

dos demais Tribunais e mesmo o heroísmo de juízes capazes de adotar novas posturas resultantes das promessas constitucionais. Mas a legitimidade do STF para as *grandes decisões* é a vontade primeira do constituinte. Um promissor início da assunção desse dever revisitado à luz da *nova hermenêutica* seria implementar o comando do art. 93, *caput*, da Constituição da República para

editar o novo e esperado Estatuto da Magistratura.

Afinal, uma nova Constituição impõe uma nova hermenêutica, na lição inolvidável de Hans Gadamer. Hermenêutica nova, consistente numa nova compreensão da normatividade fundante, à luz do supra-princípio da *dignidade da pessoa humana*. Razão e fonte de todas as normas.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

HUGO NIGRO MAZZILLI

Procurador de Justiça aposentado. Ex-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Advogado. Consultor jurídico.

Sumário: 1. Posicionamento constitucional – 2. O papel do Ministério Público – 3. Balanço pós-88 – 4. Os problemas atuais do Ministério Público: 4.1 A investidura do chefe do Ministério Público; 4.2 A atuação dos membros da instituição; 4.3 A atividade investigativa; 4.4 A organização das Promotorias e Procuradorias; 4.5 Uma atuação crítica; 4.6 A iniciativa legislativa; 4.7 O princípio da obrigatoriedade; 4.8 A divulgação social da instituição – 5. A Reforma Constitucional de 2004 – 6. Conclusão – Bibliografia.

1. Posicionamento constitucional

O art. 127, *caput*, da CF/88 considerou o Ministério Público como 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. Por sua vez, os arts. 127-129 definiram seus princípios institucionais, suas autonomias, suas garantias, suas vedações, bem como suas funções e instrumentos de atuação funcional.

Analisando sua evolução sistêmica, de seus primórdios até os dias atuais, vemos que, entre as instituições ligadas à administração da Justiça, o Ministério Público é aquela que mais intensamente se tem alterado e amoldado às novas realidades sociais do País.

Após longa evolução institucional, a Constituição de 1988 conferiu posição impar ao Ministério Público brasileiro. Como órgão de Estado (e não mais do governo, ou do Poder Executivo), foi erigido à condição de *instituição*, o que significa, na clássica concepção de Maurice Hauriou, ter um projeto a realizar, uma organização apta para isso e uma comunhão de propósitos entre seus integrantes e o meio social.

A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir elevado *status* constitucional ao Ministério Público brasileiro, quase erigindo a um *quarto Poder*:¹ desvinculou-o dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário;² fê-lo instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e a do próprio regime democrático;³ cometeu à instituição o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;⁴ erigiu à condição de crime de responsabilidade do presidente da República seus atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, colocando-o assim lado a lado com os Poderes de Estado;⁵ impediu a delegação legislativa e o uso de medida provisória em matéria relativa à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público,

1. V. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103.

2. Tit. IV, Cap. IV, Seção I.

3. Art. 127, *caput*.

4. Art. 129, II.

5. Art. 85, II.

à carreira e à garantia de seus membros;⁶ conferiu a seus agentes total desvinculação do funcionalismo comum, não só nas garantias para escolha, investidura e destituição de seu chefe, como para a independência funcional;⁷ concedeu à instituição autonomia funcional e administrativa, com possibilidade de prover diretamente seus cargos;⁸ conferiu-lhe iniciativa do processo legislativo para criação de cargos e também para organização da própria instituição, bem como iniciativa da proposta orçamentária;⁹ em matéria atinente ao recebimento dos recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias, assegurou ao Ministério Público igual forma de tratamento que a conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário;¹⁰ assegurou a seus membros as mesmas garantias dos magistrados,¹¹ impondo-lhes iguais requisitos de ingresso na carreira¹² e idêntica forma de promoção e de aposentadoria,¹³ bem como as mesmas vedações;¹⁴ conferiu-lhe privatividade na promoção da ação penal pública, ou seja, atribuiu-lhe parcela direta da soberania do Estado;¹⁵ assegurou ao procurador-geral da República, para par com os chefes de Poder, julgamento nos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal.¹⁶

2. O papel do Ministério Público

Com seu atual perfil constitucional, o Ministério Público passou a deter destaca-

6. Arts. 68, § 1.º, I; 62, § 1.º, I, c, com a redação da EC 32/2001.

7. Arts. 127, § 1.º, e 128 e parágrafos.

8. Art. 127, §§ 1.º e 2.º.

9. Arts. 61, 127, §§ 2.º e 3.º, e 128, § 5.º.

10. Art. 168, com a redação da EC 45/2004.

11. Art. 128, § 5.º, I.

12. Arts. 93, I, e 129, § 3.º.

13. Arts. 93, II e VI, e 129, § 4.º.

14. Arts. 95, parágrafo único, e 128, § 5.º, II.

15. Art. 129, I.

16. Art. 52, I e II.

do papel para provocar a atuação do Poder Judiciário, o que tanto é mais importante quando se sabe que isso concorre fortemente para preservar a inércia e, consequentemente, a própria imparcialidade da prestação jurisdicional: (a) na esfera penal, o Ministério Público passou a deter a titularidade exclusiva para promover a ação penal pública; (b) na esfera cível, embora tenha legitimidade concorrente e disjuntiva para a ação civil pública em conjunto com outros legitimados, na prática, entretanto, passou a propor a grande maioria das ações em defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio público e social e de outros interesses públicos, difusos ou coletivos; e (c) em todas as questões que digam respeito a interesses indisponíveis do indivíduo ou da sociedade, e nas questões de caráter social, passou a exercer importante atuação interventiva, o que lhe tem permitido influir efetivamente na solução dos feitos.

Mas não é apenas junto à atividade jurisdicional que atua o Ministério Público. Passou também a exercer importante papel na investigação direta de danos a interesses que lhe incumbam defender, o que faz por meio do inquérito civil e de outros procedimentos administrativos de sua competência.¹⁷ Por outro lado, no zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na Constituição, agora pode tomar as medidas necessárias para sua garantia, inclusive realizando audiências públicas e expedindo recomendações, nas áreas de suas atribuições funcionais.¹⁸ Recebeu, ainda, o relevante encargo de controle externo da atividade policial,¹⁹ afóra a iniciativa concorrente

17. CF art. 129, III e VI.

18. CF art. 129, II.

19. CF art. 129, VII.

para as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, e as representações interventivas.²⁰

Assim, seja pelo seu destacado papel de mola propulsora do Poder Judiciário, seja também pela sua multifária atividade extrajudicial, seja enfim porque a população naturalmente identifica no Ministério Público significativa parcela da responsabilidade no efetivo acesso e na qualidade dos serviços da Justiça no País, a atuação do Ministério Público moderno em muito difere de suas origens históricas. A instituição desvincilhou-se completamente da função inicial de acusador do rei, ou de advogado da Coroa, para passar a ser defensor dos interesses sociais, que, não raro, podem contrapor-se aos dos governantes ou do próprio Estado.

Como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade, Renato Alessi entende oportuno distinguir o *interesse público primário* (o bem geral) do *interesse público secundário* (o modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público); com efeito, em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade.²¹ E é apenas pelo interesse público primário que deve zelar o Ministério Público moderno.²²

Por isso, diante de sua atual feição, foi preciso conferir ao Ministério Público e a seus membros garantias especiais para que pudessem cumprir com responsabilidade, desassombro e eficiência seus altos encargos.

20. CF arts. 129, IV, 36, III, e 103.

21. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 197-198.

22. V. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49.

3. Balanço pós-88

O balanço pós-88 é altamente favorável ao Ministério Público, ainda que se deva dizer que essas mudanças não foram feitas sem sobressaltos ou dificuldades.

Na área criminal, até antes da Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro vinha convivendo com a iniciativa concorrente de outros órgãos estatais para a instauração da persecução penal pública, pois então até mesmo o Delegado de Polícia e o Juiz de Direito podiam instaurar o teratológico procedimento penal de ofício, por meio do qual a mesma autoridade que acusava ainda presidia a instrução e, em certos casos, ainda julgava a imputação que ela mesma apresentara contra o réu.

Na área cível, as atribuições do Ministério Público até há poucas décadas eram muito modestas. Sua iniciativa para a ação civil pública era quase simbólica: contavam-se nos dedos as poucas ações civis públicas que ele efetivamente propunha (nulidade de casamento, remoção de tutor etc.), e era acanhada sua atuação interventiva no processo civil, sempre realizada em *numerus clausus* (questões de estado da pessoa, interesse de incapazes etc.). Nas duas últimas décadas, porém, suas atribuições nesse campo passaram a crescer vertiginosamente, o que se verificou em especial a partir do advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), da própria Constituição (1988), do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). Pode hoje propor inúmeras ações em defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio público e social, da probidade administrativa e de outros interesses públicos e metaindividuais.

No campo pré-processual, até pouco mais que 20 anos, o Ministério Público brasileiro nem mesmo investigava diretamente os fatos que iriam embasar a propo-

situra de suas ações na área civil ou penal. Na esfera criminal, com raras exceções, limitava-se a fazer apurar em juízo os casos que a Polícia lhe trazia às mãos por meio do vetusto inquérito policial. Hoje, ao contrário, sem prejuízo de deter poderes investigatórios de requisição direta, o Ministério Público conquistou a possibilidade de investigar de forma extrajudicial e direta os danos a interesses cuja defesa a Constituição e as leis lhe cometeram, e para isso se vale do novo instrumento que é o inquérito civil, criado pela Lei 7.347/85 e pouco depois já consagrado na própria Constituição Federal (art. 129, III), sem prejuízo da possibilidade de instaurar outros procedimentos administrativos de sua competência (art. 129, VI). Existem hoje incontáveis inquéritos civis em andamento nos milhares de Promotorias e Procuradorias do País, para apurar danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, ao patrimônio público e social, às crianças e adolescentes, às pessoas idosas, aos acidentados do trabalho, às pessoas com deficiência – e a tantos outros interesses a serem defendidos pelo Ministério Público, e em razão de cujas investigações pode o Ministério Público propor não só ações civis públicas como ações penais públicas correspondentes.²³

Concorreu e muito para esse crescimento institucional o fato de que o Ministério Público alcançou, de um lado, uma função privativa, ou seja, a promoção da ação penal pública, e, de outro lado, diversas funções concorrentes, às quais se tem dedicado com especial zelo, como a defesa do patrimônio público, a atuação de *ombudsman*, o poder investigatório; além disso, conquistou maior independência, com autonomia administrativa, financeira

23. STF, 2.ª T., RE 464.893-GO, rel. Min. Joaquim Barbosa, v.u., j. 20.05.2008, *Informativo STF*, 507.

e funcional, detendo seus membros elevadas garantias, que acabaram até mesmo a provocar o reconhecimento do princípio do *promotor natural*.²⁴ Por outro lado, os Procuradores-Gerais, chefes do Ministério Público, passaram a deter investidura por tempo certo, o que lhes pode conferir um pouco mais independência e autonomia. Isso é tanto mais significativo se considerarmos que investidura por tempo certo para os chefes do *Parquet* é garantia que jamais se tinha alcançado na história do País até antes da Constituição de 1988.

Entretanto, a par dessa notável evolução, o curso destas duas décadas de vigência da Constituição de 1988 convence-nos de que muito ainda falta para que melhor atinja seus fins o trabalho que o Ministério Público desempenha quotidianamente, especialmente como meio de acesso à distribuição de Justiça no País.²⁵

Por certo, diante das limitações de nosso tema, não vamos aqui abordar outras questões também importantes, como as desejáveis mudanças da lei material ou processual, bem como questões atinentes a problemas e investimentos na área social, da saúde, da educação e da cultura, que são fatores que condicionam decisivamente o padrão de descumprimento das leis, contra o que deve lutar o Ministério Público. Ficaremos agora no campo dos principais problemas do próprio Ministério Público. Com efeito, inúmeras dificuldades decorrentes de

24. Antes que o princípio do promotor natural fosse reconhecido na doutrina e na jurisprudência, como o é hoje, por ele já lutávamos de forma precursora há mais de duas décadas, cf. nossa tese de 1976 e nosso artigo O Ministério Público no processo penal, RT 494/269; *Justitia*, 95/175 e 245; RT, 559/267, 500/426 e 805/464. A propósito, v., ainda, nosso *Regime jurídico...* cit., p. 117.

25. Sobre a matéria, v. nosso *O acesso à Justiça e o Ministério Público*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

recursos materiais, humanos, legislativos e orçamentários acabam limitando a atuação do Ministério Público.

4. Os problemas atuais do Ministério Público

4.1 A investidura do chefe do Ministério Público

No campo constitucional, não obstante o extraordinário progresso trazido pela Constituição de 1988 no que diz respeito ao Ministério Público,²⁶ alguns pontos primordiais que dizem respeito a essa instituição ainda não foram bem resolvidos.²⁷

Antes de mais nada, é preciso encontrar melhores critérios ou mecanismos para a escolha dos chefes dos vários ramos do Ministério Público nacional.

O sistema antigo, o da livre escolha e livre exoneração dos Procuradores-Gerais pelos chefes dos Poderes Executivos, se bem que fundado na própria história da instituição, gradualmente acabou tornando-se o mais pernicioso de todos os sistemas possíveis: podiam os chefes de Ministério Público ser nomeados e demitidos *ad nutum* pelo chefe do Poder Executivo, e, assim, jamais tiveram condições efetivas de promover a responsabilização penal de quem os escolhia e podia demiti-los a qualquer tempo, e, com isso, podia assegurar a própria impunidade.

A primeira proposta consensual do próprio Ministério Público nacional, consubstanciada na chamada *Carta de Curitiba*,²⁸

26. A propósito, v. nosso *O Ministério Público da Constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1989; *Manual do Promotor de Justiça*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1991; *Regime jurídico...* cit.; *Introdução ao Ministério Público*, 7. ed., Saraiva, 2008.

27. V. *O acesso à Justiça...* cit., Cap. 4.

28. A chamada *Carta de Curitiba* foi um anteprojeto de texto constitucional para Ministério

também não era satisfatória a esse respeito: (a) buscando não desagradar o então Procurador-Geral da República, presente ao encontro – aquele que foi o último chefe do Ministério Público Federal nomeado livremente pelo Presidente da República sem que pertencesse ao Ministério Público nacional –, o texto de Curitiba propunha manter essa antiga forma de escolha, apenas condicionada à aprovação do Senado, embora já propusesse investidura por tempo certo para o chefe do *Parquet* federal; (b) para os chefes dos Ministérios Públicos locais, propunha-se sua eleição direta na forma da lei local, entre os integrantes da carreira, também com investidura por tempo determinado. Esta última solução, a preferida pelos próprios Ministérios Públicos, também pecava por permitir a exacerbação do corporativismo, descuidando qualquer preocupação com a legitimação social e democrática da investidura (cabe aqui ressaltar que não estamos falando de *democracia interna*, dentro de cada Ministério Público, e sim de legitimação democrática ou popular, direta ou representativa, fonte última de soberania em nosso País, diante de seu atual contorno constitucional).

A Carta de Curitiba teve influência nos trabalhos da Constituinte atinentes ao Capítulo do Ministério Público;²⁹ entretanto, a Constituição de 1988 apartou-se da proposta de Curitiba em diversos pontos. A verdade é que, no tocante à escolha do chefe do Ministério Público da União, o sistema acolhido na Constituição de 1988,

Público, que resultou do primeiro acordo de lideranças do Ministério Público nacional, tendo antecedido os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (Curitiba, junho de 1986). Participamos pessoalmente da elaboração da *Carta de Curitiba* e das discussões em plenário. A propósito, v. nosso *Regime jurídico...* cit., Cap. 4.

29. V. nosso *O Ministério Público na Constituição de 1988*, cit.

embora tenha tido méritos em comparação com a Carta de Curitiba, também cometeu graves equívocos. A Constituição de 1988 concentrou nas mãos do Presidente da República a livre escolha do Procurador-Geral da República, concedendo ao Ministério Público algumas garantias: (a) a escolha agora passou a ser limitada entre os membros do Ministério Público da União; (b) o Senado deverá aprovar o nome escolhido pelo chefe do Executivo; e (c) a investidura do chefe do *Parquet* passou a ter termo fixo, permitidas, porém, ilimitadas reconduções. Como se vê, o sistema vigente trouxe avanços, mas desprezou pura e simplesmente a vontade da própria instituição, bem como permitiu escolhas absolutamente pessoais do Presidente da República, bem como reconduções indefinidas, o que permite o emprego de critérios políticos de caráter subalterno, que podem ser legitimados por um Senado Federal subserviente.

Já para a escolha dos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, houve progresso maior, conquanto também ainda insuficiente: permitiu-se a escolha pelo chefe do Poder Executivo, *entre uma lista tríplice formada pela própria instituição*, para investidura por tempo certo, *admitida uma única recondução*. O problema, porém, é que aqui também não se afasta a possibilidade de critérios políticos subalternos para a escolha pelos governantes, até mesmo de caráter político-partidário, o que não raro pode levar a compromissos espúrios entre quem escolhe e quem é escolhido, a assegurar a impunidade de autoridades e grupos políticos e econômicos ligados aos governantes, ao mesmo tempo em que se viabilizam perseguições a outros.

Certo é, poderia ser dito, que também tem seus méritos a escolha do Procurador-Geral de Justiça pelo chefe do Poder Executivo, mormente numa lista moldada pela própria instituição ministerial. É fato que esse sistema combina, de um lado, a von-

tade da instituição, e, de outro, gera uma decisão final formulada por quem, mercê de uma investidura popular direta (o chefe do Poder Executivo), em tese poderá escolher aquele que lhe pareça ter um projeto administrativo e funcional mais consentâneo com as propostas que levaram o governante a ser eleito – o que é uma forma de autêntica democracia representativa. Entretanto, se isso é verdade, de outro lado esse sistema também comporta riscos de deformações, pois a instituição ministerial pode incluir na lista tríplice apenas três nomes já vinculados a compromissos corporativistas, o que reduziria a nada a possibilidade de verdadeira escolha pelo governante; em contrapartida, ao fazer sua escolha, o governante pode agir em descompasso com o interesse público primário, e, como já antes ressaltado, usar critérios subalternos para nomear o velho, mas redivivo *procurador do rei* junto ao Ministério Público.

Poderia, talvez, ser cogitada a escolha do chefe do Ministério Público pelo Poder Legislativo, entre todos os membros da instituição ou numa lista tríplice eleita pela classe, ou, ainda, ser cogitada de eleição pela classe, com aprovação do nome pelo Poder Legislativo.³⁰ Este sistema, porém, pecaria pela falta de credibilidade dos parlamentos na condução de elevadas políticas públicas em nosso País.

Se bem que todas estas idéias contêm a justa preocupação de buscar conferir maior legitimidade para o Ministério Público (dentro do conceito de que só é democrático aquilo que obtém legitimidade popular, tanto direta como indireta – o que tanto mais importante é para o Ministério

30. Esta última foi a proposta de Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Paulo Roberto Dias, em *A legitimidade da atuação do Ministério Público e sua relação com o sistema de investidura do Procurador-Geral de Justiça*, APMP Revista 26/32, São Paulo, 1999.

Público, porque ele exercita parcela direta da soberania estatal ao condicionar o exercício do *ius puniendi* estatal), ao mesmo tempo, propostas como estas incidem também em graves riscos. Com efeito, a nosso ver, o poder político, especialmente o dos parlamentares em geral (Senadores, Deputados Federais ou Estaduais e Vereadores), ao menos em nosso País, mercê de sua tradição cultural, atualmente não tem condição ética de definir essa escolha ou essa aprovação.³¹ Cremos que esse sistema, sobre não ter qualidade alguma que já não a tenha a escolha pelo chefe do Executivo, ainda tem desvantagens extras, pois acaba permitindo que o candidato a Procurador-Geral, em vez de comprometer-se politicamente com uma só pessoa ou um só grupo político para obter sua desejada aprovação no cargo (compromisso com o chefe do Executivo ou seu grupo), possa tal candidato, não raro, comprometer-se agora com inúmeros políticos, um a um, e até mesmo com partidos ou facções inerteiras, gerando igualmente não menores dívidas ou obrigações de caráter político-partidário vedadas à instituição e a seus membros, ou possa ainda amparar-se em fortes grupos econômicos, que busquem viabilizar ou garantir, por meio de *lobbies* e até recursos materiais, sua aprovação pelo Poder Legislativo.

Por igual, buscar alguma forma de legitimação externa para o Ministério Público por meio de qualquer participação do Poder Judiciário na escolha do Procurador-Geral, a nosso ver seria solução ainda mais despropositada, pois o Poder Judiciário brasileiro padece, em mesma ou até em maior medida,

31. Violação do sigilo no painel eletrônico do Senado Federal, denúncias de compra de votos para reeleição de presidente da República, escândalos na comissão de orçamento do Congresso, máfia dos fiscais em prefeituras, cassações de parlamentares – tudo isso são exemplos freqüentes em nosso país.

de não menor limitação de legitimidade democrática que o Ministério Público.

Restaria, talvez, a eleição do chefe do Ministério Público diretamente pelo povo. Entretanto, esse sistema, jamais experimentado entre nós, embora inegavelmente contenha o mais elevado grau de exercício democrático direto, também traria seus riscos – sérios riscos, quase certezas de comprometimentos. Em primeiro lugar, acabaria supondo, direta ou indiretamente, o exercício de atividade político-partidária, que a tradição de nosso País, ao longo dos anos, a nosso ver bem fez de recusar aos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário. Depois, haveria os inevitáveis fundos e tesoureiros de campanhas, os caixas e até os *caixas-2*, as sobras de campanhas, os depósitos de dinheiro em paraísos fiscais, o dinheiro não contabilizado para novas campanhas, as ajudas financeiras no curso do mandato em nome de eventuais campanhas de reeleição, a contribuição de empresas, construtoras e empreiteiras, o financiamento de novas campanhas em favor dos atuais governantes ou de seus sucessores aliados – até mesmo e principalmente por parte de empresas ou pessoas que podem estar sendo investigadas ou em risco de o serem pela própria instituição ministerial. Haveria ainda o interesse dos governantes, políticos, empresas de comunicação e grupos econômicos em ser eleito este e não aquele Procurador-Geral, e, daí, surgiriam os investimentos velados na mídia... E também teríamos de considerar os riscos para a instituição, pois os candidatos a Procurador-Geral poderiam assumir na campanha compromissos irrealizáveis, como os políticos profissionais costumeiramente já o têm feito, quando, na verdade, não depende exclusivamente dos chefes do Ministério Público toda a execução da atuação institucional, dado o princípio da independência funcional, de que comunga cada membro da insti-

tuição. Sob esse sistema, a tendência seria que os Procuradores-Gerais procurassem impor à instituição seus planos e projetos de campanha, com riscos à independência funcional dos Promotores e Procuradores, que, em seu trabalho individual ou coletivo, a bem da verdade, são hoje muito mais independentes e fazem muito mais o ofício do dia-a-dia do Ministério Público que os próprios Procuradores-Gerais.

Em suma, esse é o quadro: graves dificuldades e riscos para todas as alternativas conhecidas, de forma que, a nosso ver, ainda não se apresentou qualquer solução isenta, ou pelo menos razoavelmente livre de maiores defeitos, para resolver o grave problema da investidura do Procurador-Geral – cuja independência é hoje mais uma qualidade pessoal, quando haja, que uma necessária consequência do sistema.

Por isso, cremos que, enquanto melhor solução não advenha, o mais apropriado é não cumular os chefes do Ministério Público com atribuições funcionais; devem-se retirar deles, principalmente, as decisões que importem eventuais controles da ação e da responsabilidade dos governantes que os escolheram, e cometer essas decisões a colegiados da própria instituição (como o Conselho Superior do Ministério Público, as Câmaras de Coordenação e Revisão ou o Colégio de Procuradores de Justiça), o que permitirá decisões mais arejadas, com melhor transparência e maior contraste.

Outrossim, deve-se prever, em reforma constitucional, a possibilidade de destituição do Procurador-Geral por conveniência ou voto de desconfiança dos próprios membros da instituição.

4.2 A atuação dos membros da instituição

Impõe-se ainda repensar a atuação dos membros da instituição, agora sob o aspecto funcional.

Em primeiro lugar, são desejáveis mudanças nos próprios membros do Ministério Público.

Não é demais lembrar que, até há pouco tempo, eles advogavam em diversos Estados e até na União. E, ainda hoje, nem todos se dedicam com exclusividade à atuação ministerial, porque têm outra função pública de magistério, ou outras funções privadas, que, dependendo de como são exercidas, podem concorrer ou até suplantam a dedicação ao Ministério Público. Membros do Ministério Público há que, direta ou indiretamente, mesmo dentro das exceções constitucionais, exercem o comércio diretamente ou por meio de familiares, cuidam prioritariamente de suas fazendas ou negócios privados, exercem intensa atividade político-partidária, e o fazem de forma excessivamente absorvente, em prejuízo das funções ministeriais.³²

Além disso, embora se repute superados os tempos dos Promotores do *nada a opor* e do *pelo prosseguimento*, e que davam o nome e assinavam termos de audiência a que não estiveram presentes, ainda é bem de ver que, enquanto alguns membros do Ministério Público se dedicam ao extremo, outros não são nada afeitos ao trabalho. Esses deixam habitualmente serviços acumulados para os colegas, especialmente para os substitutos, passam como gatos sobre brasa em cima dos processos, e procuram desviar-se de todo e qualquer caso mais complexo. Podemos dizer que, ainda hoje, uns trabalham muito enquanto outros trabalham pouco ou quase nada – o que, aliás, não é problema só do Ministério

32. A vedação do exercício de atividade político-partidária, hoje vedado sem ressalvas na parte permanente da Constituição (art. 128, § 5.º, II, e, da Constituição, com a redação da EC 45/2004), sofreu exceção no art. 29, § 3.º, do ADCT, para os que tenham ingressado no Ministério Público antes da promulgação da Constituição de 1988.

Público, e sim também da Magistratura, e, mais amplamente, é um defeito de caráter nada raro na natureza humana.

4.3 A atividade investigativa

À vista dos bons frutos da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e das novas atribuições que lhe conferiu a Constituição (CF, art. 129, III), o Ministério Público passou a voltar-se mais à atividade investigativa, o que não se limita ao inquérito civil, mas também compreende os demais procedimentos investigatórios a seu cargo.³³

Quando necessário, o Ministério Público deve ocupar-se da investigação penal, não para assumir ou substituir os trabalhos policiais – o que não lhe seria próprio nem típico –, mas sim para, excepcionalmente, conduzir algumas investigações especialmente nos casos em que a Polícia não tenha possibilidade, conveniência ou empenho em fazê-lo, como quando estejam envolvidas autoridades governamentais que controlam a ação da Polícia, ou altos policiais, ou pessoas que tenham força econômica, política ou social suficiente para impedir o sucesso das investigações policiais ou que possam interferir nelas. Não se perca de vista que a Polícia é órgão estatal hierarquizado, subordinado aos administradores, que, não raro, podem estar e estão efetivamente envolvidos nos fatos delituosos cuja investigação deva ser efetuada.

Nesses casos, uma atuação mais efetiva do Ministério Público na área investigativa passa a ser mero corolário de sua privatividade constitucional na promoção da ação penal pública. Com efeito, quem não tem acesso direto aos elementos de convicção necessários para formar sua própria *opinio*

33. V. nosso livro *O inquérito civil: investigações do Ministério Público*, compromissos de ajustamento e audiências públicas, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

delicti não se pode dizer seja titular privativo da ação penal pública, pois só poderia levar a juízo aqueles que a Polícia indicasse; além disso, se está a Constituição a impor o fim (a promoção da ação penal pública), não pode a esfera infraconstitucional negar-lhe os meios necessários e adequados (a investigação pré-processual). Assim agindo, aprimoram-se os trabalhos do próprio Ministério Público e da Polícia, os quais, mais entrosados, sem dúvida melhor servirão à coletividade – coisa que até hoje não tem ocorrido, num quadro que não pode interessar às pessoas de bem.

4.4 A organização das Promotorias e Procuradorias

Temos ainda que repensar a atuação dos membros do Ministério Público em suas Promotorias ou Procuradorias. A nosso ver, seria desejável uma nova estrutura física para as unidades que congregam membros do Ministério Público (Promotorias, Procuradorias etc.).

Concebemos essas unidades de maneira diferente da que se tem implantado hoje no País. A nosso ver, não seriam precisos tantos membros do Ministério Público, sem, porém, infra-estrutura adequada – como só no Estado de São Paulo, com dois mil Promotores e Procuradores de Justiça, num crescimento que, apesar de vertiginoso, sequer acompanha as reais necessidades.

Examinando cuidadosamente a evolução dos quadros do Ministério Público paulista, que bem conheço, pois a ele pertenci, com orgulho, por três décadas, vemos que não tem crescido: tem inchado. Crescimento é algo harmônico, orgânico, natural e que oferece retorno funcional ao corpo. Mas o inchaço é disforme e cria um peso inadequado para o corpo, quando não ainda lhe acarreta disfunções graves e, em certos casos, compromete sua viabilidade.

Pois é o que está ocorrendo, ano após ano, sem que haja uma reação efetiva contra esse estado de coisas. Dobram-se de poucos em poucos anos os quadros, criando-se uma máquina cada vez mais pesada e por demais onerosa para o Estado, como no tocante a remuneração, instalações adequadas, infraestrutura das Promotorias e Procuradorias. E nem por isso a máquina mais pesada será mais eficiente. Ao contrário.

A nosso ver, deveríamos ter poucos Promotores ou Procuradores, mas cada órgão de execução do Ministério Público deveria ser dotado de adequada estrutura administrativa.

Afora alguns casos isolados, o Ministério Público não toma decisões funcionais colegiadas.³⁴ Por isso, os Promotores e Procuradores, como agentes políticos, não dependem de deliberações em grupo para exercer suas funções e definir suas prioridades de atuação. Assim, em regra as Promotorias e Procuradorias deveriam ser, em nossa concepção, destinadas à estrutura de um único agente político, que teria toda a gama de atribuições ministeriais na área de sua atuação.

O agente político que detenha funções autônomas e independentes, desde que não tome decisões colegiadas, deve contar com estrutura administrativa própria, a ele subordinada, para suporte e execução de suas decisões e providências dentro do seu campo de competência, como ocorre com o Prefeito ou com o Juiz singular. Assim também os membros do Ministério

Público precisariam de uma estrutura administrativa e funcional, concentrada em suas Promotorias ou Procuradorias.

Diminuindo o número de membros da instituição e aumentando sua infra-estrutura nas unidades administrativas, longe de termos uma máquina mais pesada para o Estado – e para a sociedade, portanto –, teríamos sim maior eficiência na atuação ministerial.

Entretanto, essas Promotorias ou Procuradorias coletivas que têm sido criadas em alguns Estados – como em São Paulo, onde há Promotorias ou Procuradorias com quase uma centena de membros, cada um deles independente dos demais –, a nosso ver, estão concebidas equivocadamente. Além de termos *secretários das Promotorias* ou *Procuradorias* que estabelecem prioridades de serviço administrativos em matérias que dizem respeito à execução de deliberações de seus próprios colegas, temos nelas muitos órgãos de execução e pouca ou quase nenhuma estrutura administrativa correspondente; seria preferível o inverso. Precisariamos de membros do Ministério Público dotados de completa estrutura administrativa, subordinada diretamente ao agente ministerial.

Assim, por exemplo, numa Comarca, dependendo de seu porte, deveria haver uma única Promotoria, ou, então, conforme o caso, uma Promotoria Cível, outra Criminal, uma de *ombudsman*, uma de meio ambiente, outra do consumidor etc. A cada qual dessas Promotorias corresponderia a um único Promotor, que teria estrutura própria e adequada, com assessores jurídicos, advogados, estagiários profissionais bem remunerados (e não apenas estagiários acadêmicos), investigadores, peritos, engenheiros, contadores, assistentes médicos, e até mesmo substitutos legais (advogados contratados, que seriam designados pelo Promotor para cumprir suas deliberações – desde que, *de lege ferenda*, fosse permitida,

naturalmente, essa delegação). Enfim, o que se pretende é uma estrutura administrativa completa. O membro do Ministério Público tomaria as decisões sobre se investiga, o que investiga, se denuncia, se arquiva, se propõe ação civil, se recorre – o mais caberia aos funcionários executar, sempre sob supervisão e direção hierárquica do membro do Ministério Público. Naturalmente, as leis precisariam ser alteradas, até para permitir-se a delegação.³⁵

Mesmo numa Capital, cremos que bastaria, por exemplo, um único Promotor do meio ambiente. Assim, haveria uma orientação unívoca sobre a política ambiental do Ministério Público naquela comarca; o cidadão, a imprensa, as autoridades saberiam a quem procurar para, em nome do Ministério Público e naquela comarca, serem tomadas as providências que a Constituição e as leis cometem à instituição na área ambiental. Haveria uma filosofia, um plano de trabalho, uma linha de atuação previamente conhecida. É natural que esse membro do Ministério Público deveria dispor de uma Promotoria correspondente, com assessores, auxiliares, peritos, advogados e técnicos que iriam dar suporte material às suas decisões funcionais. E toda essa estrutura – assessores, auxiliares, peritos etc. – seria muito menos onerosa para o Estado do que se ficássemos de ano em ano a dobrar o número de Promotores de Justiça, sem dar-lhes estrutura adequada ou, em certos casos, estrutura alguma.

Mas não é isso o que ocorre hoje, nas Promotorias existentes. Hoje, ao contrário, uma comarca tem vários Promotores, muitos deles trabalhando de forma superposta na mesma área de atuação, e sem que haja uma verdadeira unidade ou harmonia de atuação. Mesmo com planos globais de

atuação da instituição, que a nada obrigam diante da independência funcional de cada Promotor, não se pode falar haja uma política clara e única de atuação institucional em área alguma de interesse do Ministério Público.

Por isso, não se vê a necessidade de tantos Promotores, o que torna cada vez mais difícil acomodá-los fisicamente no fórum, harmonizar uma linha de atuação institucional em cada Comarca, ou até mesmo buscar vencimentos condignos, com quadros que antes incham do que crescem, e que acabam progressivamente guardando semelhança organizacional com o funcionalismo público em geral, a provocar a realização não raro de dois ou mais concursos por ano. Para cada Promotor novo que ingressasse no Ministério Público, poderíamos estar colocando diversos servidores qualificados; e para o Promotor que já integra a carreira, seria melhor ter uma completa estrutura de trabalho do que simplesmente contar apenas com mais um colega para dividir o já vultoso serviço. O certo seria que cada órgão do Ministério Público tivesse sua unidade administrativa de apoio. Nesse momento, não precisaríamos de tantos Promotores, talvez menos do que um terço do que hoje temos, mas seria indispensável o efetivo suporte administrativo.

Dotando-se assim cada Promotor ou Procurador de infra-estrutura mínima, por certo não seriam necessários tantos agentes ministeriais. Numa Comarca, multiplicaríamos muito mais o trabalho de um único membro conferindo-lhe infra-estrutura administrativa necessária, do que simplesmente multiplicando de tempos em tempos o número de Promotores ou Procuradores, sem dar-lhes infra-estrutura adequada e aumentando o gigantismo e a morosidade da instituição.

De sua parte, a segunda instância dos Ministérios Públicos estaduais está a pedir não menor reformulação. Hoje, não raro li-

34. Ressalvadas as hipóteses de atribuição do Colégio de Procuradores, do Conselho Superior do Ministério Público e das Câmaras de Coordenação e Revisão, como, para o primeiro, quando da revisão de arquivamento de inquérito policial de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça (Lei 8.625/93, art. 12, XI), ou, para os últimos, quando da revisão de arquivamento de inquéritos civis (LACP, art. 9.º, e LOMPU).

35. Constituição, arts. 129, § 2.º; 93, XIV, aplicável por força do art. 129, § 4.º, com a redação que lhes deu a EC 45/2004.

mitados os Procuradores de Justiça a emitir pareceres junto aos tribunais, perdem em muito a grandeza das atribuições ministeriais, tanto no aspecto ativo como interventivo. Trata-se de curioso contraponto com a base da carreira, pois que a maior gama ativa e interventiva é apanágio de seus colegas de primeira instância, os Promotores de Justiça. Daí, justamente quando atingem o ápice da carreira, não raro perdem os Procuradores de Justiça o encanto em sua atuação e podem alguns passar a trabalhar de forma muitas vezes apenas burocrática e desmotivada.

Acreditamos devêssemos repensar a atribuição atualmente quase que apenas parecerista do Ministério Público em segundo grau. Sem prejuízo de serem os autos remetidos, na forma da lei, à instituição, para o acompanhamento quando se julgue necessário, os Procuradores de Justiça deveriam ser dotados de Procuradorias com a mesma organização acima proposta para as Promotorias, onde poderiam investigar fatos que justificassem sua atuação, ou propor as ações civis ou penais de sua competência, ou, enfim, fazer as intervenções cabíveis. Mediante livre distribuição dos processos, a eles, Procuradores, deveriam caber, na esfera criminal, as ações penais originárias dos tribunais (e não ao Procurador-Geral); na esfera cível, ficariam com os casos de abrangência regional, estadual ou nacional, como em matéria de interesses difusos ou coletivos (enquanto os Promotores de Justiça ficariam com a atribuição restrita à área de suas próprias comarcas). Em outras palavras, os Procuradores de Justiça seriam os Promotores de Justiça nos casos que exigissem papel ativo ou interventivo nos tribunais, e também naqueles casos de abrangência regional, estadual ou nacional.

4.5 Uma atuação crítica

A par da reestruturação administrativa da instituição, seria mister uma nova me-

todologia de trabalho, que não dispensasse uma visão crítica das suas atribuições, para uma atuação mais eficiente e finalisticamente mais bem direcionada.³⁶

Assim, ponto relevante, a ser mudado, é que os membros do Ministério Público tenham um posicionamento funcional mais crítico, que busque, em cada atuação funcional, os fundamentos e as finalidades constitucionais de sua intervenção.

Há inúmeras atribuições que o Ministério Público ainda hoje exercem, mas que perderam o escopo. É o caso de sua atuação no processo de avaliação de rendas e prejuízos para pesquisa mineral,³⁷ na jurisdição voluntária em que não estejam em jogo interesses indisponíveis,³⁸ em mandados de segurança onde não estejam em jogo interesses sociais nem indisponíveis, bem como em outras situações semelhantes, que devem hoje ser questionadas, à vista da atual destinação constitucional do Ministério Público. Com efeito, o art. 129, IX, da Constituição, permite que, a par das funções institucionais já cometidas ao Ministério Público pela própria Lei Maior, a legislação infraconstitucional lhe confira outras atribuições *compatíveis com sua finalidade*. Assim, hoje não basta que uma lei infraconstitucional cometa ao Ministério Público uma atribuição qualquer: é mister que essa atribuição se concilie com os fins gerais do Ministério Público, tais como previstos nos arts. 127, *caput*, e 129, da CF.

36. Ainda sobre a análise crítica do Ministério Público, v. também, nosso *Regime jurídico...* cit., Cap. 3, e nosso artigo A formação profissional e as funções do promotor de Justiça, *RT* 686/284.

37. Dec.-lei 227/67, art. 27, V, e Dec. 62.934/68, art. 38, § 2.º.

38. CPC, art. 1.105. A propósito, v. nosso artigo O Ministério Público e a jurisdição voluntária, *RePro* 48/217.

Desta forma, para defender-se em processos em que estejam em jogo apenas interesses meramente patrimoniais da Fazenda, tem esta seus próprios representantes, isto é, os advogados da Fazenda, que não se confundem com o Ministério Público. Este último só pode exercitar a defesa do patrimônio público,³⁹ não como representante da Fazenda,⁴⁰ mas como seu substituto processual, nas hipóteses em que a legitimação ordinária não funcione a contento.⁴¹ Processos de jurisdição voluntária, em que não haja incapazes nem questões de estado das pessoas, nem interesses sociais ou indisponíveis, também não mais justificam a intervenção do Ministério Público.⁴² Mandados de segurança ou questões que digam respeito a interesses individuais homogêneos de pouca expressão social, em que não se discutam questões de expressão para a coletividade, seja pela sua abrangência, seja pela sua natureza, nem sempre justificarão necessariamente a intervenção ministerial.⁴³

É preciso repensar, pois, a atuação interventiva ministerial.

4.6 A iniciativa legislativa

Seria desejável que o Ministério Público pudesse ter atitude mais criadora, no que diz respeito à iniciativa de projetos de leis cuja execução lhe diz respeito. Por trabalhar com as leis, não raro os membros do

39. CF, art. 129, III.

40. CF, art. 129, IX.

41. Nesse sentido, v. nosso *A defesa...* cit., Cap. 10.

42. V. nosso *Manual...* cit., Cap. 21.

43. Quanto aos limites para a atuação do Ministério Público nas questões que envolvam interesses individuais homogêneos, v. Súmula 7, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, elaborada em nossa gestão nesse colegiado; v., ainda, nossos *A defesa...* cit., Cap. 4, n. 15, e *O inquérito civil...* cit., Cap. 6, n. 10.

Ministério Público bem podem apontar suas falhas.

Assim, parece-nos que seria desejável que, numa eventual reforma constitucional, a Lei Maior conferisse ao Procurador-Geral a iniciativa não só de projetos de lei de organização do Ministério Público, como já o faz hoje, mas também de projetos de lei que dissessem respeito ao exercício de suas funções, ou seja, das próprias leis que lhe incumbem defender em juízo ou fora dele, como na área de suas atribuições penais ou civis.

4.7 O princípio da obrigatoriedade

Outro ponto que, segundo pensamos, *de lege ferenda* merece reexame é o problema do princípio da obrigatoriedade, que hoje ilumina a atuação dos membros do Ministério Público.

Embora, em síntese, pudesse ser dito que tal princípio consiste na obrigação que tem o Promotor de exercer sua atuação (não apenas a obrigação de *propor* a ação, como a *impossibilidade de dela desistir*, mas também o dever de *intervir* num feito, sem poder dispor do direito material em litígio), veremos que a matéria está a exigir uma compreensão menos simplista, e, portanto, mais completa e adequada do aludido princípio.⁴⁴

Devemos colocar com clareza a questão da obrigatoriedade de agir por parte da instituição: identificando o Ministério Público uma hipótese em que a lei lhe imponha a atuação, não se compreenderia que ele se recusasse a fazê-lo.⁴⁵ Assim, não se admi-

44. A propósito, v. nosso artigo O princípio da obrigatoriedade, *RT* 683/393. Fizemos, ainda, a análise em maior profundidade do princípio da indisponibilidade na atuação ministerial em nosso *A defesa...* cit., Cap. 4.

45. Nesse sentido, v. Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2. ed., Padova: Cedam, 1943, v. 2, p. 469, § 126.

te, hoje em dia, salvò restritas hipóteses legais, que o órgão do Ministério Público, *identificando* uma hipótese na qual a lei exige sua atuação, se recuse a agir; é nesse sentido que se pode dizer, corretamente, que sua atuação lhe é um dever, seja quando se trate de ajuizar uma ação penal, seja quando se trate de propor uma ação civil, seja até mesmo quando se trate de interpor qualquer recurso.

Todavia, acrescenta-se, se normalmente não tem hoje o Ministério Público discricionariedade para agir ou deixar de agir quando *identifique* hipótese de agir, ao contrário, tem – e precisa mesmo ter – a necessária liberdade para apreciar *se ocorre hipótese* em que sua atuação se torna obrigatória.

Hoje, poucas ressalvas a esse princípio da obrigatoriedade existem, ora na área penal, por força das quais se admite de forma modesta possa o Ministério Público transigir (Constituição, art. 98, I; Lei 9.099/95, arts. 76 e 89), ora na área civil, quando também poderá o Ministério Público deixar de agir, satisfazendo-se em alguns casos com o compromisso de ajustamento de conduta que tome do causador do dano (Lei 7.347/85, art. 5.º, § 6.º, com a redação da Lei 8.078/90).⁴⁶

Entretanto, a nosso ver, seria o caso, *de lege ferenda*, de mitigar o princípio da obrigatoriedade em maior medida que já o faz hoje a legislação em vigor, não só no tocante às transações penais, como no tocante aos compromissos de ajustamento em matéria civil. Assim, acreditamos que, sendo o Ministério Público o titular constitucional privativo da ação penal pública, deveríamos tirar as últimas conseqüências do princípio constitucional, ao admitir transações penais verdadeiras, que versassem direta-

mente o próprio *ius puniendi* estatal; e, na área cível, em defesa de interesses metaindividuais, mais que meros compromissos de ajustamento de conduta, deveriam ser admitidas verdadeiras transações, naturalmente não como garantias máximas, mas sempre como garantias mínimas em favor da coletividade.⁴⁷

E mais. Ainda dentro do espírito de buscar, *de lege ferenda*, a mitigação do princípio da obrigatoriedade, cremos que seria o caso de conferir maior discricionariedade ao Ministério Público em sua atuação, para que pudesse melhor escolher seus caminhos e sua forma de atuação. Afinal, investido como está hoje na defesa de todos os interesses sociais e transindividuais, o que acaba acontecendo é que ele não pode efetivamente eleger prioridades, não obstante os supostos planos de atuação funcional previstos em leis locais de organização do Ministério Público, pois é a lei federal que impõe suas prioridades de atuação. Assim, seria desejável que, em casos determinados na lei, pudéssemos cogitar de conferir maior liberdade ao Ministério Público para acionar ou intervir na defesa do interesse público, liberdade essa, naturalmente, sujeita a um eficiente sistema de controle, que seria feito por órgãos colegiados da instituição (como o Conselho Superior do Ministério Público ou as Câmaras de Ordenação e Revisão). Essa liberdade tanto mais razoável seria, quando se sabe que, ao menos na esfera cível, a legitimação ativa do Ministério Público jamais é privativa ou exclusiva.⁴⁸

Naturalmente, para que o Ministério Público possa gozar de maior discricionariedade, incluindo maior poder de transação, será indispensável detenha maior *legitimidade social para tomar essas decisões*,

o que só será possível se for aumentando o respaldo democrático para a atuação ministerial.

4.8 A divulgação social da instituição

Outro ponto que deve ser enfrentado é o da melhor divulgação social do Ministério Público. Para buscar maior legitimidade em sua atuação, deve o Ministério Público prestar mais contas do que é, do que faz, dos seus sucessos e mesmo de suas deficiências e erros. Deve recorrer mais à mídia, não para seus membros *aparecerem* gratuitamente, nem vermos Promotores e Procuradores exibindo-se como vedetes ou astros populares, nem muito menos, é claro, para inadmissivelmente divulgar informações sobre as quais recaia sigilo legal, mas para, de modo sereno e técnico e sem sensacionalismo, prestar contas de sua atuação à destinatária final de nossos serviços, que é a população. Palestras em faculdades, clubes de serviço, entrevistas, realização de audiências públicas, publicação de avisos – tudo isso serve para esclarecer e divulgar um trabalho sério, cujo destinatário é a sociedade que custeia o funcionamento do Ministério Público, trabalho esse que merece e precisa ser adequada e prudentemente divulgado.

5. A Reforma Constitucional de 2004

A chamada *Reforma do Judiciário* (EC 45/2004), a par de diversas modificações constitucionais no Poder Judiciário e no Ministério Público, preocupou-se especialmente em instituir um controle externo sobre essas instituições. Sabemos que controles externos são salutarés numa democracia: fazem parte da própria harmonia dos Poderes, inserindo-se em seu sistema de freios e contrapesos. O que causa controvérsia são os modos de fazê-lo, bem como de instituí-los, o que inclui até mesmo a

questão de saber se poderiam ser instituídos pelo poder constituinte derivado.

A EC 45/2004 criou, à semelhança do Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A), cuja constitucionalidade o STF reconheceu por maioria.⁴⁹ São órgãos de natureza exclusivamente administrativa, destinados ao controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da Magistratura e do Ministério Público. A pretexto, porém, de exercer o poder regulamentar, não podem expedir normas gerais e abstratas, em face da reserva de lei.⁵⁰ O simples fato de a Constituição admitir que expeçam atos regulamentares (arts. 103-B, § 4.º, I, e 130-A, § 2.º, I) não lhes dá o poder de editar leis materiais.⁵¹ Enfim, o Conselho Nacional do Ministério Público não tem poder normativo, nem pode afrontar a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, pela qual deve zelar.⁵²

Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe, ainda: (a) zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (b) zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por

49. ADIn 3.367-DF, *Informativo STF* 383 e 419.

50. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck; Ingo Wolfgang Sarlet; Clèmerson Merlin Clève, *Limites das resoluções do CNJ e do CNMP, O Estado de S. Paulo*, 5 dez. 2005, p. A-2.

51. Nesse sentido, v. MS 26.264, STF Pleno, *Informativo STF*, 468; v. ainda, MS 26.749, 26.710 e 26.440, todos do STF, ainda em andamento.

52. Sobre os limites do poder regulamentar do CNMP, v. a decisão do MS 26.264/DF, STF Pleno, j. 21.05.2007, *Informativo STF* 468.

46. Casos há, porém, em que o próprio legislador vedou, por expresso, a transigência em matéria cível, como nas ações da Lei 9.429/92 (art. 17, § 1.º).

47. Nesse sentido, v. nosso *O Inquérito civil...* cit., Cap. 30-32.

48. CF, art. 129, § 1.º.

membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos tribunais de contas; (c) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (d) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; e (e) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem presidencial prevista no art. 84, XI, da Constituição.

6. Conclusão

A sociedade brasileira muito deu ao Ministério Público, especialmente a partir da Constituição de 1988, conferindo-lhe garantias, atribuições, poderes, orçamento e subsídios adequados. A instituição, porém, precisa crescer com harmonia, para não se tornar pesada e ineficiente.

Se mais recebeu, o Ministério Público precisa mais retribuir, até porque, passados os tempos em que já foi uma instituição praticamente desconhecida da população, hoje está sendo justamente cada vez mais cobrado pela sociedade. Diariamente os meios de comunicação comentam sua atuação funcional, apoiando-a ou criticando-a, conforme o caso; os réus e seus patronos não raro combatem as atribuições

ministeriais ou a forma de seu exercício; os parlamentares e governantes, de forma pendular, ora cuidam de ampliar ora de reduzir suas atribuições e garantias, quer porque estejam os membros do Ministério Público agindo com sucesso ou não, ou até mesmo precisamente porque estejam incomodando os parlamentares, objeto de um sem-número de investigações e processos de improbidade; se hoje o Ministério Público é mais elogiado, também é mais criticado e mais fiscalizado; os subsídios dos membros do Ministério Público são hoje questionados em editoriais da imprensa e pelos populares, coisa que não acontecia antigamente; discutem-se suas garantias e seus privilégios e chamam-se, muitas vezes sem razão, de *marajás* e *privilegiados* os membros da instituição, olvidando-se a vida de sacrifícios que é, para muitos de seus membros, embora não para todos eles, um trabalho que não tem fronteiras, férias ou horários; o comportamento dos Promotores e Procuradores, mesmo na vida privada, passa a ser mais estreitamente ligado à questão do decoro institucional; a população não raro identifica o Ministério Público com as deficiências da Justiça, o que, se até certo ponto é correto, por outro lado constitui generalização excessiva; o fracasso do combate estatal ao crime organizado, ao tráfico de drogas, à violência, à corrupção das autoridades e dos policiais, embora seja efetivamente causado por vários fatores sociais, econômicos, políticos, administrativos, jurisdicionais e legislativos —, tal fracasso é atribuído também ao Ministério Público, que, sem dúvida, deve assumir sua parcela de responsabilidade.

É imperioso faça o Ministério Público sua autocrítica:⁵³ além de aprimorar os métodos de concurso de ingresso e fornecer cursos permanentes de atualização profissional aos Promotores e Procuradores, é necessário

53. O acesso à justiça... cit., p. 228.

vencer o desinteresse e as deficiências que alguns membros da instituição têm revelado no desempenho de algumas relevantes tarefas institucionais.

Deve ainda ser dito que o Ministério Público precisa chegar mais efetivamente ao povo, para que este saiba o que a instituição pode fazer, o que está fazendo — e até o que não está fazendo, mas deveria fazer. Têm os membros do Ministério Público o relevante dever de atender os necessitados: defender a vítima de crimes, o consumidor, a criança e o adolescente, os idosos, a pessoa com deficiência, os acidentados do trabalho, a pessoa discriminada. Esse atendimento deve ser dado não só nos processos, mas também fora deles, como é o caso do atendimento direto aos populares que procuram os membros do Ministério Público. Não tem sentido relegar esse atendimento fundamental a funcionários e estagiários da instituição. Devem ainda dedicar-se com justa prioridade ao combate da criminalidade, à defesa do meio ambiente e ao zelo da probidade administrativa, com dedicação sempre integral à instituição (o que nem sempre ocorre).

Por outro lado, porém, é imperioso que os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, como órgãos de controle que são, sejam resguardados das pressões destinadas a intimidá-los. Sob esse aspecto, porém, algumas vezes se caminha no Brasil em sentido contrário à tendência geral nos vários países democráticos, nos quais se busca assegurar totais condições para que os Promotores e Procuradores sejam capazes de adimplir na plenitude suas atribuições funcionais, de forma necessariamente responsável, mas sem intimidação, embaraço, perseguição, interferências indevidas ou exposição injustificada a responsabilidade civil, penal ou de qualquer outra natureza. Segundo as *Guidelines on the Role of Prosecutors Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of*

Crime and the Treatment of Offenders, "States shall ensure that prosecutors are able to perform their professional functions without intimidation, hindrance, harassment, improper interference or unjustified exposure to civil, penal or other liability".⁵⁴ Aqui existem diversos projetos de emenda à Constituição, bem como projetos de leis ordinárias, procurando responsabilizar pessoalmente membros do Ministério Público que proponham ações que venham a ser julgadas improcedentes. Ora, é natural que, se houver abuso de poder, abuso de direito ou violação de deveres atinentes ao cargo, deva corresponder a responsabilização pessoal do agente faltoso, mas para isso já existem instrumentos próprios, tanto na esfera política (*impeachment*), como penal (crimes de funcionário público), civil (responsabilidade patrimonial) e administrativa (responsabilidade funcional). Entretanto, fora daí, qualquer tentativa de responsabilização gratuita dos membros do Ministério Público nada mais é do que tentativa de intimidação da instituição. *Et pour cause...*

Enfim, apesar de todas essas dificuldades, é preciso deixar claro que, nestas últimas décadas, tem sido o Ministério Público um dos que mais tem procurado um novo perfil institucional, que continua em constante evolução. Mas é mister maior legitimação que lhe dê respaldo social, e também é mister um trabalho bem feito e eficiente em todos os setores da atuação ministerial. O Ministério Público deve continuar à frente de sua própria reforma (atuação e organização), destinada a acompanhar a evolução social, caso contrário, será inevitável que a própria sociedade faça aos poucos seus próprios ajustes e imponha suas próprias mudanças. E, para isso, não basta limitar-se a discutir propostas de

54. Havana, Cuba, 27 de agosto a 7 de julho de 1990.

meras mudanças físicas nas Promotorias e Procuradorias, ou alterar-se uma ou outra atribuição funcional ou algum instrumento de atuação. É preciso também haver mudanças de base, seja na área constitucional e infraconstitucional, seja até mesmo na postura funcional dos membros do Ministério Público.

O efetivo retorno social é a só justificativa dos instrumentos, atribuições e garantias conquistados. E somente quando a própria população sentir mais concretamente o trabalho do Ministério Público em seu favor é que as prerrogativas e garantias da instituição estarão justificadas e asseguradas até mesmo em face dos governantes e legisladores, e a opinião pública não aceitará sejam suprimidas, ao contrário do que hoje se dá impunemente, por meio de reformas constitucionais e legais, orquestradas pelos chefes do Executivo e seus aliados, muitos deles atuando em benefício próprio.

Por fim, se em algum momento cultural do País for efetivamente levado adiante o movimento visando a conferir maior credibilidade às instituições, cobrando-se mais seriedade dos políticos e governantes, maior respeito às leis por parte dos empresários e da população em geral e mais efetiva distribuição da Justiça – certamente não deverá estar a reboque o Ministério Público, pois sua atual destinação institucional é perfeitamente compatível com essa desejada mudança de mentalidade.

Somente assim a crítica da sociedade poderá ser favorável à atuação do Ministério Público, a quem foram conferidas tantas e tão relevantes funções.

Bibliografia

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Padova: Cedam, 1943. v. 2, § 126.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; DIAS, Paulo Roberto. A legitimidade da atuação do Ministério Público e sua relação com o sistema de investidura do Procurador-Geral de Justiça. *APMP Revista*, São Paulo, n. 26, p. 32, 1999.

HAURIQU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social. In: *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la Nouvelle Journée*, n. 23, 1925 (réimprimé Université de Caen, 1990).

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. A formação profissional e as funções do promotor de Justiça. *RT*, São Paulo: RT, v. 686, p. 284.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O Ministério Público e a jurisdição voluntária. *RePro*, São Paulo: RT, n. 48, p. 217.

_____. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O Ministério Público no processo penal. *RT*, São Paulo: RT, v. 494, p. 269.

_____. O princípio da obrigatoriedade. *RT*, São Paulo: RT, v. 683, p. 393.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLEVE, Clemerson Merlin. Limites das resoluções do CNJ e do CNMP. *O Estado de S. Paulo*, 5 dez. 2005, p. A-2.

DA DEFENSORIA E DA ADVOCACIA PÚBLICA

RUBENS APPROBATO MACHADO

Presidente do IASP (triênio 1992-1993-1994). Presidente da OAB-SP (triênio 1998-1999-2000). Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (triênio 2001-2002-2003). Advogado.

“Em todas as nações livres, os advogados se constituem na categoria de cidadãos que mais poder e autoridade exercem perante a sua sociedade” – RUI BARBOSA

“Título IV – Da Organização dos Poderes

“Capítulo IV

“Das funções essenciais à justiça

“Seção III

“Da Advocacia e da Defensoria Pública

“Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo violável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV.)

“§ 1.º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela EC 45, de 2004.)

“§ 2.º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2.º. (Incluído pela EC 45, de 2004.)

“Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4.º. (Redação dada pela EC 19, de 1998.)”

A interpretação do dispositivo constitucional transcrito se faz a partir de sua situação no texto da Carta Magna. Não está ele posto no Capítulo III, desse Título IV que, no conceito montesquiano de tripartição dos Poderes, indica o Poder Judiciário.

O art. 133, que determina a indispensabilidade do advogado na administração da justiça, está posto no Capítulo IV (Título IV), que indica quais as funções essenciais à justiça, entre elas o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública.

Essa inserção da advocacia, como função essencial à administração da justiça, está em seu termo mais amplo, tendo a postura de comando constitucional, de plena valia em si mesmo, a fim de permitir que os direitos fundamentais e individuais dos cidadãos possam ser, na plenitude, exercidos. A advocacia não está incluída como função do Poder Judiciário, mas sim, repita-se, como função essencial à administração da justiça, em seu sentido mais amplo.

Dessa primeira afirmação, pode-se, desde logo, extrair a conclusão que o texto do art. 133 tem dois dispositivos, que se completam: (a) o primeiro é o que diz: “O advogado é indispensável à administração da justiça”.

Capítulo 3

Judiciário: entre a Justiça e a Política

ROGÉRIO BASTOS ARANTES

Apresentar uma instituição ou dimensões relativamente autônomas do sistema político não é tarefa fácil, especialmente diante das diversas alternativas que se abrem a propostas desse tipo. Uma tendência comum em situações como essa tem sido recorrer à história, na expectativa de que a descrição de uma sucessão de fatos ou etapas torne inteligíveis a natureza e as especificidades do objeto que se quer analisar. Embora a história seja uma maneira útil e segura de apresentar determinadas instituições políticas, outros pontos de vista fornecidos pela Ciência Política podem oferecer contribuição mais significativa a essa descrição, tais como aqueles voltados para a análise de padrões de organização interna dessas instituições (análise organizacional), ou aqueles que recorrem à comparação de diferentes países, de sistemas políticos ou de fatores socioculturais e econômicos (método comparativo), ou ainda aqueles que se concentram na descrição formal das leis e estatutos jurídicos que definem o funcionamento da instituição, suas relações com as demais e seu impacto sobre o comportamento dos atores (método institucional).

Ao tentar descrever a natureza e as especificidades do Judiciário como instituição judicial e política, tentaremos uma combinação dessas diferentes abordagens, proporcionando uma visão abrangente sobre a

organização. Lançando mão da história, do método comparativo e da descrição jurídico-formal do Judiciário, esperamos construir uma apresentação que demonstre a importância dessa instituição no âmbito do sistema político e que incentive o leitor a buscar outras e novas respostas a questões aqui mencionadas e não completamente resolvidas.

Este capítulo está estruturado em três seções: na primeira, tratamos da construção institucional do Judiciário moderno a partir de duas grandes tradições (a norte-americana e a francesa); na segunda seção, analisamos a expansão das funções judiciais e políticas do Judiciário no século XX (e as variações em torno daquelas duas grandes tradições), dedicando ao judiciário brasileiro atenção especial; a terceira e última seção levanta hipóteses sobre o futuro do Judiciário como órgão de justiça e como poder político.

1. Judiciário moderno: órgão de justiça ou poder político?

As grandes transformações pelas quais passou o mundo ocidental nos séculos XVIII e XIX tiveram forte impacto sobre as funções da Justiça e sobre a organização do Judiciário. Ainda durante o Antigo Regime (séculos XV-XVIII), as monarquias absolutistas européias já haviam promovido uma

significativa centralização e racionalização da administração estatal, incluindo aí os cargos e funções da magistratura antes dispersos e privatizados pela nobreza.¹ Do ponto de vista econômico, o desenvolvimento das relações comerciais e de produção e a gradual implantação do capitalismo também levaram à valorização da Justiça como meio de garantia das relações entre agentes econômicos, conduzindo a magistratura a uma profissionalização crescente e o Direito à condição de principal instrumento de racionalização da vida social e econômica.

A derrubada dos regimes absolutistas e a fundação dos chamados Estados liberais na Europa e nos Estados Unidos marcaram uma profunda transformação no papel da Justiça, a começar pelo reconhecimento de sua autonomia como função estatal e, em alguns países, até mesmo como poder de Estado. Essa distinção entre função estatal e poder político remonta a duas experiências paradigmáticas de (re)fundação do Judiciário no processo de criação dos Estados liberais: a norte-americana de 1787 e a francesa de 1789.

Embora os processos que levaram à elaboração do texto constitucional americano de 1787 e à Revolução Francesa iniciada em 1789 tenham sido influenciados pelo pensamento político liberal que corria o mundo à época, o fato é que eles deram origem a dois modelos constitucionais bastante distintos e, por decorrência, o Judiciário emergiu dessas duas experiências com papéis significativamente diferentes. Como as revoluções americana e francesa influenciaram o curso histórico de outros tantos países, é

possível tomar França e Estados Unidos como dois modelos principais de definição do Judiciário moderno, que inspiraram a formação dos demais Estados liberal-democráticos nos séculos XIX e XX: a experiência francesa, mais republicana do que liberal, modernizou a função de justiça comum do Judiciário mas não lhe conferiu poder político; a americana, mais liberal do que republicana, não só atribuiu à magistratura a importante função de prestação de justiça nos conflitos entre particulares, como elevou o Judiciário à condição de poder político.

Sob a influência de grandes autores como Locke (1632-1704) e Montesquieu (1689-1755), a fórmula da separação de poderes difundiu-se no final do século XVIII como necessária à limitação do poder político do Estado e à defesa das liberdades individuais. Consagrada por Montesquieu com base em suas observações sobre o sistema político inglês, a distinção de funções e poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário passou a ser considerada indispensável à constituição de uma ordem política liberal e ao ideal de um Estado limitado, atendendo à máxima de que, “pela disposição das coisas, o poder freia o poder”.² Embora com pesos diferentes, França e Estados Unidos orientaram-se por esse princípio e promoveram, cada um a seu modo, a separação de poderes.

Segundo o artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Assembleia Nacional Francesa* (1789), “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição”. Antes da França, em 1787, os Estados Unidos

já haviam utilizado o mesmo princípio para formatar aquele que seria o texto constitucional mais importante da tradição liberal, contando inicialmente com apenas sete artigos estruturados exatamente em torno da fórmula da tripartição dos poderes.³

A primeira e mais importante diferença entre França e Estados Unidos é que, no primeiro caso, a plataforma liberal foi utilizada no combate à monarquia absolutista vigente no país havia tempos, resultando daí a proposta de esvaziamento do Poder Executivo e de fortalecimento do corpo legislativo, principal representante da soberania popular. No caso americano, a experiência da primeira década de independência revelou que governos populares não estavam imunes ao arbítrio, e outras possibilidades de tirania – não só aquela promovida por um monarca absoluto – deveriam ser prevenidas. James Madison, em um dos famosos “*artigos federalistas*” (escritos para tentar convencer os cidadãos de Nova York a votar favoravelmente à promulgação do novo texto constitucional), deixou bem claro o motivo da rigorosa adoção do princípio da separação de poderes: “o acúmulo de todos os poderes legislativo, executivo e judiciário nas mes-

mas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição de tirania”.⁴ Note-se, portanto, que os formuladores da Constituição americana divisaram a possibilidade da tirania para além do governo autoritário de um só, chegando a temer sua ocorrência também sob o governo eletivo de muitos, ou seja, sob o governo democrático da maioria. Por essa razão, e contrariamente ao que fizeram os franceses, os americanos não afirmaram a supremacia do parlamento e, reconhecendo que o corpo legislativo não poderia ficar imune a controles, trataram de imaginar formas de limitar o seu poder político.⁵

As diferentes aplicações práticas da tese de Montesquieu resultaram em definições bastante distintas para o Judiciário, no quadro geral da separação de poderes. Na França, a idéia de supremacia do Legislativo, bem como a profunda desconfiança dos revolucionários em relação à magistratura do Antigo Regime, não poderiam ter levado a uma valorização do Judiciário como poder de Estado. Nos Estados Unidos, a preocupação com o direito à propriedade frente à voracidade legislativa de governos populares acabou

1. Uma brilhante análise desse processo de centralização e racionalização administrativa sob o Antigo Regime, e a consequente perda de poder e legitimidade da aristocracia, foi feita por Alexis de Tocqueville. Ver Tocqueville, A. *O Antigo Regime e a Revolução*. Brasília: Editora UNB, 1997 (4ª ed.).
2. Montesquieu. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.156.

3. A Constituição elaborada pela Convenção da Filadélfia em 1787 (à qual dez novos artigos foram acrescentados na primeira sessão do Congresso em 1791) continha apenas sete artigos: o primeiro dispunha sobre o Legislativo, o segundo sobre o Executivo e o terceiro sobre o Judiciário; o quarto tratava de assuntos federativos e do relacionamento entre os estados; o quinto tratava de procedimentos para votação de emendas à Constituição e os dois últimos estabeleciam regras de transição para o novo modelo constitucional e sua ratificação pelos estados.
4. Madison, James, Hamilton, Alexander e Jay, John. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p.331-2.
5. Esse receio teve base real na experiência de caos econômico e social que atingiu os estados americanos independentes, após 1776. O ponto máximo ocorreu precisamente quando os Legislativos locais passaram a decretar perdão de dívidas de agricultores falidos, muitas vezes anulando decisões judiciais favoráveis aos credores. A generalização de práticas arbitrárias por parte dos legisladores levou os constituintes de 1787 ao reconhecimento de que submeter o poder político ao povo não era suficiente, e que medidas adicionais de contenção do órgão representativo dessa soberania popular seriam necessárias. Para uma análise do contexto histórico e dos motivos principais que levaram à formulação do texto constitucional americano, ver a apresentação de Isaac Kramnick a *Os artigos federalistas*, op. cit., p.1-86.

elevando o Judiciário à condição de poder político, capaz de se colocar entre o governo e o cidadão, na defesa dos direitos individuais deste último (principalmente o direito à propriedade).

A condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo parlamento. Essa função, conhecida como *judicial review* ou *controle de constitucionalidade das leis*, coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes, exatamente naquela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas (leis e atos executivos) capazes de impor comportamentos. Nos países em que o Judiciário ou um tribunal especial pode ser acionado para verificar o respeito das leis e dos atos normativos à Constituição, pode-se dizer que existe um terceiro poder político de Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo. Nos países em que essa função inexistente, o Judiciário assemelha-se a um órgão público ordinário, responsável pela importante tarefa de prestar justiça nos conflitos particulares, mas incapaz de desempenhar papel político no processo decisório normativo. É nesse sentido que Estados Unidos e França constituem exemplos paradigmáticos de delegação e de não delegação, respectivamente, desse papel político à magistratura.

Na França, o processo revolucionário iniciado em 1789 desdobrou-se em três textos constitucionais, promulgados em 1791, 1793 e 1795. A despeito de refletirem o maior ou menor grau de radicalização das diversas fases da revolução, em nenhum deles o Judiciário recebeu a missão de contro-

lar os atos dos demais poderes e apenas teve valorizado seu papel de prestador da justiça comum, civil e criminal. A primeira Constituição, de 1791, fez menção às três funções de governo – executivo, legislativo e judiciário – mas manteve o regime monárquico. No Capítulo V, do Judiciário, o artigo 1º afirmava que a função judiciária não poderia ser exercida nem pelo Legislativo nem pelo Executivo, mas no artigo 3º deixava absolutamente claro que *os tribunais não tinham o direito de suspender a execução das leis*. Esses dois dispositivos foram recolocados no texto de 1795 (artigos 202 e 203, respectivamente), que marcou a retomada burguesa do curso revolucionário. Entretanto, das três constituições, a que mais se afastou da idéia liberal de separação e equilíbrio de poderes foi aquela elaborada pelos radicais jacobinos (1793), considerada pelo historiador inglês Hobsbawm “a primeira constituição genuinamente democrática proclamada por um Estado moderno”.⁶ Pois se assim se deu, cabe destacar que a primeira constituição democrática moderna não reservou papel político ao Judiciário. Ao lado do sufrágio universal e de outras medidas igualitárias, o texto de 1793 estabeleceu a supremacia do parlamento como órgão da soberania popular e, com base na idéia rousseauiana da *vontade geral*, fixou a supremacia da lei: segundo o artigo 4 da declaração de direitos que precedia o texto constitucional, “a lei é expressão livre e solene da vontade geral” e só ela poderia punir, proteger e estabelecer o que era justo e útil à sociedade. Ou seja, nenhuma outra instituição social ou política poderia colocar-se entre o Estado e a Nação, entre o corpo legislativo e a soberania popular, entre a vontade geral e o indivíduo. Não havia

espaço, portanto, para que o Judiciário funcionasse como poder político intermediário e órgão controlador dos demais poderes. É verdade que vários artigos da constituição de 1793 foram dedicados às funções da justiça civil e criminal (artigos 85 a 100), mas nenhum deles autorizava o Judiciário francês a desempenhar outro papel que não o de prestação da justiça nos conflitos entre particulares. Cabe registrar ainda que mesmo os textos mais liberais e menos democráticos de 1791 e 1795, bem como o de 1793, estabeleceram o princípio eletivo para cargos da magistratura (até mesmo com mandato, no caso de 1793), o que respondia ao ideal republicano e antiaristocrático de preenchimento das funções públicas nessa fase de redefinição revolucionária do estado francês.

A contraposição entre Estados Unidos e França lembra o clássico antagonismo entre Liberdade e Igualdade, que tem no direito à propriedade sua pedra de toque. Embora os movimentos revolucionários francês e americano tenham levantado essas duas bandeiras, nos Estados Unidos a liberdade ditou mais regras do que a igualdade; na França, as tentativas mais radicais foram no sentido inverso e, embora não tenham se consolidado, deixaram marcas duradouras nas instituições políticas francesas. Se a pedra de toque desse antagonismo foi o direito à propriedade, as constituições americana e francesas refletiram justamente a preocupação maior ou menor com a sua conservação, e é exatamente nesse ponto que o Judiciário passou a fazer diferença.

Nos Estados Unidos, os formuladores da Constituição de 1787 fizeram do Judiciário um guardião postado no limiar entre a liberdade e a igualdade, atribuindo-lhe a tarefa

de zelar pela propriedade contra as investidas da maioria governante. Na França, a ideologia igualitária impediu que a magistratura pudesse ter qualquer poder político, muito menos o de interpor-se entre o corpo legislativo e a soberania popular. Nessa perspectiva, a propriedade ficaria menos guarnecida, em que pese tenhamos que considerar os riscos impostos à própria liberdade, num cenário em que a soberania popular se vê ilimitada. Robespierre (1758-1794), líder radical e dirigente na fase do governo jacobino, destacou-se entre outras coisas por sugerir a superioridade do valor da igualdade sobre o direito de propriedade. Em discurso na Convenção Nacional, em abril de 1793, quando esta se preparava para elaborar uma nova constituição, Robespierre criticou as noções de liberdade e igualdade da primeira declaração de direitos de 1789 e sugeriu uma nova redação para o futuro texto constitucional:

Ao definir a liberdade, o primeiro dos bens do homem, o mais sagrado dos direitos que ele recebe da natureza, dissestes com razão que os limites dela eram os direitos de outrem; por que não aplicastes esse princípio à propriedade, que é uma instituição social? ... Multiplicastes os artigos para assegurar a maior liberdade ao exercício da propriedade, e não dissestes uma única palavra para determinar o caráter legítimo desse exercício; de maneira que vossa declaração parece feita não para os homens, mas para os ricos, para os monopolizadores, para os agiotes e para os tiranos.

6. Hobsbawm, Eric J. *A Era das Revoluções. 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 9.ed., 1996. p.87.

7. Robespierre, Maximilien. *Discursos e Relatórios na Convenção*. Rio de Janeiro: Eduerj/Contraponto, 1999. p.88-9 (grifo nosso).

Na seqüência, Robespierre propõe uma nova definição do direito de propriedade, limitado pela "obrigação de respeitar os direitos de outrem", chegando a propor, nesse mesmo discurso, a introdução do imposto progressivo na França, por meio do qual os mais ricos pagariam proporcionalmente mais do que os mais pobres.⁸

Robespierre, para quem o princípio da separação de poderes já significava um modismo irrelevante, uma quimera que sempre terminava em flagelo do próprio povo (pela corrupção e conluio dos políticos de ramos aparentemente separados do governo), defendia a supremacia da *vontade geral* contra o "teatro burlesco" em que se convertia a relação entre os poderes constitucionais.⁹ A vontade igualitária de Robespierre, que chegou a ameaçar a propriedade e que defendia a soberania popular como fonte e garantia única de direitos, só não foi maior do que a sua determinação em orientar-se pelas *razões de Estado*, isto é, aquelas ações indispensáveis à manutenção do poder político, agravadas na época pelo contexto interno, de revolução, e externo, de guerra. No marcante processo de julgamento político de Luís XVI, que culminou com a decapitação do rei em

janeiro de 1793, Robespierre defendeu a distinção entre Direito e Política, argumentando que o rei não poderia ser julgado pelas vias do primeiro mas pelas razões de Estado impostas pela segunda: "Os povos não julgam como as cortes judiciárias; não pronunciam sentenças; fulminam; não condenam os reis, mergulham-nos de novo no nada; e essa justiça bem vale a dos tribunais". E, concluindo, asseverou: "Luís deve morrer porque é preciso que a pátria viva".¹⁰

A experiência francesa da fase do Terror ultrapassou a antítese *igualdade versus propriedade* e deixou lições sobre outra antítese ainda mais profunda: *liberdade versus poder*. Se, por um lado, a Revolução afastara-se dos princípios liberais em nome de um republicanismo radical, por outro o exercício ilimitado do poder político em nome das razões de Estado arranhou mais do que o direito de propriedade, atingindo gravemente a própria liberdade, numa forma inédita de ditadura em nome do povo. Não por acaso, dos três textos constitucionais da Revolução, o dessa fase foi o que menos emprestou ao Judiciário o papel de defesa das liberdades frente aos poderes políticos. Ao final, a Revolução retomaria seu curso mais liberal, mas

o espírito republicano não deixaria de influenciar a política francesa, a despeito dos excessos cometidos naquela fase radical.

Ninguém percebeu melhor do que Aléxis de Tocqueville (1805-1859) as diferentes origens dos regimes políticos americano e francês. Oriundo da pequena nobreza francesa, Tocqueville tivera seus avós maternos e uma de suas tias guilhotinados na Revolução, seu pai permanecera preso por um bom tempo e consta que sua mãe mergulhou em desequilíbrio mental com esses acontecimentos. Frente ao que ele chamava de a "grande revolução democrática", uma onda de "crescente igualdade de condições" que não só assolava a França mas tendia à escala mundial, Tocqueville observava o surgimento desse novo mundo com um misto de temor e admiração. Sem compromisso de classe com o projeto burguês, seu olhar liberal-aristocrático lhe permitiu divisar a sociedade burguesa como uma sociedade em que a crescente igualdade de condições anulava antigas distinções sociais, mas também levava à massificação, ao individualismo e à apatia política, constituindo assim ambiente propício à emergência do despotismo.

No seu clássico livro *A democracia na América*,¹¹ Tocqueville procura as razões do sucesso americano em conciliar essa crescente igualdade de condições e a manutenção da liberdade individual e política. Dentre elas, Tocqueville ressaltará a descentralização do sistema político que, por meio da separação de poderes, do federalismo e do autogoverno local, propiciava ao mesmo tempo incentivos à participação política da comunidade e pro-

teção à liberdade individual dos cidadãos, contra tendências arbitrárias da maioria política. Mas o contraste com o fracasso francês em obter o mesmo equilíbrio entre governo popular e liberdade individual fica especialmente evidente quando Tocqueville destaca o papel político do Judiciário americano. No quadro da separação de poderes, tão valorizado nos Estados Unidos e menos considerado na França, o Judiciário americano constitui para Tocqueville "o mais poderoso e único contrapeso da democracia", justamente por sua capacidade de controlar a constitucionalidade das leis promulgadas pela maioria política.

O papel do Judiciário de guardião da Constituição nos Estados Unidos contrastava com a sua nulidade política na França, levando Tocqueville a perceber a engenhosa saída americana para o problema da limitação do poder político da maioria em governos populares: reservar a decisão final em casos de conflitos constitucionais a um corpo especial de magistrados, que dispunham de razoável dose de independência funcional em pleno regime republicano. Observando mais de perto a magistratura americana, Tocqueville foi o primeiro a perceber a incongruência entre uma sociedade crescentemente igualitária e a permanência, no âmbito do Estado, de um corpo insulado de funcionários públicos acumulando garantias e privilégios incompatíveis com o regime republicano.¹² Mas era justamente nessa incongruência que residia a originalidade do sistema político americano, segundo Tocqueville: a magistratura independente era

8. A proposta de Robespierre era a seguinte: "Os cidadãos cujos proventos não excedam aquilo que é necessário a sua subsistência devem ser dispensados de contribuir para os gastos públicos; os outros devem sustentá-los progressivamente, segundo a dimensão de suas fortunas". O exemplo do imposto progressivo como resultado de uma decisão política majoritária que, orientada pelo princípio da igualdade, arranha o direito de propriedade, permanece atual se considerarmos as sucessivas tentativas de instituição desse tipo de cobrança no Brasil e as derrotas impostas por decisões judiciais conservadoras do direito de propriedade, que impedem sua implementação, como no caso do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU em diversos municípios brasileiros. Robespierre, Maximilien. *Discursos e Relatórios...*, op. cit., p.89.

9. Em discurso à Convenção, em 10 de maio de 1793, Robespierre criticou a fórmula da separação de poderes e o tipo de dinâmica política perniciosa que ela introduzia: "Que nos importam as combinações que equilibram a autoridade dos tiranos! É a tirania que se deve extirpar: não é nas querelas de seus senhores que os povos devem buscar a vantagem de respirar por alguns instantes; é em sua própria força que se deve colocar a garantia de seus direitos". Ibidem, p.100-1.

10. Ibidem, p.58 e 64.

11. Tocqueville, Alexis de. *A Democracia na América*. (1835-40) São Paulo: Edusp, 1977.

12. A tarefa de julgar com independência levou o Judiciário a gozar de garantias especiais como a vitaliciedade (permanência no cargo por tempo indeterminado ou até alguma idade limite para aposentadoria compulsória), a irredutibilidade de vencimentos e, em alguns lugares, a impossibilidade de sofrer transferência de local de atuação sem tê-la solicitado (inamovibilidade).

a última barreira às paixões democráticas desenfreadas, e sua autonomia poderia ser considerada condição de sobrevivência, no longo prazo, do próprio regime republicano, sujeito a investidas constantes da maioria política contra os direitos de liberdade.

Idealizando a antiga liberdade sob a sociedade aristocrática – não a liberdade burguesa, individualista, mas a defendida pela nobreza, vinculada mais a valores como a honra e a glória – Tocqueville não teve dúvidas em apresentar a magistratura americana, juntamente com os advogados, como uma espécie de nova aristocracia. Como estivesse se reencontrando com a classe social de seus antepassados, destruída na França pela Revolução, Tocqueville realiza um daqueles “achados” analíticos decisivos para a interpretação da formação histórico-política das modernas democracias liberais: “se me perguntassem onde situo a aristocracia americana, responderia sem hesitar que não o faço entre os ricos, que não possuem nenhum laço comum que os assemelhe. A aristocracia americana está no banco dos advogados e na cadeira dos juízes”.¹³

A analogia de Tocqueville não se detinha na função antidemocrática da magistratura ou no fato de os juízes gozarem de garantias e privilégios quase aristocráticos, mas chegava até os hábitos e costumes dessa classe especial:

Por isso, encontramos, oculta no fundo da alma dos juristas, uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia. Como ela, têm um ins-

*tintivo pendor para a ordem, um amor natural pelas formas; assim como a aristocracia, concebem um grande desgosto pelas ações da multidão e, secretamente, desprezam o governo do povo.*¹⁴

Tocqueville enunciaria ainda outros traços peculiares da magistratura, pelos quais ela passaria a ser conhecida e criticada daí por diante, como o conservadorismo:

*Na América, não existem nobres nem literatura, e o povo desconfia dos ricos. Por isso, os juristas constituem a classe política superior e a porção mais intelectual da sociedade. Assim, não poderiam senão perder, ao inovar; isso acrescenta um interesse conservador ao gosto natural que têm pela ordem.*¹⁵

Ou ainda a morosidade e outros aspectos que caracterizam o funcionamento da Justiça, em comparação com as tendências do povo, expostos por Tocqueville na forma de dicotomias:

*Aos seus [do povo] instintos democráticos, [os juízes] opõem secretamente os seus pensadores aristocráticos; ao seu amor à novidade, o seu supersticioso respeito a tudo o que é antigo; à imensidade de seus propósitos, as suas vistas estreitas, ao seu desprezo às regras, o seu gosto pelas formas; e ao seu ardor, o seu hábito de proceder com lentidão.*¹⁶

Por fim, Tocqueville menciona as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário americano, sobretudo nos estados, para sustentar sua condição de poder independente de controles políticos nos marcos de um governo popular, particularmente as tentativas de remoção de juízes de seus cargos ou sua escolha pela via eleitoral. “Ouso prever”, completa o autor, “que tais inovações terão, mais cedo ou mais tarde, resultados funestos, e que um dia se perceberá que, diminuindo assim a independência dos magistrados, não somente se ataca o poder judiciário, mas a própria república democrática”.¹⁷ Em outras palavras, um corpo anti-republicano ou aristocrático cumprindo a função de anti-corpo da democracia, combatendo prontamente a tirania da maioria. Retirar-lhe a independência seria – segue a metáfora orgânica – enfraquecer o sistema imunológico, abrindo espaço às viroses democráticas.

Em resumo, as experiências americana e francesa nos legaram dois modelos distintos de Judiciário, ambos passíveis de aplicação na democracia, apesar de imperfeitos. No primeiro caso – e em todos os países que tomaram os Estados Unidos como exemplo – o Judiciário cumprirá a importante função liberal de conter a vontade política majoritária, mas a condição não republicana da magistratura enfrentará de tempos em tempos tentativas de redução de sua independência quase aristocrática, especialmente nas situações em que o Judiciário assumir posição mais agressiva no controle dos atos normativos das maiorias políticas representativas. No segundo caso – e nos demais países em que o Judiciário restringe-se a pres-

tar justiça nos conflitos particulares – não encontramos essa nova aristocracia no seio da república mas ouvimos em contrapartida queixas recorrentes sobre a ausência de um guardião independente da Constituição e sobre a sujeição completa da sociedade à vontade política da maioria governante.

2. A expansão do Judiciário no século XX: justiça comum e papel político

Ao longo do século XX, o Judiciário passará por um significativo processo de expansão em suas duas funções principais, tanto a de prestação da justiça comum quanto a de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Evidentemente, essa dupla expansão não será linear nem homogênea, considerando a diversidade de regimes democráticos existentes e as grandes fases políticas e econômicas que marcaram o século XX.

2.1 A expansão do controle constitucional das leis

Na dimensão política, os estudos sobre o tema do controle constitucional demonstram como o princípio da revisão judicial das leis foi sendo crescentemente adotado por vários países,¹⁸ especialmente com a promulgação de novos textos constitucionais no século XX, muito mais substantivos e rígidos do que os produzidos no século XIX.

Nesse processo, a experiência dos Estados Unidos seguiu dando o exemplo, levando alguns países a copiar o seu modelo e

13. *Ibidem*, p.206.

14. *Ibidem*, p.201.

15. *Ibidem*, p.206.

16. *Ibidem*, p.206-7.

17. *Ibidem*, p.207.

18. Ver, nesse sentido, Cappelletti, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

outros a buscar alternativas de controle constitucional ainda mais inovadoras, capazes de corrigir alguns inconvenientes do sistema americano.

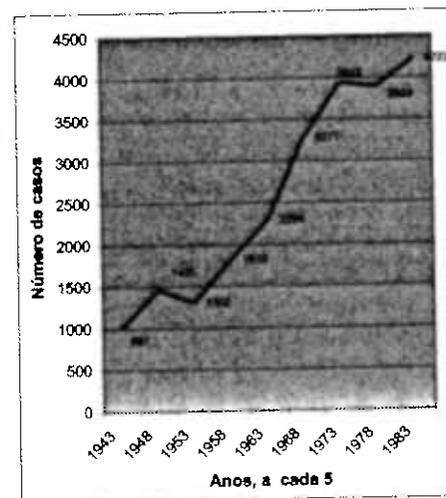
No início do século XX, a Suprema Corte dos Estados Unidos já era bastante conhecida por suas decisões declarando a inconstitucionalidade de leis, especialmente aquelas relacionadas à intervenção do governo na economia. Segundo Baum, “nos anos 20, a Corte Suprema declarou inconstitucionais mais de 130 leis regulamentadoras [econômicas]”.¹⁹ O ponto máximo dessa trajetória de auto-afirmação da Suprema Corte no âmbito do sistema político americano se deu, não sem grave desgaste para o próprio tribunal, no processo de implementação do chamado *New Deal*, projeto de recuperação econômica planejado pelo presidente Franklin Roosevelt após a grande crise do capitalismo em 1929.

Colocando-se contra o programa econômico *New Deal*, a Suprema Corte tomou várias decisões entre 1935 e 1936, anulando dispositivos legais propostos pelo presidente e aprovados pelo Congresso. Reeleito por maioria esmagadora em 1936, Roosevelt investiu contra o tribunal, propondo ao Congresso que ampliasse o número de seus ministros de 9 para 15, pois assim ele poderia indicar um número suficiente de juízes que dessem apoio ao programa econômico. Numa mudança que ficou conhecida como “*the switch in time that saved nine*”,²⁰ dois juízes – incluindo o então presidente do tribunal, Hughes – alteraram seus votos e passaram a confirmar a validade constitucional da legislação introduzida pelo governo. Di-

ante desse fato, e associado aos pedidos de aposentadoria de alguns juízes conservadores, Roosevelt pôde, segundo Baum, nomear novos ministros sem a necessidade de alterar o número de cadeiras do tribunal.

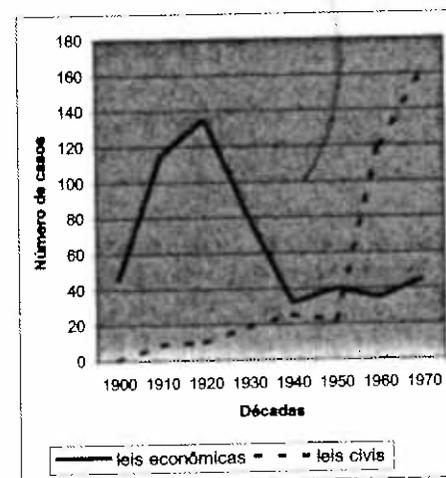
A partir da década de 1950, especialmente sob a presidência de Earl Warren (1953-1969), a Suprema Corte americana iniciaria uma nova fase, destacando-se dessa vez por sucessivas decisões com forte impacto na ampliação dos direitos civis. Um dos principais marcos dessa fase foi o julgamento *Brown versus Junta de Educação*, pelo qual a Corte condenou a política de segregação racial das escolas, sobretudo do sul do país, e obrigou o sistema escolar a integrar negros e brancos nas mesmas instalações. A partir dessa decisão, segundo Baum, várias outras viriam garantir o direito dos negros a acesso igualitário a serviços públicos nos Estados Unidos. Essa grande fase da Suprema Corte não ficaria restrita à questão racial, mas ampliaria também os direitos civis em várias outras frentes: na área da justiça criminal e na proteção individual em relação à atuação policial, no exercício da liberdade de expressão e em outros temas controversos como o aborto, marcando um *ativismo judicial* liberalizante por parte do tribunal. Os Gráficos 1 e 2 demonstram não só o vertiginoso crescimento do número de casos apreciados pela Suprema Corte no século XX como, nos processos de controle de constitucionalidade das leis, ficam evidentes essas duas grandes fases de atuação do tribunal, em que as questões econômicas da primeira metade do século deram lugar às questões relacionadas a direitos civis na segunda.

GRÁFICO 1. Número de processos iniciados na Corte Suprema americana, a intervalos de cinco anos (1943-1983).



Fonte: Baum, L., op. cit., p.161.

GRÁFICO 2. Número de leis econômicas e referentes às liberdades civis (federais, estaduais e municipais) revogadas pela Corte, por década.



Fonte: Baum, L., op. cit., p.280.

19. Baum, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p.41.

20. Ver Baum, L., op. cit., p.43.

Desde que a Suprema Corte foi colocada na condição de poder proferir a última palavra sobre questões gerais da sociedade americana, as possibilidades e limites desse arranjo institucional têm sido objeto de polêmica, justamente pela delicada interface que esse sistema estabelece entre o direito e a política, entre a perspectiva liberal que impõe freios à vontade majoritária e a perspectiva democrática que reivindica a legitimidade das decisões políticas como exclusividade dos órgãos representativos da soberania popular.

A experiência da Corte nas décadas de 1920 e 1930 e sua oposição sistemática às políticas governamentais do período Roosevelt ensejaram fortes críticas diante da possibilidade de distorção dos princípios do governo popular que, segundo expressão de um analista francês da época – cunhada antes mesmo do agravamento da crise entre o tribunal e o presidente – estaria degenerando em um “governo dos juizes”.²¹

Na Europa, no início do século XX, eram poucos os países que tinham escapado à influência republicana francesa e introduzido o mecanismo da revisão judicial das leis. Embora não mencionada na seção anterior, também a Inglaterra constituía um importante exemplo de que era possível sustentar o regime democrático sem esse tipo de controle, uma vez que lá predominara, na passagem do absolutismo ao estado liberal, a tese da “supremacia do parlamento”, isto é, da impossibilidade de que decisões legislativas pudessem ser revistas por outros órgãos à

luz de alguma norma superior que, a rigor, nem existia na Inglaterra onde, até hoje, não encontramos um documento escrito que se possa chamar de Constituição.

Essa situação seria significativamente alterada após a Segunda Guerra Mundial, quando a retomada do regime democrático em vários países passou a admitir o princípio liberal de controle de constitucionalidade das leis. Na verdade, o primeiro passo nesse sentido já havia ocorrido em 1920, quando na Áustria uma nova constituição introduziu o controle constitucional, sob a influência do eminente jurista Hans Kelsen.

O modelo austríaco, que seria estendido a outros países europeus após a Segunda Guerra, era bem diferente do sistema americano.²² Nos Estados Unidos, todos os juizes que integram o Poder Judiciário têm capacidade para declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos, no julgamento de casos judiciais concretos. Nesse modelo, classificado como *difuso* pela bibliografia especializada, eventuais conflitos entre a lei e a Constituição não são levados diretamente à Suprema Corte mas lá apenas ingressam pela via dos recursos oriundos das instâncias inferiores do Judiciário. A Suprema Corte só se destaca como guardiã da Constituição graças à força vinculante de sua jurisprudência e ao caráter terminativo prático de suas decisões, mas é importante destacar que ela não detém o monopólio da interpretação constitucional das leis e divide essa competência com as diversas instâncias do Judiciário, num

sistema que também é chamado de *descentralizado*. Além disso, a função de revisão judicial se vê reforçada pelas garantias de independência do Judiciário, tais como a vitaliciedade, da qual gozam até mesmo os ministros da Suprema Corte.²³

Na Áustria, o controle constitucional foi introduzido como monopólio de um tribunal especial, mais conhecido como Corte Constitucional. Ao contrário do modelo difuso, esse tribunal tem competência para julgar a própria lei, provocado por ação direta que questiona a sua constitucionalidade, não havendo possibilidade de outros órgãos judiciais realizarem o controle constitucional de maneira descentralizada.²⁴

O sistema austríaco, também chamado de *concentrado*, serviu de modelo para os países europeus que, no pós-guerra, decidiram incorporar o princípio do controle constitucional das leis à democracia política. Assim foram os casos de Itália e Alemanha, onde as experiências do nazismo e do fascismo levaram os formuladores das constituições de 1947 e 1949, respectivamente, a introduzirem mecanismos de controle do poder político, entre eles um tribunal especial para julgar a constitucionalidade das leis.

Apesar dessa intenção marcadamente liberal, o modelo das cortes constitucionais

concentradas procurou evitar os males do sistema americano, cuja descentralização da revisão judicial e o alto grau de insulamento da magistratura por vezes ameaçavam levar à indesejável situação de “governo dos juizes”. Contra essa possibilidade, causada pela fórmula judiciária de revisão constitucional, o sistema concentrado procurou estabelecer um melhor equilíbrio entre a função liberal de controle das leis e a vontade política majoritária, justamente por meio de uma maior politização da composição das cortes constitucionais, e de restrição do número de agentes legitimados a promover ação perante o tribunal. Assim, além do monopólio da declaração de inconstitucionalidade, afastando os órgãos judiciais e suas diversas instâncias da possibilidade de intervir em questões macropolíticas, a composição das cortes e sua posição no arranjo institucional de Poderes contribuem para o reconhecimento da dimensão política de suas funções. As cortes constitucionais são órgãos separados do Poder Judiciário, não coincidindo com seus tribunais superiores. As formas de investidura no cargo são mais politizadas, em geral combinando a participação do presidente da República e do Poder Legislativo na escolha dos integrantes da corte. Também a fixação dos mandatos dos ministros, embora muitas

21. Lambert, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: M. Giard & Cie, 1921.

22. As considerações que se seguem, a respeito desses diferentes sistemas, estão baseadas em trabalho anterior: Arantes, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Idesp/Sumaré/Educ, 1997.

23. No caso da Suprema Corte, a vitaliciedade compensa o fato de os ministros serem indicados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. Se essa forma de indicação permite algum grau de politização no processo de escolha, no longo prazo, a inexistência de mandato fixo e as garantias de exercício do cargo tendem a neutralizar aquela influência política inicial. Isso não significa que ministros escolhidos por serem mais conservadores ou mais liberais – refletindo a maioria política da época – deixem de sê-lo com o passar do tempo, mas, se a hipótese mais rasteira de que o seu comportamento refletirá uma espécie de “dívida pessoal de gratidão pela indicação” tem alguma importância, ela não parece resistir no longo prazo à independência adquirida pelo juiz após a posse.

24. Em países que adotam esse modelo, processos na justiça comum podem até suscitar uma questão constitucional. Entretanto, os juizes são obrigados a suspender esses casos e requerer da Corte Constitucional (que detém o monopólio) uma decisão sobre a questão levantada. Os órgãos judiciais comuns nesses países não podem decidir sobre a (in)constitucionalidade das leis que se aplicam aos casos concretos que estão examinando.

vezes longos, baseia-se na idéia de que o exercício da função deve ser submetido à avaliação periódica do corpo político, além de indicar que a interpretação da Constituição pode mudar com o tempo. Por fim, a dimensão política é ainda reforçada pela restrição do número de agentes que podem acionar o tribunal constitucional, geralmente restrito ao presidente, aos governos estaduais (se houver), e a uma fração – em geral um terço – dos membros do Parlamento.

Note-se, portanto, que a conversão de países europeus a um modelo mais liberal de democracia não chegou a ponto de entregar difusamente ao Judiciário a capacidade de controlar a constitucionalidade das leis, como nos Estados Unidos, muito menos significou um mergulho na ilusão de que tal função pode ser considerada meramente jurídica: as cortes constitucionais do modelo concentrado são órgãos reconhecidamente políticos e, estando apenas um pouco mais insulados por garantias e privilégios, operam como uma espécie de legislador às avessas, negando validade às leis que consideram incompatíveis com a Constituição.

Uma segunda onda de liberalização de regimes políticos nas décadas de 1970 e 1980 daria novo impulso à expansão da função política de controle de constitucionalidade das leis, tanto na forma difusa norte-americana como na forma concentrada européia. Foi assim em países como Portugal e Espanha que, ao dissolverem regimes ditatoriais no final dos anos 70, recorreram à criação de sistemas de controle constitucional por meio de novas constituições em 1976 e 1978, respectivamente. Poucos anos depois, quando essa onda liberalizante atingiu a América Latina, vários regimes militares autoritários deram lugar a democracias liberais, que restabeleceram o funcionamento normal do Judiciário e, com isso, permitiram a retomada do

sistema difuso de revisão judicial que aqui havia sido adotado por alguns países, sob influência do modelo norte-americano.

Entre os extremos das fórmulas difusa e concentrada de controle constitucional, houve países que buscaram estabelecer combinações entre elas, dando origem a sistemas mistos ou, como parece singularizar o caso brasileiro, um sistema *híbrido*.

No Brasil, embora a primeira Constituição republicana de 1891 tenha copiado o modelo difuso americano, várias mudanças inspiradas no sistema concentrado europeu foram feitas pelas constituições posteriores, a ponto de transformar nosso sistema de controle constitucional em um sistema *híbrido*, bastante singular no quadro do direito comparado. Com a redemocratização do país nos anos 80, tanto a dimensão difusa do controle constitucional quanto o mecanismo de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal foram retomados e ampliados sem, contudo, estabelecer-se uma clara predominância das declarações de inconstitucionalidade do STF sobre as instâncias inferiores do Judiciário.

Hoje, graças à Constituição de 1988, nosso sistema não é *apenas difuso* porque contamos com o mecanismo da ação direta de inconstitucionalidade, patrocinada junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, que pode anular ou ratificar a lei em si. Desse ponto de vista, o STF é quase uma corte constitucional. O sistema também não é *apenas concentrado* porque o STF não detém o monopólio da declaração de (in)constitucionalidade, dividindo essa competência com os juízes e tribunais inferiores de todo o país que, se não chegam a anular a lei, podem afastar sua aplicação em casos concretos. Desse ponto de vista, quando o STF recebe recurso das instâncias inferiores em questões constitucionais ele se

manifesta apenas como órgão de cúpula do Judiciário e suas decisões valem apenas para aqueles casos particulares. Foi essa disjuntiva entre o lado difuso e o lado concentrado do sistema brasileiro que, nos anos 1990, suscitou propostas de introdução da chamada força vinculante nas decisões do STF, sobre as instâncias inferiores do Judiciário, bem como de mecanismos de abreviação dos conflitos constitucionais relevantes, para que sejam remetidos rapidamente ao STF, para apreciação definitiva e válida para todo o país (avocatória ou incidente de inconstitucionalidade).²⁵

Além da descentralização típica do modelo difuso, o sistema híbrido brasileiro tornou-se extremamente acessível também pela via direta, na medida em que a Constituição de 1988 ampliou de um para nove os agentes legitimados a fazer uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Antes restrita ao Procurador-Geral da República, a lista de agentes legitimados a propor ação direta tornou-se uma das mais generosas do mundo, ultrapassando até mesmo os países de modelo puramente concentrado: o artigo 103 da Constituição menciona:

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa [portanto, de 27 estados]; V - o Go-

vernador de Estado [idem]; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional [cerca de 20, hoje]; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional [número desconhecido].

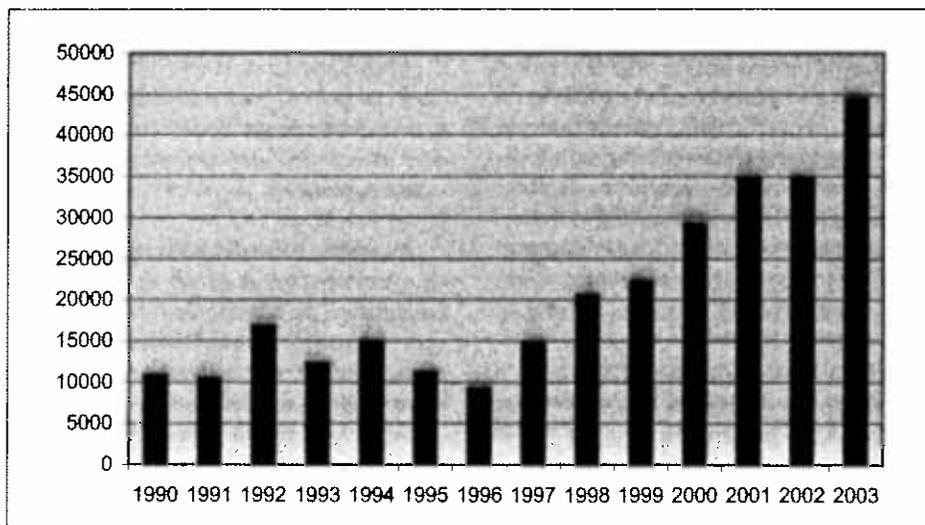
Os efeitos dessa descentralização podem ser vistos nos Gráficos 3 e 4, que mostram o crescimento do número de Recursos Extraordinários e de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, respectivamente. Por meio dos primeiros, chegam ao STF os casos concretos envolvendo questões constitucionais decididas em instâncias inferiores do Judiciário (recurso proveniente do lado difuso do sistema). Por meio das Adins, faz-se o controle constitucional direto.

De acordo com Gráfico 3, os conflitos constitucionais, que pela via difusa chegaram ao STF, triplicaram de volume entre 1990 e 2002, crescendo especial e paradoxalmente após 1997, quando o país parecia ter atingido razoável grau de estabilidade política e econômica com o governo Fernando Henrique Cardoso.²⁶ Entre as Adins, como mostra o Gráfico 4, a década de 1990 começou e terminou com cerca de 250 ações por ano, nunca tendo experimentado menos do que 150 processos anuais. Dado surpreendente ocorreu no primeiro ano do governo

25. Análise essas propostas de reforma, algumas já aprovadas e outras ainda em tramitação no Congresso Nacional, no capítulo "Jurisdição Política Constitucional", em Sadek, Maria Tereza (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, e no capítulo "Consensos e dissensos na reforma constitucional do Judiciário", em Pinheiro, Armando C. *Reforma do Judiciário. Problemas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Idesp / Rio de Janeiro: Book Link, 2003.

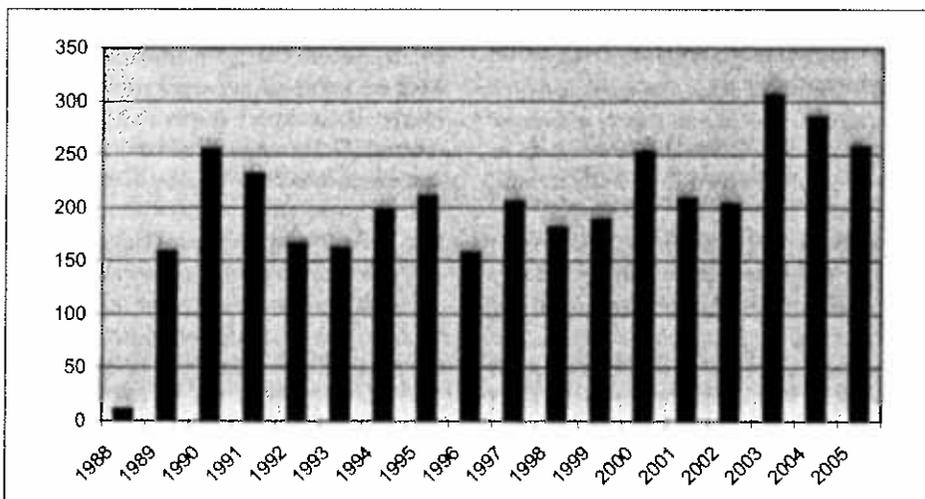
26. É preciso considerar que o Recurso Extraordinário marca a chegada do processo na última instância do Judiciário, sendo ainda difícil, pelos dados disponíveis, saber há quantos anos essas ações estavam tramitando na Justiça. Seja como for, é a partir de 1997 que o volume de REX pula de cerca de 15 mil para 35 mil.

GRÁFICO 3. Recursos Extraordinários distribuídos para julgamento no STF (1990-2003).



Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. (www.stf.gov.br)

GRÁFICO 4. Ações Diretas de Inconstitucionalidade no STF (1988-2005)



Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. (www.stf.gov.br)

Lula, quando o número de Adins saltou para mais de 300 ações e manteve-se relativamente elevado nos anos seguintes, embora com tendência de queda em direção ao patamar médio anterior.

Quando se observa o número de ações por proponentes, num total de cerca de 2.590 entre os anos de 1988 e 2001, destacaram-se como autores os governadores de estado e as confederações sindicais de âmbito nacional (ambos com 26,3%), seguidos pelos partidos políticos (21,2%) e pelo Procurador-Geral de Justiça (19,5%). Vianna et al. já haviam revelado esse padrão em estudo que analisou as Adins do período 1988-1998, e pode-se afirmar que esses resultados indicam que o STF veio atuando em duas dimensões principais, desde a Constituição de 1988: a corte representa espaço importante de oposição das confederações sindicais e partidos políticos insatisfeitos com a produção legislativa e também funciona como tribunal da federação, pela quantidade significativa de ações promovidas por governadores contra, principalmente, leis produ-

zidas no próprio estado, pelas Assembléias Legislativas.²⁷

Embora legitimados a propor Adins, presidente(s) da República e mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados passaram mais de 15 anos sem fazer uso desse mecanismo de controle constitucional, num claro indício de que as leis promulgadas nesse período, como expressão da vontade majoritária, atenderam aos interesses das duas câmaras legislativas e do Poder Executivo.²⁸

Em contrapartida, por 2.590 vezes o STF foi acionado diretamente pelos descontentes com as legislações federal e estaduais, enquanto milhares de processos envolvendo também questões constitucionais chegavam ao tribunal pela via difusa, colocando-o indubitavelmente na condição de poder político de Estado, responsável pela função liberal de resguardar a Constituição contra os atos normativos do Executivo e do Legislativo.²⁹

Em resumo, diante dos dois grandes modelos constitucionais discutidos na primeira seção deste capítulo, o caso brasileiro distancia-se do republicanismo democrático

27. Vianna, Luiz Werneck, Carvalho, Maria Alice R., Melo, Manoel P. C., Burgos, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Os autores revelam que quase 90% das 507 Adins propostas por governadores de estado visavam obter a declaração de inconstitucionalidade de leis promulgadas pelas respectivas Assembléias Legislativas estaduais.
28. Somente em 2005, o presidente da República e a Mesa do Senado Federal propuseram suas primeiras Adins ao STF. Em 2006, o presidente fez uso desse instrumento por três vezes.
29. Analisamos aqui a dimensão política da atuação do Judiciário brasileiro, por meio do mecanismo específico do controle de constitucionalidade das leis. Isso não significa que um conceito mais amplo de função política não fosse capaz de abranger outros tipos de ações judiciais, especialmente no âmbito do STF. Um excelente exemplo nesse sentido provém do exame que Koerner realizou sobre a importância política dos processos de *habeas-corpus* envolvendo políticos durante a República Velha (1889-1930), especialmente no âmbito do STF, e suas conexões com a política oligárquica da época. Koerner, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República*. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política da USP, 1998. Outro trabalho sobre processos de *habeas-corpus* no STF, que ressalta seu papel político no período de instalação do regime autoritário pós-1964, é o de Vale, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976. Recentemente, cobrindo uma grave lacuna da historiografia brasileira – a falta de estudos sobre o Poder Judiciário – Emília Viotti da Costa elaborou uma ampla história do STF, da sua criação em 1890 até a Constituição de 1988, explorando suas relações com a sociedade e a política ao longo das diversas fases da história republicana brasileira. Costa, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: IEJE, 2001.

e adota fortemente o princípio liberal de contenção da maioria política, por meio de um sistema ultradescentralizado de controle constitucional, que permite às minorias políticas exercer poder de veto, invocando a Constituição contra leis e atos normativos dos Poderes Legislativo e Executivo. Se considerarmos – adotando a terminologia de Lijphart (2003) – que o processo político-decisório no Brasil contempla a participação de uma grande variedade de atores e arenas institucionais (separação de poderes entre Executivo e Legislativo, duas câmaras legislativas com poderes simétricos no Congresso Nacional, multipartidarismo exacerbado e federalismo razoavelmente descentralizado), devemos acrescentar a essas variáveis o sistema de controle constitucional como uma das principais formas de recurso das minorias políticas representativas, contra decisões políticas majoritárias, reforçando ainda mais o perfil *consociativo* do nosso sistema político.³⁰ Aprofundando a análise desse papel do judiciário brasileiro, Taylor argumenta que ele constitui importante *veto point*³¹ no sistema institucional: “by providing veto points to select political

actors, it gives them greater voice and leverage over policy than might otherwise be the case, in some cases enabling them to act as veto players even when they might otherwise be unable to do so elsewhere in the political system.”³² Na visão deste autor, a presença ativa do Judiciário também teria possibilitado a correção e legitimação das decisões governamentais durante o período de grandes reformas econômicas dos anos 90.

2.2 Estado social, ampliação do acesso à Justiça e expansão do Judiciário

Se pela via da proteção da liberdade os Judiciários de diferentes países tenderam a se expandir com a instalação de novos regimes liberal-democráticos no século XX, também pela via da promoção da igualdade alguns deles vão conhecer um tipo inesperado de expansão, que escapa à perspectiva liberal e não diz respeito à proteção judicial das minorias políticas: refiro-me à transformação do Judiciário em instância de implementação de direitos sociais e coletivos, especialmente na segunda metade do século XX.

Há pelo menos dois enfoques principais acerca desse tipo de expansão do Judiciário, não excludentes e até mesmo complementares. O primeiro, mais sociológico, associa a expansão do Judiciário e suas dificuldades atuais, respectivamente, ao desenvolvimento e crise do chamado Estado de Bem-Estar Social no século XX. O segundo, mais institucional, associa a expansão do Judiciário à ampliação do acesso à Justiça para direitos coletivos, especialmente a partir da década de 1970.

Um dos principais representantes da primeira tese, Boaventura de Sousa Santos argumenta em vários de seus trabalhos³³ que o desenvolvimento do Estado Social – também chamado de Estado Providência – após a Segunda Guerra Mundial levou a mudanças significativas no mundo do Direito e da Justiça. Marcado pelos princípios do intervencionismo econômico e da promoção de bem-estar social, essa nova forma de Estado desencadeou a produção de leis constitucionais e ordinárias muito mais substantivas do que as produzidas sob o modelo liberal clássico, carregadas de direitos sociais e econômicos como educação, saúde, trabalho, segurança social e outros. Nessa perspectiva, o Estado deixa de ser apenas o responsável pela manutenção da ordem e garantia das liberdades e passa a instrumento de redução das desigualdades sociais, por meio da intervenção econômica e da prestação de serviços públicos cada vez mais abrangentes.

Segundo Santos, essas transformações levaram o Judiciário a assumir um novo papel: antes restrito à função de aplicação das leis nos conflitos particulares, o Judiciário

passa a ser acionado para dar efetividade prática a essa nova legislação social, muito mais substantiva do ponto de vista dos direitos de cidadania. Embora não se trate de um processo linear nem livre de contradições (basta lembrar o problema da escassez de recursos que impede a implementação total desses direitos, os conflitos entre a visão jurídica e a visão político-administrativa sobre a eficácia dessas novas leis, as dificuldades de um judiciário tipicamente liberal de se adaptar à promoção de direitos de igualdade, entre outras), Santos destaca que

*a juridificação do bem-estar social abriu caminho para novos campos de litigação nos domínios trabalhista, civil, administrativo e da segurança social, o que, nuns países mais do que noutros, veio a se traduzir no aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão da litigiosidade.*³⁴

Da mesma forma, segundo essa perspectiva sociológica, a crise que se abateu sobre o Estado-Providência no fim dos anos 70 e início dos 80 afetaria também o Judiciário, agravando o sentido de suas novas atribuições na área dos direitos sociais. O problema central é que os Estados perderam boa parte de sua capacidade de promoção do bem-estar social, cedendo a processos de reforma orientados pela ideologia neoliberal (privatizações, desregulamentação da economia, diminuição dos gastos sociais e redução do déficit público, para garantir o equilíbrio fiscal e combater a inflação). Quanto

30. O modelo *consociativo* opõe-se ao modelo *majoritário*, no qual as maiorias políticas são formadas com mais facilidade e onde elas governam sem tanta resistência. Segundo Lijphart, seriam características desse segundo modelo o parlamentarismo, o Legislativo unicameral, o bipartidarismo, o estado unitário e a ausência de controle constitucional das leis. No Brasil, análises recentes têm procurado mostrar como o instrumento da Medida Provisória e o relativo controle da agenda legislativa por parte do Poder Executivo compensam o alto grau de fragmentação *consociativa* do sistema político. O que essas análises ainda não contabilizaram é o custo de governabilidade democrática de um modelo como esse e, do ponto de vista dos resultados substantivos, a quem ele beneficia. Lijphart, A. *Modelos de democracias*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

31. Sweet nos oferece uma boa formulação de veto point em sua análise do papel desempenhado por cortes constitucionais europeias: “a veto point is a formally organized opportunity for opponents of the governing majority to block legislative provisions they do not like from becoming law. Abstract review comprises one such veto point: oppositions can refer legislation to constitutional judges; neither the government nor the parliamentary majority can block this referral; and constitutional court can veto the bill as unconstitutional.” Sweet, Alec Stone. *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p.53

32. Taylor, Matthew Macleod. *Activating Judges: courts, institutional structure, and the judicialization of policy reform in Brazil, 1988-2002*. PhD Dissertation, Georgetown University, Washington, D.C., 2004. p.154.

33. Uma boa síntese desse argumento pode ser encontrada em Santos, Boaventura de Sousa [et al.], “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.30, fev. 1996, p.29-62.

34. *Ibidem*, p.34-5.

ao Judiciário, que se havia expandido na fase anterior justamente para participar da implementação da legislação social, em vez de retroagir na mesma proporção que o Estado social em crise, viu-se ainda mais exigido nesse contexto dúbio de escassez de recursos públicos e de direitos legislados abundantemente. Se na fase anterior já era difícil garantir a efetividade desses direitos pela via judicial, agora a situação de crise do Estado torna o quadro mais dramático, combinando elevação das demandas e baixa capacidade de resposta do Judiciário.

Embora não caiba aqui uma discussão detalhada de outras mudanças recentes que afetaram a função judiciária, vale destacar que a perspectiva sociológica enfatiza novos fenômenos que influenciam de uma maneira ou de outra a atividade judicial, tornando-a bem mais complexa: a crise dos meios tradicionais de representação política e a revalorização da sociedade civil, até mesmo como espaço de produção de bens coletivos não mais realizados pelo Estado; a globalização e seus efeitos sobre a produção e implementação do Direito em suas diversas áreas; o agravamento de problemas que colocam em risco as instituições e a esfera pública de um modo geral, tais como a corrupção e o crime organizado. Além disso, o Judiciário se vê desafiado também por demandas de novos movimentos sociais, muitas vezes articulados em defesa de direitos de minorias ou de causas novas como as ambientais e dos consumidores, ou ainda pela revalorização dos mercados e das relações autônomas entre agentes econômicos, que

têm no Judiciário o sustentáculo da segurança jurídica dos contratos.

A segunda perspectiva de análise que descreve a expansão do Judiciário na segunda metade do século XX, quase sempre apoiada nos diagnósticos sociológicos produzidos pela primeira, põe ênfase nos aspectos propriamente jurídicos e institucionais relacionados ao surgimento de novos tipos de direitos e de novas formas de acesso à Justiça. Segundo essa vertente de análise, além das mudanças sociais, políticas e econômicas destacadas pela perspectiva sociológica, o Judiciário teria conhecido importante expansão ao longo do século XX também porque o direito e as regras processuais mudaram muito, colocando a Justiça ao alcance formal dos atores coletivos da sociedade.

Um dos principais estudiosos dessa perspectiva, Mauro Cappelletti produziu juntamente com Bryant Garth o primeiro balanço sistemático sobre os limites e novas possibilidades de acesso à Justiça, por meio de trabalho publicado originalmente em 1978.³⁵ Nesse livro, ao lado de questões como custos econômicos e problemas de informação, os autores discutem as mudanças sofridas pelo modelo individualista de direito liberal (que reconhecia a titularidade de direitos apenas a sujeitos individuais, aos quais cabia a exclusividade de decidir sobre como e quando recorrer à Justiça para sustentá-los), e a ampliação do acesso à Justiça aos chamados direitos difusos e coletivos.

Embora haja sutilezas importantes nas definições de direitos difusos e coletivos, uma formulação geral poderia ser a seguinte:

são direitos transindividuais de natureza indivisível, dos quais são titulares pessoas indeterminadas (direitos difusos) ou grupo de pessoas ligadas entre si por alguma relação jurídica (direitos coletivos). Outra característica importante é que esses novos direitos podem ser representados judicialmente por atores sociais e coletivos, legitimados extraordinariamente a ingressar em juízo em defesa de direitos que não são particularmente seus, mas que pertencem a um conjunto de indivíduos dispersos e nem sempre identificáveis. Exemplos de direitos difusos são aqueles relacionados ao meio ambiente (proteção da qualidade do ar, rios, fauna e vegetação, quando definidos por lei), dos quais todos os cidadãos se beneficiam, porém indivisivelmente. Exemplos de direitos coletivos podem ser encontrados em algumas relações de consumo, quando consumidores individuais encontram-se ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica que, quando desrespeitada, atinge-os coletivamente; da mesma forma, a reparação do dano pode beneficiar a todos indistintamente.

Segundo Cappelletti e Garth, o reconhecimento da dimensão difusa e coletiva de certos interesses pelo Direito levou vários países a promover novas formas processuais de acesso à Justiça, transcendendo o modelo liberal de ações judiciais individuais e abrindo espaço às ações coletivas. Desse importante processo de mudança, os autores destacam a fragilidade dos indivíduos frente à crescente complexidade do mundo contemporâneo e à dimensão coletiva de vários tipos de conflitos, ao mesmo tempo em que apontam a incapacidade das instituições estatais de oferecer proteção geral a direitos transindividuais como meio ambiente, consumidor, patrimônio público, histórico e cultural, entre outros. Entre a fragilidade de

indivíduos isolados e a incapacidade estatal, os autores valorizaram as soluções adotadas por diversos países no sentido de abrir a Justiça a associações civis, legalmente constituídas para defesa judicial de interesses difusos e coletivos, desafiando conseqüentemente o Judiciário a assumir um papel totalmente novo.

Um segundo aspecto ressaltado pelos autores, quanto à ampliação do acesso à Justiça, diz respeito a inovações na própria estrutura judiciária, que passaram a proliferar a partir da década de 1970, tais como os "tribunais de pequenas causas", voltados para a solução mais rápida e efetiva de casos de menor complexidade, menor valor e/ou menor potencial ofensivo. Essa onda de reforma judiciária, que atingiria diversos países, marcaria a tentativa do Judiciário de se aproximar da população mais pobre e de enfrentar a chamada "litigiosidade contida", isto é, demandas que nem chegavam aos tribunais em função das dificuldades de acesso.

Seja pela via da explicação sociológica, seja pela via da explicação institucional, o fato é que o Judiciário conheceu forte expansão na segunda metade do século XX, transformando-se em instância de solução de conflitos coletivos e sociais e de implementação de direitos orientados pelo valor da igualdade e não só pelo valor da liberdade. Isso obrigou os judiciários de várias democracias a reverem suas finalidades institucionais, pautadas no paradigma liberal, e a se reencontrarem com a dimensão política não pela via da justiça constitucional, mas pela porta da justiça comum.

No Brasil, já contamos com um conjunto significativo de pesquisas e análises que nos permitem demonstrar como o Judiciário brasileiro também conheceu uma forte expansão nessa dimensão da justiça comum e da proteção de direitos coletivos e sociais.

35. A edição brasileira saiu dez anos depois. Cappelletti, Mauro e Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Os trabalhos coordenados por Maria Tereza Sadek e Luiz Werneck Vianna, sediados respectivamente em São Paulo e no Rio de Janeiro, fornecem um volume extraordinário de informações que confirmam essa tendência, em que pesem também apontarem limites e contradições desse processo.³⁶

A expansão do Judiciário no Brasil se deu, em grande parte, pelos mesmos motivos apontados tanto pela perspectiva sociológica quanto pela análise institucional descritas acima.

Embora não tenhamos construído no Brasil um Estado social semelhante ao dos países europeus, também aqui o novo modelo econômico implantado a partir de 1930 – sob a liderança de Getúlio Vargas – levou o Estado a assumir papel central na condução da economia, combinado a um alto grau

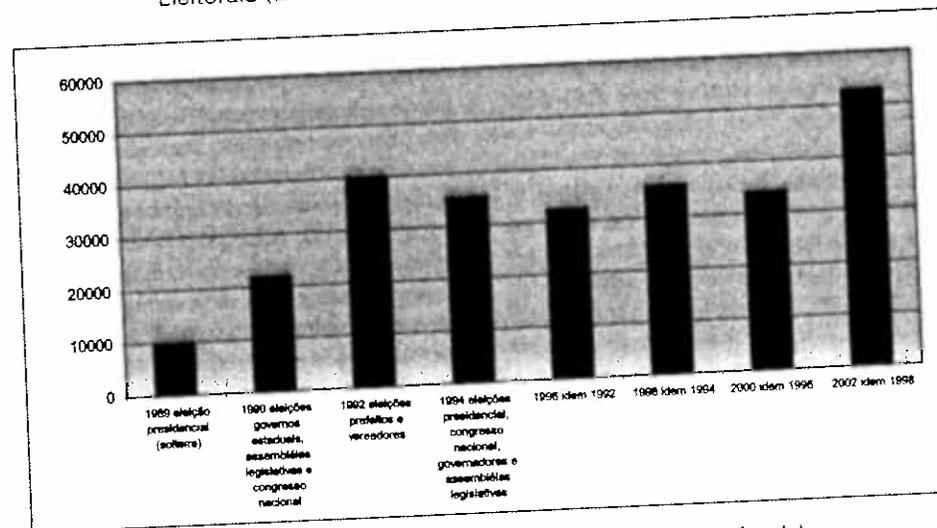
de intervenção nas relações sociais. O modelo varguista, muito mais corporativo do que o sistema europeu de bem-estar social, também levaria ao desenvolvimento de uma nova legislação social, especialmente relacionada ao mundo do trabalho.

Foi nessa época que o Judiciário brasileiro conheceu seu primeiro salto expansionista, quando áreas importantes de conflitos foram deslocadas para ramos especiais da Justiça. Refiro-me à questão eleitoral e à questão trabalhista, que ensejaram a criação, respectivamente, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho.³⁷ Não se trata aqui de remontar esse período da história brasileira, mas o fato é que as eleições na República Velha eram marcadas pela fraude e por outras mazelas políticas, a ponto de a “verdade eleitoral” constituir uma das bandeiras da Revolução

36. Segue adiante uma lista dos títulos mais importantes, em ordem cronológica e temática: quanto ao perfil da magistratura e às opiniões de juízes sobre determinados temas e valores relacionados à justiça, ver Sadek, Maria Tereza e Arantes, Rogério B. “A crise do Judiciário e a visão dos juízes”, *Revista da USP*, n. 21, março/1994, p.34-45. Sadek, Maria Tereza (Org.). *O Judiciário em Debate*. São Paulo: Sumaré, 1995. Vianna, Luiz Werneck, Carvalho, Maria Alice R., Melo, Manoel P. C., Burgos, Marcelo B. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. Sadek, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. Adotando a perspectiva da sociologia das profissões, Bonelli nos oferece instigante análise sobre os valores que orientaram a formação das carreiras jurídicas no Brasil e têm marcado sua atuação recente. Ver Bonelli, Maria da Glória. *Profissionalismo e política no mundo do direito: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado*. São Carlos: EdUFSCar: Editora Sumaré, 2002. Quanto à dupla expansão do Judiciário brasileiro, na dimensão político-constitucional e na dimensão social, ver os trabalhos de Sadek, Maria Tereza. “O Poder Judiciário na Reforma do Estado” in Pereira, Luiz Carlos Bresser, Wilhelm, Jorge e Sola, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Enap, 1999 (cap. 12) e Vianna, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política...*, op. cit. Para um balanço das novas experiências de acesso à justiça, sobretudo quanto ao Judiciário, ver Sadek, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Para alguns tópicos especiais como o conceito de judicialização da política e uma avaliação empírica do sistema de proteção dos interesses coletivos no Rio de Janeiro, entre outros temas relacionados à Justiça, ver Vianna, Luiz Werneck (Org.), *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, Rio de Janeiro: Luperj/Faperj, 2002. Para um exame das relações entre justiça e economia, ver Castelar, Armando (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000. Para um exame dos projetos de reforma do Judiciário, ver Sadek, Maria T. (Org.). *Reforma do Judiciário*, op. cit. e Pinheiro, Armando Castelar. *Reforma do Judiciário. Problemas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Idesp; Rio de Janeiro: Book Link. 2003.

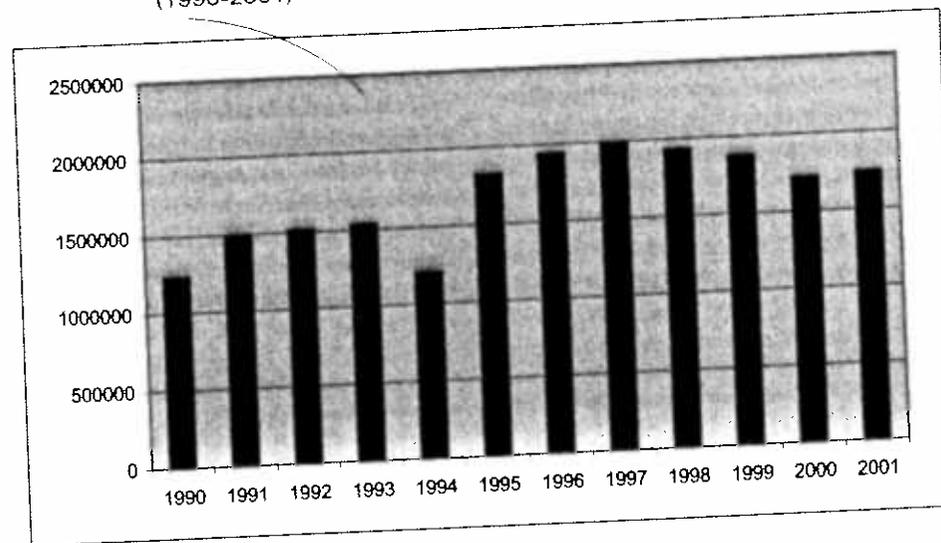
37. A Justiça Eleitoral foi criada em 1932 e já na Constituição de 1934 figurou como ramo específico do Poder Judiciário. Os primeiros órgãos da Justiça Trabalhista também surgiram no início dos anos 30 e foram incluídos nas constituições de 1934 e 1937, porém como justiça administrativa. Foi a Constituição de 1946 que completou a formação da Justiça do Trabalho, transformando-a em ramo do Poder Judiciário.

GRÁFICO 5. Processos distribuídos para julgamento nos Tribunais Regionais Eleitorais (anos selecionados).



Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. (www.stf.gov.br)

GRÁFICO 6. Processos entrados na 1ª instância da Justiça do Trabalho (1990-2001)



Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. (www.stf.gov.br)

de 30 e a criação da Justiça Eleitoral ser uma das suas conseqüências práticas. Na área social e trabalhista, a necessidade de expandir os direitos sociais e ao mesmo tempo manter sob controle a classe trabalhadora levou o governo Vargas a construir um extraordinário conjunto de leis e instituições, incluída aí a Justiça do Trabalho, num arranjo que Santos denominou de “cidadania regulada”.³⁸ Entretanto, como demonstra Sadek para o caso da Justiça Eleitoral³⁹ e Pastore para o caso da Justiça do Trabalho,⁴⁰ a solução judicial das questões eleitorais e trabalhistas não era a única nem tampouco a forma mais comum de enquadramento desses conflitos no mundo contemporâneo, pelo menos nos termos abrangentes e fortemente intervencionistas que caracterizaram o modelo brasileiro. No nosso caso, independentemente das vantagens e desvantagens da solução judicial, o fato é que a expansão do Judiciário nessas áreas foi a fórmula adotada para tentar institucionalizar dois tipos de conflitos de grande importância para a manutenção da ordem social e política.

Os Gráficos 5 e 6 apresentam o volume de ações na Justiça Eleitoral e na Justiça Trabalhista nos anos recentes. No primeiro caso, apesar da rotinização das eleições, da consolidação das regras básicas de disputa e do aperfeiçoamento crescente do processo eleitoral (desde o registro de eleitores até o uso de urnas eletrônicas em todo o país), o volume

de ações nos Tribunais Regionais Eleitorais manteve-se na faixa das 35 mil ao longo dos anos 90. Nas eleições nacionais de 2002, essa cifra chegou a mais de 50 mil processos.⁴¹

No ramo da Justiça do Trabalho, o volume de ações impressiona. Ao longo dos anos 90, bem que houve um decréscimo do número de processos em 1994 (muito provavelmente relacionado à estabilização econômica promovida pelo Plano Real), mas insuficiente para afirmar-se como tendência para os anos posteriores, que voltaram a conhecer um crescimento extraordinário do número de ações, que praticamente atingiram a casa de dois milhões na primeira instância da Justiça Trabalhista. Segundo estudos realizados por Pastore, a Justiça Trabalhista brasileira seria campeã mundial em volume de processos, nem tanto por uma suposta propensão à litigância nessa área mas justamente pela rigidez da legislação que regula as relações de trabalho e pelo alto grau de poder normativo da Justiça Trabalhista, isto é, pela sua capacidade de intervir nessas relações nos seus mínimos detalhes.⁴²

A primeira onda de expansão do Judiciário brasileiro nas décadas de 1930 e 1940 foi impulsionada por uma tendência mais profunda e duradoura da política brasileira: a desconfiança em relação às instituições político-representativas e à capacidade do regime democrático de atender às necessidades da sociedade, inspirando soluções alternativas do

problema da ordem social e dos conflitos coletivos. Essa matriz ideológica voltaria a operar na segunda onda de expansão da Justiça brasileira, a partir dos anos 70, quando se atribuiu a um órgão do próprio Estado a responsabilidade principal de defesa dos interesses difusos e coletivos perante o Judiciário: o Ministério Público.

Como demonstrei em trabalho anterior,⁴³ o Brasil passou por uma profunda transformação no ordenamento jurídico a partir dos anos 80, quando iniciou o reconhecimento legal da existência de direitos difusos e coletivos e a abertura do processo judicial à apresentação desses direitos. O marco fundamental foi a criação da Ação Civil Pública – ACP em 1985, por meio da qual direitos do consumidor, meio ambiente e patrimônio histórico-cultural passariam a ser defendidos coletivamente em juízo.

O debate em torno da criação da ACP mobilizou juristas, juízes e membros do Ministério Público. Este último, à época, reivindicava a condição de órgão de defesa da sociedade, a despeito de ser uma instituição do Estado responsável por acionar o Judiciário em áreas bem delimitadas como a da ação penal, sua precípua atribuição. Entretanto, como vimos, a discussão sobre o acesso coletivo à Justiça, conduzida por autores renomados como Cappelletti, não só propunha a valorização das associações da sociedade civil como avaliava negativamente o papel desempenhado por instituições estatais nessa área. Independentemente dessa avaliação, o fato é que o Ministério Público conseguiu –

por força de sua participação direta na formulação do anteprojeto que deu origem à Lei da ACP – chamar para si boa parcela da responsabilidade e dos instrumentos de atuação nessa nova área de direitos difusos e coletivos.

A Constituição de 1988 consolidou essa expansão da Justiça rumo à proteção dos direitos coletivos, reafirmando-os como categoria jurídica constitucional – o que permitiria o reconhecimento legal de vários outros direitos específicos a partir dessa matriz – e confirmou o papel tutelar do Ministério Público nessa área, atribuindo-lhe ao mesmo tempo independência institucional em relação aos demais poderes de Estado.⁴⁴

Desde 1988 temos assistido ao desenvolvimento de um verdadeiro *subsistema jurídico* no país, em que novas leis promulgadas orientam-se pela idéia da proteção coletiva de determinados direitos e pelo reforço do papel do Ministério Público, dando continuidade à expansão iniciada pela Lei da ACP de 1985: são exemplos a Lei 7853/89, que trata da proteção das *pessoas portadoras de deficiência*; a Lei 7913/89, que institui a proteção coletiva dos *investidores do mercado de valores mobiliários*; a Lei 8069/90, que criou o *Estatuto da Criança e do Adolescente*; a Lei 8078/90, que criou o *Código de Defesa do Consumidor*, certamente o diploma legal mais importante desse novo subsistema jurídico; a Lei 8429/92, que trata da *improbidade administrativa*, delegando funções importantes ao Ministério Público; a Lei 8884/94, que trata das *infrações*

38. Santos, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

39. Sadek, Maria Tereza. *A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1995.

40. Pastore, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTR, 1995.

41. Para uma análise da Justiça Eleitoral nos tempos mais recentes, fatores positivos de sua atuação bem como aspectos que ainda merecem reflexão e reforma, ver Taylor, Matthew “Justiça Eleitoral” in Avritzer, Leonardo e Anastásia, Fátima. *Reforma Política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p.147-152.

42. Os vários artigos de José Pastore sobre essas questões podem ser encontrados no site: www.josepastore.com.br.

43. Arantes, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.

44. Sobre a singularidade do modelo de independência institucional do Ministério Público brasileiro ver Kerche, Fábio. *O Ministério Público no Brasil. Autonomia, organização e atribuições*. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política. USP, 2002.

contra a ordem econômica e, finalmente, a Lei 8974/95, que estabelece normas sobre biossegurança e dá legitimação ao Ministério Público para atuar nessa área.

O resultado geral dessa evolução legislativa e processual é que hoje a Justiça brasileira se converteu em palco importante de conflitos coletivos, nas mais diversas áreas, e o protagonismo do Ministério Público tem chamado a atenção dos analistas para os limites e potencialidades desse modelo institucional.⁴⁵

É importante destacar que a ampliação do acesso à Justiça no Brasil não se deu apenas por meio dessa revolução processual, mas também por inovações importantes na estrutura judiciária, em sintonia com as tendências apontadas por Cappelletti sobre vários países, a partir dos anos 70. Refiro-me à criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, instituídos por lei em 1984 e depois constitucionalizados pela Carta de 1988. Regulamentados novamente por lei em 1995, os Juizados Especiais representaram uma importante experiência de ampliação do acesso à Justiça para causas cíveis envolvendo valores até quarenta salários mínimos e

para causas criminais cuja pena máxima não ultrapasse um ano de prisão. Segundo dados do IBGE para o ano de 2004, o Brasil conta com 2.105 Juizados Especiais Cíveis e 1702 Juizados Especiais Criminais espalhados, respectivamente, em 1732 e 1475 dos 5560 municípios brasileiros, estando relativamente bem distribuídos conforme o tamanho das populações locais.⁴⁶

Se de um lado a criação dos juizados especiais significou uma tremenda ampliação do acesso à justiça, especialmente para pessoas de baixa renda, passadas duas décadas de experiência estes tribunais já enfrentam graves sinais de colapso, pelo excesso de demanda. Em vários estados o volume de processos ultrapassa aquele das cortes regulares, sem que tenha havido por parte do próprio judiciário local uma redistribuição interna de recursos e juízes para atender às necessidades destes novos tribunais.⁴⁷ E ao lado do problema quantitativo, há também análises que destacam efeitos negativos de alguns métodos adotados pelos Juizados Especiais e chamam atenção para a necessidade de sua revisão.⁴⁸

Paralelamente aos juizados especiais e orientando-se pelo mesmo princípio da oferta de serviços judiciários mais rápidos e acessíveis, várias outras iniciativas foram tomadas pelas justiças estaduais e federal na década de 1990, tais como juizados informais de conciliação, juizados itinerantes (que operam em ônibus que circulam pela cidade), juizados especiais abrigados em faculdades de direito, além dos recentemente criados juizados especiais federais. Em muitos estados, governos estaduais têm buscado reunir diversos serviços públicos relacionados à área de justiça e cidadania, oferecendo-os de maneira integrada, e num mesmo local, à população.⁴⁹

Independentemente das dificuldades e contradições que ainda marcam esse processo de expansão da Justiça brasileira, parece inquestionável que, também nessa dimensão comum e não especificamente político-constitucional, o Judiciário assumiu tarefas de grandes proporções, o que muitas vezes contrasta com sua capacidade de dar respostas com a efetividade esperada.

3. Ativismo Judicial e caminhos da reforma do Judiciário

Segundo Tate e Vallinder, em trabalho sobre a expansão do Judiciário em diversos países do mundo, a *judicialização da política* se vê facilitada quando determinadas condições estão presentes:

*the presence of democracy, a separation of powers system, a politics of rights, a system of interest groups and a political opposition cognizant of judicial means for attaining their interests, weak parties or fragile government coalitions in majoritarian institutions leading to policy deadlock, inadequate public support, at least relative to judiciaries, and delegation to courts of decision-making authority in certain policy areas all contribute to the judicialization of politics.*⁵⁰

Quando observamos o caso brasileiro, parece-nos que todas essas condições estiveram presentes nos últimos anos, em maior ou menor medida, o que nos tornaria um importante exemplo de *judicialização* da política: a democracia restabelecida nos anos 80, seguida de uma Constituição pródiga em direitos em 1988, com um número cada vez maior de grupos de interesses organizados demandando solução de conflitos coletivos, contrastando com um sistema político pouco majoritário, de coalizões e partidos frágeis para sustentar o governo, enquanto os de oposição utilizam o Judiciário para contê-lo, além de um modelo constitucional que delegou à Justiça a proteção de interesses em diversas áreas, refletindo até mesmo o alto grau de legitimidade do Judiciário e do

45. Vianna e Burgos, com base em ampla pesquisa sobre ações civis públicas no Rio de Janeiro, contestam a tese da predominância excessiva do Ministério Público em relação à sociedade civil, na proposição das ações coletivas e, adotando uma perspectiva mais otimista sobre essa relação, concluem que "entre a sociedade e o Ministério Público, a relação não é tanto de assimetria e dependência da primeira *vis-a-vis* o segundo, e sim de interdependência, que, quanto mais se consolida, mais legitima os novos papéis do Ministério Público e destina de sentido a perspectiva que os toma como polaridades, como instâncias contrapostas". Vianna, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes...*, op. cit., p.445.

46. Fonte: IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2004.

47. Ver nesse sentido o diagnóstico elaborado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, que ensejou a formulação, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, do "Pacto Social em prol dos Juizados Especiais". (www.cebepej.org.br) e (www.cnj.gov.br). E para uma avaliação da expansão dos Juizados nos anos 1990, ver Cunha, Luciana Gross Siqueira. "Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça?", in Sadek, Maria T. *Acesso à Justiça*, op. cit.

48. Macaulay, por exemplo, demonstra como no caso da violência doméstica, o tão incentivado *conciliation model* praticado nos Juizados Especiais não tem protegido adequadamente as mulheres desse tipo de prática (MACAULAY, 2005).

49. Um balanço dessas diversas experiências pode ser encontrado em Sadek, Maria T. *Acesso à Justiça*, op. cit. Vianna et al. examinaram o trabalho dos juizados especiais no Rio de Janeiro e demonstraram sua importância para o processo de *judicialização* das relações sociais, não sem identificar problemas e limitações desse modelo de acesso à justiça. Vianna et al. *A judicialização da política...*, op. cit.

50. Tate, C. Neal e Vallinder, Torbjorn (Eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: Nova York University Press, 1997. p.33.

Ministério Público como instituições capazes de receber essa delegação.⁵¹

Tate e Vallinder argumentam que a *judicialização* da política, com base nessa constelação de fatores, dependeria ainda da disposição dos integrantes dessas instituições de agir, de tomar iniciativas e de chamar para si a responsabilidade pela implementação de direitos e pela solução dos grandes conflitos da sociedade, configurando o que a literatura nessa área chama de *ativismo judicial*. Embora não seja possível simplificar a ideologia política que permeia o meio forense brasileiro, pesquisas recentes têm apontado a presença de valores de transformação social, de igualdade e de cidadania, entre juízes e membros do Ministério Público – nestes mais do que nos primeiros.⁵² Tais valores ideológicos podem não ser suficientes para levar a magistratura e o Ministério Público a mergulharem num *ativismo judicial* desenfreado, mas certamente têm inclinado vários estratos dessas instituições a assumir com firmeza suas novas atribuições sociais e políticas. Desde 1988, juízes e membros do Ministério Público ocuparam a cena política brasileira, como atores de destaque nas mais diversas frentes abertas pelas mudanças polí-

ticas e institucionais desencadeadas pela redemocratização e nova Constituição do país.

A conjunção desses vários elementos explica a expansão da Justiça nos últimos anos, mas não foi apenas esse o signo que marcou a vida de instituições como Judiciário e Ministério Público nesse período. Ao lado de expansão, “crise” e “reforma” são expressões que dominaram o debate público sobre a Justiça, na mesma proporção em que suas novas atividades foram valorizadas.

Na linha dos dois modelos constitucionais de Judiciário discutidos na primeira seção, pode-se afirmar que a “crise” da Justiça no Brasil tem uma dupla dimensão: no que diz respeito às suas funções de controle constitucional das leis, a crise judiciária é uma crise política; no que diz respeito às suas atribuições de justiça comum, a crise é funcional e de desempenho.

Tais dimensões da crise judiciária foram objeto de intenso debate durante os mais de dez anos em que o projeto de reforma do Judiciário tramitou no Congresso Nacional, mobilizando atores políticos, do meio forense e da sociedade civil. Embora vários diagnósticos tenham sido propostos e muitas idéias de reforma tenham sido consideradas,

a aprovação da emenda constitucional de reforma do Judiciário se viu extremamente dificultada durante esse longo período porque os diversos atores envolvidos no processo (governo federal, partidos políticos, órgãos de cúpula do Judiciário, associações de classe da magistratura e do Ministério Público e Ordem dos Advogados do Brasil) acabaram produzindo uma situação de vetos cruzados, na qual dois ou mais deles se punham aliados em torno de uma proposta e em oposição entre si no que diz respeito a outras tantas. Não por outra razão, o projeto tramitou por quatro legislaturas, conheceu várias versões e só foi aprovado pelo Congresso Nacional em 2004, mais de uma década após a apresentação da primeira proposta em 1992.

Na dimensão política da crise do judiciário, o grande embate se deu em torno de propostas que levassem a uma concentração da competência do controle constitucional das leis no Supremo Tribunal Federal, diminuindo o alcance político do lado difuso do sistema. Desde a adoção do sistema híbrido pela Carta de 1988, presidentes da República e partidos governistas no Congresso (a maioria política) tentaram aprovar mudanças constitucionais de concentração, mas a oposição, em que pese minoritária, sempre conseguiu impedi-las, sob a liderança principal do Partido dos Trabalhadores, e com o apoio das instâncias inferiores do Judiciário e de associações do Ministério Público. Com a chegada do PT à presidência em 2003, o partido abandonou a antiga resistência e, ao

passar da condição de oposição à de governo, surpreendeu a todos ao encampar a proposta de concentração do controle constitucional no STF, por meio da chamada “súmula de efeito vinculante”,⁵³ votando por sua aprovação em 2004. É cedo hoje para avaliar o impacto de tal mudança e se ela trará os efeitos esperados de redução do número de processos no STF e de reforço da governabilidade política do país, mas duas conseqüências são certas: a prerrogativa de editar súmulas vinculantes valorizará mais ainda o papel político do Supremo Tribunal Federal e sua adoção reduzirá as possibilidades de uso da via difusa do sistema judicial de revisão das leis por parte dos grupos de oposição.

Na dimensão funcional, as propostas de ampliação e diferenciação da estrutura judiciária – para fazer frente ao déficit de prestação da Justiça – mostraram-se menos controversas e boa parte delas chegou a contar com o apoio unificado da magistratura, da OAB e dos partidos de oposição durante os anos 90, frente a uma quase indiferença do governo a esse respeito. Dentre outras idéias, destacaram-se a criação de novos tribunais regionais federais ou câmaras a eles associadas para ampliar a capacidade da justiça federal; apoio à consolidação dos juizados especiais e à criação de novos; autonomia funcional e administrativa das Defensorias Públicas; transferência do julgamento de crimes contra direitos humanos da Justiça Estadual para a Justiça Federal e outras medidas

51. Estas são características gerais que potencializam a *judicialização da política*. Exames de casos específicos podem demonstrar, entretanto, que a judicialização da política não se complete sempre, no sentido de alterar resultados do processo político decisório. É o que argumenta Vanessa Oliveira, em seu estudo sobre o papel do Judiciário brasileiro no processo de privatizações no Brasil dos anos 1990. A autora descreve a judicialização da política como um ciclo de três fases – o ajuizamento da ação, o julgamento liminar e o julgamento de mérito – e conclui que, no caso das privatizações, esse ciclo não se completou com o Judiciário alterando de fato o curso daquela política pública. Oliveira, Vanessa Elias. “Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?” Revista *Dados*, vol. 48/3. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

52. Boa parte dessas pesquisas encontra-se nos trabalhos mencionados na nota 36. Quanto aos membros do Ministério Público, denominei sua ideologia de “voluntarismo político”, algo que combina uma crença no papel tutelar da instituição frente a uma sociedade incapaz de se defender autonomamente e a um poder político-representativo corrompido ou incapaz de cumprir com suas obrigações. Ver Arantes, Rogério B. *Ministério Público...*, op. cit. cap. II. Entre os juízes, o último *survey* conduzido pelo Idesp (2000) revelou, por exemplo, que 73,1% dos magistrados brasileiros consideravam que “o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos”, contra apenas 19,7% afirmaram que “os contratos devem ser respeitados, independente de suas repercussões sociais”.

53. A Emenda Constitucional n. 45 (Reforma do Judiciário), aprovada pelo Congresso Nacional em 2004, estabeleceu que “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

voltadas à modernização do Judiciário e agilização de seu funcionamento. A ascensão do PT ao governo federal também teve impacto nessa dimensão da reforma judiciária: em primeiro lugar porque o partido sempre defendera tais propostas – enquanto o governo de Fernando Henrique Cardoso não se empenhara muito por elas – e, tornando-se governo, reuniria mais forças em prol de sua aprovação; em segundo lugar, uma das primeiras medidas da administração Lula foi criar, por meio do Ministério da Justiça, uma Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ). Destinada a promover, coordenar e sistematizar propostas de reforma constitucional e infraconstitucional do Judiciário, a SRF passou a ter papel importante na etapa final (2003-2004) de tramitação da reforma judiciária no Congresso;⁵⁴ em terceiro lugar, a significativa “conversão” do partido aos cânones econômicos liberais – em grande medida responsável por sua própria vitória nas eleições de 2002 – refletiu-se igualmente no entendimento do novo governo sobre o papel do Judiciário numa economia de mercado cada vez mais globalizada. Em poucas palavras, o partido de origem socialista assumiu a causa da eficiência econômica e passou a olhar a questão da modernização judiciária não só sob o prisma da ampliação do acesso à Justiça para camadas desprotegidas da população, mas também como uma das principais instituições responsáveis por garantir a segurança jurídica de contratos e das relações econômicas do livre-mercado. A adoção dessa perspectiva contribuiu igualmente para a aprovação do pro-

jecto de reforma em 2004, que contém várias medidas modernizadoras nesse sentido.

A essas duas frentes de reforma – a política e a funcional – devemos acrescentar finalmente uma terceira: a da *republicanização* do Judiciário por meio da criação de órgãos de controle externo e da adoção de outras medidas destinadas a aumentar a fiscalização e a transparência da Justiça. Da mesma forma que as anteriores, tais propostas vêm sendo discutidas desde o início dos anos 90, mas neste caso por influência mais específica daquilo que poderíamos denominar de “onda republicana” que marcou a transição democrática brasileira. Refiro-me ao processo de crescentes exigências em relação ao trato da coisa pública e de combate à corrupção política que atingiu inicialmente os Poderes Executivo e Legislativo e que não poderia deixar de afetar também o Judiciário. Depois do *impeachment* de um presidente da República e de sucessivos processos envolvendo ocupantes de cargos executivos e legislativos em diversos pontos do país, essa “onda” chegou ao Judiciário e passou a exigir o desencapsulamento da magistratura e a criação de novas formas de *accountability* dos órgãos de Justiça. Nesse processo, até mesmo os tradicionais privilégios e garantias do exercício do cargo viram-se ameaçados, trazendo-nos de volta as velhas lições de Tocqueville. Como profetizou o pensador francês, a tendência democrática moderna colocaria em risco os privilégios desse corpo especial de funcionários do Estado a que ele denominou de “nova aristocracia”: a

magistratura. De tempos em tempos, previra Tocqueville, tomados pelo desejo de igualdade e pelo ideal da *res pública*, povo e representantes políticos busariam nivelar garantias e aumentar o controle sobre toda a administração, incluindo aí a magistratura, que enfrentaria grandes dificuldades para sustentar sua independência institucional e condições privilegiadas de trabalho, nesses momentos críticos.

Durante os anos 90, o intrincado jogo político em torno dos principais eixos da reforma judiciária manteve a magistratura e o Ministério Público a salvo de modificações mais profundas, graças aos vetos cruzados envolvendo estes setores, o governo, os par-

tidos de oposição e a Ordem dos Advogados do Brasil. Com a ascensão do PT ao governo em 2003 – justamente o partido que liderou a onda moralizadora republicana nos anos anteriores –, rompeu-se aquela situação de equilíbrio e a balança pendeu favoravelmente para o lado dos atores interessados em impor alguma forma de fiscalização sobre as instituições de Justiça.

Embora não tão “externo”, o órgão de controle foi criado pela reforma constitucional de 2004, sob o nome de Conselho Nacional de Justiça.⁵⁵ Composto por 15 membros, seus conselheiros são escolhidos para um mandato de 2 anos, permitida uma recondução, da seguinte forma:

Quadro 1. Conselho Nacional de Justiça.

Integrantes da magistratura	I - um ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; II - um ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
Integrantes do Ministério Público	X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo procurador-geral da República; XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo procurador-geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
Advogados	XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
Membros externos ao meio forense	XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

54. Dentre suas metas principais, destacam-se: promover a ampliação do acesso à Justiça, apoiar propostas que levem a maior transparência e controle público do Judiciário e promover reformas que proporcionem maior agilidade e eficiência à Justiça (ver <http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>)

55. Lembrando que um conselho semelhante foi instituído também para o Ministério Público.

Do ponto de vista da onda republicana, o primeiro ano de atividade do CNJ não poderia ter sido mais promissor: a partir de queixas formuladas contra juízes de diversos pontos do país, instaurou centenas de processos disciplinares⁵⁶ e foi responsável pela adoção de duas medidas que tiveram forte impacto nacional: (1) fim da contratação, pelos tribunais, de parentes até o 3º grau de juízes e de servidores da Justiça, ordenando inclusive a exoneração de milhares deles já empregados nas cortes de Justiça do país. A medida antinepotismo adotada pelo CNJ era uma reivindicação antiga no Brasil, mas nem Legislativo nem Judiciário jamais tiveram forças suficientes para implementá-la; (2) a segunda medida de forte impacto e alcance nacional foi a fixação do teto salarial da magistratura nos termos em que reza a Constituição: nenhum servidor público pode ter salário maior do que os ministros do Supremo Tribunal Federal. A questão do teto salarial dos ocupantes de cargos públicos vem se arrastando há anos no Brasil e não são poucos os funcionários públicos que recebem mais do que os ministros do STF. Embora a decisão do CNJ tenham incidido sobre a magistratura, seus efeitos estão se irradiando e podem atingir outros níveis da administração pública.

Finalizando, a sorte do Judiciário está sendo lançada nessas três frentes de mudança – a política, a funcional e a republicana – e do equilíbrio entre elas dependerá o futuro da instituição. Vale dizer que “crise” e “reforma” são signos que acompanham a vida do Judiciário há tempos e não há indícios de que venham desaparecer no curto prazo. O fato é que, sendo as funções do

Judiciário na democracia contemporânea algo controversas, estas devem seguir despertando polêmica: frear o poder das maiorias políticas governantes em nome das liberdades individuais, pela via do controle constitucional (função política), amparar as reivindicações igualitárias de grupos sociais, pela via do acesso coletivo à Justiça (função social) e garantir a segurança jurídica das relações econômicas e do funcionamento do mercado (função econômica). E tudo isso em meio ao desafio permanente de sustentar sua peculiar condição de corpo aristocrático estranho no seio da república democrática.

Sugestões de leitura

- ARANTES, Rogério B. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Idesp/Sumaré, Educ, 1997.
- _____. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Idesp/Sumaré, Educ, 2002.
- _____. Consensos e dissensos na reforma constitucional do Judiciário. In: CASTELAR, Armando (Org.). *Reforma do Judiciário*. Problemas, desafios e perspectivas. São Paulo: Idesp / Rio de Janeiro: Book Link, 2003.
- _____. The Brazilian Ministerio Publico and political corruption in Brazil. *Working paper cbs 50*. Oxford: Centre for Brazilian Studies, 2004.
- _____. Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line, ANGELL, Alan (Eds.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005.
- ARANTES, Rogério B., KERCHÉ, Fábio. *Judiciário e democracia no Brasil*. *Novos Estudos Cebrap*, n.54, São Paulo: Cebrap, 1999.
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BONELLI, Maria da Glória. *Profissionalismo e política no mundo do direito: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado*. São Carlos: EdUFSCar / Editora Sumaré, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- _____, GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COSTA, Emília V. da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: IEJE, 2001.
- COUTO, Cláudio G., ARANTES, Rogério B. *Constituição, governo e democracia no Brasil*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.21, n.61, São Paulo, 2006.
- HOBBSAWM, Eric. J. *A Era das Revoluções. 1789-1848*. 9.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- KERCHÉ, Fábio. *O Ministério Público no Brasil*. Autonomia, organização e atribuições. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2002.
- KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República*. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política da USP, 1998.
- LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: M. Giard & Cie, 1921.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracias*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- MACAULAY, Fiona. Private conflicts, public powers: domestic violence in the Courts in Latin America. In:

56. Informações e as primeiras estatísticas sobre a atuação do CNJ podem ser encontradas em <http://www.cnj.gov.br>

- SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line, ANGELL, Alan (Eds.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005.
- MADISON, J., HAMILTON, A., JAY, J. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Justiça, profissionalismo e política: o Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil (1988-2003)*. Tese (Doutorado). São Carlos: Universidade Federal de São Carlos, 2006.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias. *Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?* Revista *Dados*, vol. 48/3. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.
- PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTR, 1995.
- PINHEIRO, Armando C. (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.
- _____. *Reforma do Judiciário*. Problemas, desafios e perspectivas. São Paulo: Idesp / Rio de Janeiro: Book Link, 2003.
- ROBESPIERRE, M. *Discursos e Relatórios na Convenção*. Rio de Janeiro: Eduerj/Contraponto, 1999.
- SADEK, Maria T. (Org.) *O Judiciário em debate*. São Paulo: Sumaré, 1995.
- _____. *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- _____. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- SADEK, Maria T. *A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1995.
- _____. *O Poder Judiciário na Reforma do Estado*. In: PEREIRA, L. C. B., WILHEIM, J., SOLA, L. (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora Unesp / Brasília: Enap, 1999.
- SADEK, Maria T., ARANTES, Rogério B. *A crise do Judiciário e a visão dos juízes*. *Revista da USP*, n.21, p.34-45, mar./maio 1994.
- SANTOS, Boaventura de S. et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.30, p.29-62, fev. 1996.
- SANTOS, Wanderley G. dos. *Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.
- SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line, ANGELL, Alan (Eds.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005.
- SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. Constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- TATE, C. N., VALLINDER, T. (Eds.). *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1997.
- TAYLOR, Matthew M. *Activating Judges: courts, institutional structure, and the judicialization of policy reform in Brazil, 1988-2002*. PhD Dissertation. Washington, D.C.: Georgetown University, 2004.
- _____. *Justiça Eleitoral*. In: AVRITZER, Leonardo, ANASTASIA, Fátima. *Reforma Política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p.147-152.
- TOCQUEVILLE, A. de. *A democracia na América (1835-40)*. São Paulo: Edusp, 1977.
- _____. *O Antigo Regime e a Revolução*. 4.ed. Brasília: Editora UNB, 1997.
- VALE, Orswaldo T. do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

- VIEIRA, Oscar V. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.
- VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG / Rio de Janeiro: IUPERJ/Faperj, 2002.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- _____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.