ignoring the complexities of the violence situation or bracketing cultural and socio-economic issues, subjective determinations of the continuation of the violence situation are brought to light. Thereby a larger understanding obtains of the factors that make the abandonment of a distracting situation exceedingly difficult. Conversely, we can hope for a larger understanding of the conditions that make the abandonment of such situations more likely to happen. Finally, identifying the occurrence of a trauma in the violence situation reasserts that violence against women supposes a specific gender culture and a logic of domination which is frequently muted and is as present in the intimacy of violent relationships as in everyday language and social spaces.

Keywords: Gender violence. New trauma. Traumatic neurosis. Repetition compulsion. Psychic violence. Victim.

Referências

ALLOUCH, Jean. *Erótica do luto no tempo da morte seca*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004.

ASSOUN, Paul-Laurent; ZAFIROPOULOS, Marcos (Dir.). *Lógicas del síntoma: lógica pluridisciplinária*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2006.

BENYAKAR, Mordechai. *Lo disruptivo: amenazas individuales y colectivas: el psiquismo ante guerras, terrorismos y catástrofes sociales*. Buenos Aires: Biblos, 2003.

BENYAKAR, Mordechai. Trauma: la construcción mítica en el campo psicoanalítico. In: _____. *Mitos y sus ámbitos de expresión e interpretación psicoanalítica e interdisciplinária*. Buenos Aires: Asociación Psicoanalítica Argentina, 1996. p. 66-77.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRIOLE, Guy. Honte et traumatisme. *Quarto*, Bruxelas, n. 63, p. 19-22, 1997.

CHIES, Adriana. *El nuevo trauma como causa*. 2009. 177 f. Tesis (Maestría en Psicoanálisis) - Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.

COSENTINO, Juan Carlos. *El giro de 1920*. Buenos Aires: Imago Mundi, 2003.

_____. El inconsciente: la temporalidad del trauma. In: _____ . *El problema económico: y-ello-súper-yo-síntoma*. Buenos Aires: Imago Mundi, 2005.

DINIZ, Gláucia R. S., ANGELIM, Fábio Pereira. Violência doméstica: por que é tão difícil lidar com ela? *Revista de Psicologia da UNESP*, São Paulo, v. 2, n. 1, 2003.

FREUD, Sigmund. Análisis terminable e interminable. In: _____ . *Obras completas*. Tradução de José Luis Etcheverry. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001. v. 23.

_____. El problema económico del masoquismo. In: _____ . *Obras completas*. Tradução de José Luis Etcheverry. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001. v. 19.

_____. Esquema del psicoanálisis. In: _____ . *Obras completas*. Tradução de José Luis Etcheverry. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001. v. 23.

_____. Inhibición, síntoma y angustia. In: _____ . *Obras completas*. Tradução de José Luis Etcheverry. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001. v. 20.

_____. Más allá del principio del placer. In: COSENTINO, J. C. et al. *El giro de 1920*. Buenos Aires: Imago Mundi, 2003.

_____. Moisés y la religión monoteísta. In: _____ . *Obras completas*. Tradução de José Luis Etcheverry. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001. v. 23.

_____. Una dificultad del psicoanálisis. In: _____. *Obras completas*. Tradução de José Luis Etcheverry. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001. v. 17. Edição brasileira: Uma dificuldade no caminho da psicanálise, em *Obras psicológicas Completas*, Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 17.

GEREZ-AMBERTÍN, Marta. *Entre dívidas e culpas: sacrifícios: crítica da razão sacrificial*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009.

GUIMARÃES, Fabrício et al. Resenha: “mas ele diz que me ama...”: cegueira relacional e violência conjugal. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 23 n. 4, p. 481-482, out/dez. 2007.

LACAN, Jacques. *O seminário, livro II: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

_____. *Intervención luego de la ponencia de André Albert acerca del placer y de la regla fundamental*, Junho de 1975. Não publicado.

REIS, Izis Morais L. *Entre a universalidade e a particularidade: desafios para a consolidação do direito à saúde de transexuais*. 2008. 153 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, 2008.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CHIES, Adriana. Quem gosta de apanhar? Uma perspectiva psicanalítica da violência de gênero. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 6, p. 359-384, 2012. Anual.

Submissão: 30/03/2012

Aceite: 22/06/2012

Normas Editoriais para os Autores

A Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios destina-se à publicação de artigos jurídicos ou matérias correlatas, com a finalidade de incrementar os estudos de temas relevantes para a área de atuação do Ministério Público. Os artigos publicados serão prioritariamente de autoria de membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, mas serão admitidos também trabalhos dos servidores desta instituição e de outros colaboradores externos desde que o Conselho Editorial entenda ser o tema abordado pertinente.

Os trabalhos originais inéditos para publicação na *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ISSN 1518-0891, periodicidade anual, deverão ser encaminhados para o seguinte endereço eletrônico: conedit@mpdft.gov.br. Após o recebimento, o Conselho Editorial enviará o aviso de recebido ao autor.

Os textos encaminhados para publicação não podem ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.

O Conselho Editorial ficará à disposição dos autores para dirimir possíveis dúvidas sobre o andamento do processo de análise/avaliação dos textos enviados, por meio do endereço eletrônico: conedit@mpdft.gov.br.

Os artigos serão submetidos à apreciação do Conselho Editorial da Revista pelo sistema *blind peer review*/revisão cega por pares. O referido sistema de avaliação garante o anonimato

dos autores, pareceristas e demais responsáveis pelo processo de avaliação.

O Conselho Editorial poderá aceitar ou vetar qualquer original recebido que não estiver de acordo com as normas editoriais da Revista. Assim como propor e/ou efetuar eventuais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical para adequação dos textos, respeitando, porém, o estilo dos autores. O material recebido e não publicado, bem como as provas finais, não serão devolvidos aos autores.

Os autores dos artigos aprovados deverão encaminhar ao Conselho Editorial o formulário de *Cessão de Direitos Autorais e Autorização para Publicação na Revista*, impressa e eletrônica, devidamente preenchido e assinado. A Cessão será válida por todo o prazo de direitos patrimoniais de autor, previsto na Lei Autoral Brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. Não serão devidos direitos autorais ou prestada qualquer remuneração pela licença de publicação dos trabalhos na Revista. O autor cujo trabalho tenha sido publicado receberá 1 (um) exemplar da Revista.

Os artigos publicados na *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* poderão ser republicados, total ou parcialmente, por outra publicação periódica, 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.

Recomenda-se a utilização de processador de texto *Microsoft Word*. Caso seja utilizado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (que permite leitura em todos os processadores de texto).

O tamanho do papel deve ser A4, com margens de 3 cm do lado esquerdo e superior, e 2 cm do lado direito e inferior. Os artigos devem ter entre 15 e 30 laudas.

Caso a publicação tenha imagens, enviar em arquivo separado, no tamanho natural que será utilizado, em alta resolução (300 dpi), nos formatos JPG, TIF ou photoshop (.psd) ou em formato vetorial coreldraw (cdr), adobe illustrator (ai ou .eps).

Os textos deverão ser redigidos em fonte *Times New Roman*, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo especial de 1 (um) cm na primeira linha; sem espaçamentos antes ou depois. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso do *itálico*, sem utilização do negrito ou sublinhado. As expressões em língua estrangeira deverão ser destacadas com o uso do *itálico*.

Para fins de avaliação por meio do método *blind peer review*/revisão cega por pares, os trabalhos originais não poderão conter identificação do autor. Dessa forma, deverão ser precedidos por uma página, contendo: nome(s) do(s) autor(es); endereço; telefone; fax e e-mail; qualificação acadêmica; filiação institucional; principal atividade exercida.

Os artigos devem ser apresentados de forma completa, contendo: 1. *Elementos pré-textuais*: a) título e subtítulo (se

houver) em português; b) sumário; c) resumo informativo em português (de 100 a 250 palavras); d) relação de palavras-chave em português - no máximo 7 (sete). 2. *Elementos textuais*: a) introdução; b) desenvolvimento; c) conclusão. 3. *Elementos pós-textuais*: a) título e subtítulo (se houver) em inglês; b) resumo informativo em inglês; c) relação de palavras-chave em inglês; d) referências; e) anexos (se houver).

O sumário que precede o texto do artigo deverá ser numerado com as divisões do texto, em algarismos arábicos (NBR 6024/2003), separando uma divisão da outra por ponto e espaço. A introdução e a bibliografia não deverão ser numeradas. As divisões do sumário deverão ser apresentadas com até três níveis.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), apresentadas ao final do texto, organizadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto são de responsabilidade do autor.

As citações deverão seguir as normas a NBR 10520/2002. Citações diretas com mais de três linhas devem constituir um parágrafo com alinhamento justificado, espaçamento entre linhas simples, fonte tamanho 10, recuo de 4 cm da margem esquerda e sem aspas. As citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas e sem o uso de itálico.

Recomenda-se o uso de notas de rodapé apenas do tipo “notas explicativas”, usadas para comentários, esclarecimentos ou explanações que não possam ser incluídos no texto ou em casos em que sua inserção no texto cause uma interrupção muito grande na leitura. Não devem ser inseridas referências bibliográficas em notas de rodapé. As citações, notas de rodapé e as referências devem seguir as orientações das normas da ABNT NBR 10520 e 6023, respectivamente.

Os textos devem ser desenvolvidos em linguagem adequada a uma publicação técnico-científica e a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do *Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa*, a partir de 1º de janeiro de 2009. As citações de obras publicadas antes do Acordo devem respeitar a ortografia original.

As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Impressão: Portal Print Gráfica e Editora
Rua Deputado Florêncio Bernardes, nº 29 lojas 1 e 2
Centro - Formosa - GO
CEP 73.801-390

Novembro de 2012

