

## Ministério Público na Fronteira entre a Justiça e a Política

Rogério B. ARANTES\*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O novo Ministério Público. 2 Legalização dos direitos difusos e coletivos. 3 Ação Civil Pública. 4 Constituição de 1988 e independência institucional do Ministério Público. 5 A ideologia do “voluntarismo político”. 6 Ministério Público e o combate à corrupção política – formas de tratamento da corrupção política. 7 A questão da efetividade processual e o problema do “foro privilegiado”. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** O artigo analisa o processo de reconstrução institucional do Ministério Público brasileiro. Para isso, ele examina os principais textos legais que, nas últimas duas décadas, redefiniram as atividades do Ministério Público. Alguns dos principais elementos são considerados: a regulação dos direitos difusos e coletivos, a Ação Civil Pública e as novas atribuições legais e constitucionais do Ministério Público. O artigo explica como a Constituição de 1988, ao consolidar normas anteriormente isoladas, produziu um arranjo institucional que introduziu uma *extensa judicialização da política* e uma *politização das instituições judiciais*, especialmente do Ministério Público. De igual ou maior importância que o novo quadro institucional é a renovação doutrinal e ideológica havida entre os promotores públicos nos últimos anos. A observação de seus discursos e de suas práticas nos proporciona compreender a identidade que essa renovação doutrinal e ideológica busca imprimir à instituição. Em sua segunda parte, o artigo discute a questão do combate à corrupção por meio do sistema judiciário e aponta alguns dos limites e contradições da judicialização da política e da politização do Ministério Público no Brasil.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Direito e política. Direitos difusos e coletivos. Voluntarismo político. Ação civil pública. Corrupção política.

### Introdução

A história da constituição do Ministério Público (MP) deita raízes no longo processo de formação do Estado Moderno. Na conhecida definição weberiana, devemos conceber essa nova formação política como “uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o *monopólio do uso legítimo da violência física*” (WEBER, 1972). A definição de Weber nos é particularmente útil se considerarmos que o processo de monopolização do uso legítimo da violência física levou a uma valorização do direito como instrumento de racionalização e de legitimação do Estado e à especialização de determinadas funções estatais correlatas. Não cabe aqui reconstruir a história do Estado Moderno, mas nunca é demais lembrar que a definição institucional de Ministério Público, no Brasil ou em qualquer outro país que adote órgão similar, está intimamente associada aos referidos processos de monopolização, racionalização, legitimação e especialização envolvendo o uso da força física pelo Estado: o Ministério Público é justamente aquele órgão estatal que se especializou no exercício da função de persecução criminal e, nesse sentido, é co-responsável pela prerrogativa estatal de uso da força em prol da manutenção da lei e da ordem.

Formados por um corpo especial de advogados, os órgãos especializados nessa função às vezes

\* Professor do Departamento de Política e do Programa de Estudos Pós-graduados em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica/SP e Coordenador do Núcleo de Estudos da Democracia e de Política Comparada (DEMOS). Pesquisador, dedicando-se ao estudo do funcionamento das instituições políticas e judiciais. Autor de livros e artigos, publicados no Brasil e no exterior, entre eles *Judiciário e Política no Brasil* (1997) e *Ministério Público e Política no Brasil* (2002). Mestre e doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo.

estão vinculados ao Judiciário, às vezes ao Poder Executivo e às vezes são independentes. Embora alguns deles não detenham o monopólio da ação penal, todos exercem papel importante no funcionamento da justiça criminal. Para denominá-los, existe uma variada nomenclatura, tão diversa quanto as definições constitucionais e o leque de atribuições que executam, embora a função penal seja algo que eles têm em comum: o *Ministère Public* na França, os *US Attorneys* e *District Attorneys* nos Estados Unidos, o *Ministério Fiscal* na Espanha, o *Publico Ministero* na Itália, o *Public Prosecution Service* no Canadá, o *Crown Prosecution Service* no Reino Unido, e o *Ministério Público* no Brasil, assim também denominado em Portugal e em vários países da América Latina (Argentina, Chile, Costa Rica, Equador, Peru etc.).

A definição weberiana de Estado Moderno encerra outro elemento, de natureza mais sociológica, igualmente útil para pensarmos processos de construção institucional como aquele que será examinado neste artigo – o do Ministério Público brasileiro. Refiro-me ao componente ativo do processo histórico, do Estado pensado como ator ou, no limite do argumento, como ente político e corpo burocrático que agiu deliberadamente na obtenção do monopólio do uso legítimo da violência. O fato é que Weber não nos dá apenas uma definição estática de Estado mas, páginas adiante da primeira definição, parece nos fornecer uma imagem em movimento, na qual se destaca o caráter ativo da empreitada política que foi a construção institucional do Estado Moderno: este

[...] é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que *procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão*. Equivale isso a dizer que o Estado moderno *expropriou* todos os funcionários que, segundo o princípio dos “estados” dispunham outrora, por direito próprio, de meios de gestão, substituindo-se a tais funcionários, inclusive no topo da hierarquia. (WEBER, op. cit.)

Expropriação e centralização estatal dos usos antes privatizados da força física e dos meios de gestão representam os elementos ativos do processo de formação do Estado moderno.

Mal comparando, desenvolveremos neste artigo tese semelhante acerca da evolução institucional do Ministério Público brasileiro, isto é, tomando sua configuração recente não de modo estático ou por via da mera descrição de suas atribuições, mas trataremos de sua história em movimento, revelando seu componente ativo e os elementos endógenos e exógenos responsáveis pelas grandes transformações pelas quais passou a instituição nos últimos anos no Brasil. Parodiando Weber, nossa tese central é de que o Ministério Público configurou-se como *um agrupamento que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) quase monopolizar, nos limites do território nacional, a representação judicial e extraordinária de direitos coletivos e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos de seus membros os meios materiais de gestão. Equivale isso a dizer que o Ministério Público chamou para si a responsabilidade dessa representação antes dispersa na sociedade e, substituindo-se a ela, assumiu o quase-monopólio dos instrumentos de ação na área cível dos direitos transindividuais e coletivos*.<sup>1</sup>

### 1 O novo Ministério Público

No Brasil, o MP não se caracteriza apenas pela função de persecução criminal, mas se destaca também por outros dois aspectos: a) um amplo leque de atribuições na esfera cível e b) uma completa independência institucional em relação aos demais poderes de Estado. Nos últimos 30 anos, o MP passou

<sup>1</sup> O leitor atento notará que, da definição weberiana, evitamos o uso das palavras “dominação” e “expropriação” na paródia com o Ministério Público. Quanto à primeira, seu uso implicaria conotação negativa, além de imprecisão, uma vez que o MP não reúne todas as condições para figurar como agrupamento de dominação. Quanto à segunda, diferentemente dos meios de gestão expropriados pelo aparato burocrático central que constituiu o núcleo do Estado Moderno, os meios de ação do MP na área cível dos direitos coletivos não existiam antes de sua expansão nessa área, mas foram sendo constituídos na medida exata dessa mesma expansão, como demonstraremos a seguir.

por um importante processo de transformação e pode ser considerado a maior novidade institucional no Brasil, desde a redemocratização do País nos anos 1980. Atuando na proteção de direitos difusos e coletivos, como meio ambiente, relações de consumo, patrimônio histórico e cultural, criança e adolescente, idosos, portadores de deficiência, patrimônio público e até controle de políticas públicas, o MP tem se destacado também no combate à corrupção política e, mais recentemente, no combate ao crime organizado. Hoje, o MP conta com mais de 10 mil integrantes e está organizado em todos os 27 Estados brasileiros, atuando perante a Justiça comum e, no plano federal, perante as justiças especializadas (federal, trabalhista e militar).

O Ministério Público brasileiro ampliou sua atuação na esfera cível por meio de três inovações legais/institucionais e motivado por um forte componente ideológico que denomino “voluntarismo político” (ver Figura 1). O modelo daí resultante deu origem a uma instituição com independência e grande capacidade discricionária de ação em nome da sociedade. A combinação desses elementos (por um lado, discricionariade de ação e “representação” da sociedade, típicos de entes políticos, e, por outro, função de *enforcement* das leis) levou-me a chamar o Ministério Público brasileiro de “agente político da lei”, com todas as potencialidades e contradições que uma expressão como essa pode conter.<sup>2</sup>

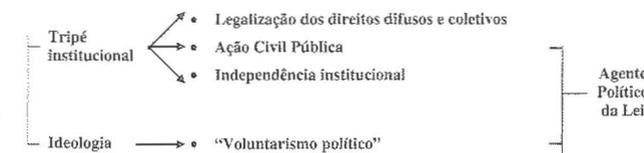


Figura 1 – Para entender o processo de reconstrução institucional do Ministério Público a partir dos anos 1970.

<sup>2</sup> Analisei detalhadamente esse processo de reconstrução institucional do Ministério Público e a ideologia do “voluntarismo político” de seus membros em *Ministério Público e política no Brasil* (2002).

### 2 Legalização dos direitos difusos e coletivos

Embora leis anteriores tivessem iniciado o reconhecimento de direitos transindividuais, foi a Lei nº 7.347 da Ação Civil Pública de 1985 que abriu o ordenamento jurídico à defesa dos direitos difusos e coletivos. Numa formulação geral, tais direitos podem ser definidos como aqueles transindividuais de natureza indivisível, dos quais sejam titulares pessoas indeterminadas (direitos difusos) ou grupo de pessoas ligadas entre si por alguma relação jurídica (direitos coletivos).<sup>3</sup> Com a lei de 1985, meio ambiente, o direito do consumidor e o patrimônio histórico e cultural passaram a ser definidos como direitos difusos e coletivos e a partir de então eles têm sido objeto de ações coletivas na Justiça, promovidas por associações civis e, principalmente, pelo MP. A grande novidade representada pela Lei da Ação Civil Pública reside, portanto, na legitimação processual de atores públicos e sociais para defenderem perante a Justiça direitos que anteriormente só podiam ser reparados pela iniciativa individual das pessoas lesadas.<sup>4</sup> Três anos depois deste primeiro grande passo, a nova Constituição promulgada no País em 1988 confirmou essa tendência de abertura do ordenamento jurídico aos direitos transindividuais, constitucionalizando aqueles mencionados por lei ordinária em 1985 e pavimentando o caminho para o surgimento de novos tipos. Daí por diante a Constituição tem-se mostrado uma matriz bastante generosa e pode-se dizer que a partir dela veio se construindo no País uma espécie de subsistema jurídico, caracterizado pelo surgimento de novas leis que substituem a titularidade individual pela titularidade supra-individual de direitos e por meio do qual o MP vem se transformando em órgão tutelar da sociedade. A título de exemplo de novas leis criadas a partir de 1988, que reconhecem

<sup>3</sup> Para definições mais detalhadas, ver Mancuso (1997).

<sup>4</sup> Segundo a Lei da Ação Civil Pública de 1985, podem propor esse tipo de ação: a) associações civis que tenham entre suas finalidades estatutárias a proteção de direitos difusos e coletivos específicos; b) Ministério Público; e c) União, Estados, Municípios e entes públicos como autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.

direitos difusos e coletivos e atribuem papel especial ao Ministério Público, vale citar as normas relativas a pessoas portadoras de deficiência (1989), estatuto da criança e adolescente (1990), código de defesa do consumidor (1990); lei da improbidade administrativa (1992), lei sobre infrações da ordem econômica (1994), lei da biossegurança e técnicas de engenharia genética (1995), e lei de responsabilidade fiscal (2000). Em 2001 foram incorporadas à Lei nº 7.347/85 as hipóteses de ação civil pública contra infrações da ordem econômica e da economia popular e infrações à ordem urbanística. A abertura do ordenamento jurídico e constitucional a esses novos tipos de direitos é uma das principais razões pelas quais o sistema judicial brasileiro se converteu em arena de solução de conflitos coletivos (muitos deles de dimensão política), distinguindo o Brasil no elenco dos países que recentemente se (re)democratizaram.<sup>5</sup>

### 3 Ação Civil Pública

A preocupação da doutrina jurídica com os direitos difusos e coletivos ganhou forte impulso na década de 1970, sob a liderança dos processualistas italianos, especialmente Mauro

Cappelletti.<sup>6</sup> A questão central na época residia na reforma processual necessária à ampliação do acesso à Justiça para a proteção judicial desses direitos. Em 1975, esse problema já tinha contornos mais ou menos claros e Cappelletti pôde criticar as experiências conhecidas. Segundo o autor, as duas soluções mais utilizadas até então eram insuficientes e precisavam ser superadas. De um lado, tinha-se a solução de deixar a defesa do interesse coletivo nas mãos dos próprios indivíduos vítimas de algum tipo de lesão para que estes, defendendo a si mesmos, beneficiassem também a coletividade. A limitação dessa estratégia, segundo Cappelletti, era flagrante, especialmente porque nos conflitos coletivos, indivíduos isolados se encontram em grande desvantagem, como no caso das relações de consumo. De outro lado, tinha-se a solução *pública*, isto é, a que entregava ao Ministério Público a defesa dos interesses gerais da sociedade. Cappelletti rejeita essa solução, apontando graves defeitos no Ministério Público. Primeiro, a semelhança com o juiz faz do promotor um agente incapaz de apresentar o dinamismo que a defesa judicial desses novos direitos requer. Segundo, a ligação do MP com o Poder Executivo o desqualifica para a proteção de interesses que muitas vezes são lesados pelos próprios órgãos políticos e administrativos do Estado. Essa era a crítica mais contundente contra o MP. Terceiro, faltaria aos promotores de Justiça formação especializada e conhecimento técnico suficientes para enfrentar os novos problemas trazidos pelos conflitos coletivos, e o Ministério Público como um todo estaria mal aparelhado para representar e defender adequadamente os interesses civis relacionados a fenômenos sociais e econômicos de grande complexidade (CAPPELLETTI, op. cit., p. 139).

Em *Access to Justice*, Cappelletti e Garth (1978) vão concluir, em resumo, que

<sup>6</sup> O artigo seminal de Cappelletti sobre o tema foi publicado na Itália em 1975, sob o título "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti all'giustizia". Publicado no Brasil em 1977, exerceu forte influência no debate jurídico em torno das medidas necessárias à abertura do acesso à Justiça para direitos coletivos (Cappelletti, in: *Revista de Processo*, n. 5, jan.-mar. 1977).

<sup>5</sup> No caso da Europa central e oriental, por exemplo, a queda do comunismo levou a maioria dos países a elaborar novas constituições, como parte importante do esforço de transição política para regimes democráticos. Todavia, em nenhum deles houve uma valorização do sistema judicial semelhante à que ocorreu no Brasil. Analisando as constituições da Hungria (1989), Bulgária (1991), República Tcheca (1992) e Eslováquia (1992), Elster et al. mostram que todas elas trazem uma lista abrangente de direitos coletivos e sociais, mas não atribuem ao Judiciário a capacidade de enforcement desses direitos: "True, they [direitos sociais] do not have the force of judicially enforceable entitlements; but they are not merely political declarations without any legal significance either. They are declared outright as requiring legislative action (and administrative implementation), and this sets them close to the French model of constitutional rights. One of the consequences characteristic of the constitutions under study is the less important role of the judicial branch of government. This is consistent with the continental European tradition which had more trust in the parliaments than in the courts as the defenders of the rights and interests of the individuals." (ELSTER; OFFE; PREUSS, 1998, p. 107 [grifo meu].)

a triste constatação é que, tanto em países de *common law*, como em países de sistema continental europeu, as instituições governamentais que, em virtude de sua tradição, deveriam proteger o interesse público, são por sua própria natureza incapazes de fazê-lo. O Ministério Público dos sistemas continentais e as instituições análogas, incluindo o *Staatsanwalt* alemão e a *Prokuratura* soviética, estão inentemente vinculados a papéis tradicionais restritos e não são capazes de assumir, por inteiro, a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos.

A avaliação de Cappelletti dividiu opiniões no Brasil. De um lado, juristas ligados à questão do acesso coletivo à Justiça concordavam com as lições do colega italiano e rejeitavam fortemente a atribuição de legitimidade ao Ministério Público para agir em nome da sociedade. De outro, membros do Ministério Público tentavam desqualificar a crítica do processualista italiano e demonstrar como a instituição tinha todas as condições para figurar como representante ideal dos novos interesses difusos e coletivos.

Durante o início da década de 1980, travou-se intenso debate em torno dessa questão e dois projetos de lei chegaram a ser apresentados ao Congresso Nacional; um patrocinado por juristas favoráveis à maior participação da sociedade civil e outro patrocinado por promotores e procuradores favoráveis ao predomínio do Ministério Público nessa área. Não sem críticas e forte desconfiança do primeiro grupo, o projeto de lei encaminhado pelo Ministério Público foi aprovado pelo Congresso Nacional, graças ao apoio do Ministério da Justiça, que lhe conferiu vantagens institucionais importantes em relação às associações civis, na representação tutelar dos direitos difusos e coletivos. Assim surgiu no Brasil, em 1985, o instrumento processual pelo qual tais direitos poderiam ser objeto de apreciação judicial: a Ação Civil Pública. O paradoxo da sua criação é que ela se deu num momento de forte crítica às instituições estatais e de reivindicação da abertura do ordenamento jurídico à representação de direitos por organizações da sociedade civil, mas

o Ministério Público demonstrou habilidade política ao escapar dessa crítica e fazer aprovar um projeto de lei, já nos estertores do regime militar, que não só confirmava seu papel nessa área como ampliava prerrogativas que lhe confeririam posição privilegiada em relação a todos os demais legitimados à defesa judicial de direitos coletivos.

### 4 Constituição de 1988 e independência institucional do Ministério Público

Com a Constituição de 1988, o Ministério Público deu passo definitivo na direção de se tornar um "agente político da lei": conquistou a independência em relação aos demais poderes de Estado. Na ordem constitucional anterior, o MP era um órgão subordinado ao poder executivo e agia segundo seus desígnios, no plano federal e nos Estados. Com a nova Constituição, o MP conquistou uma independência bidimensional: externa e interna. Na primeira dimensão, ele conquistou autonomia funcional e instrumentos de autogoverno, combinados à total ausência de mecanismos de *accountability* horizontal ou vertical.<sup>7</sup> Internamente, os membros individuais da instituição, que ingressam por meio de concurso público, gozam de garantias como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, dentre outras, o que lhes confere alto grau de independência funcional e controle completo sobre as ações que conduzem. No Brasil, a autonomia dos promotores e procuradores assemelha-se à dos juizes e o modelo de insulamento típico da função judicante foi estendido no Brasil também à função de acusação. Entre os membros do MP, difundiu-se a partir de então uma peculiar definição de "independência funcional": no desempenho de suas atividades, os membros do MP estão subordinados apenas "à lei e à própria consciência".<sup>8</sup>

O único momento de interferência externa mais direta ocorre com a escolha do chefe da instituição: nos Estados, os governadores escolhem o procurador-geral com base em lista tríplice elabo-

<sup>7</sup> Para uma distinção entre formas de *accountability*, ver O'Donnell (1998, v. 9, n. 3, p. 112-126).

<sup>8</sup> A expressão é de Darcy Passos (1985).

rada pelos membros do MP, por meio de eleição direta; no plano federal, não há lista triplíce, mas o presidente da República é obrigado a escolher o procurador-geral necessariamente entre membros da carreira, que deve ser aprovado também pelo Senado Federal. A despeito disso, a independência interna reduz sensivelmente o impacto dessas indicações. Foi essa autonomia que deu origem à idéia de que o MP teria se convertido em um “quarto poder” no Brasil.<sup>9</sup>

O modelo brasileiro de Ministério Público se distingue, portanto, dos similares existentes no mundo, por combinar um amplo leque de funções na defesa de interesses coletivos da sociedade civil com altos graus de independência institucional e discricionariedade de ação.<sup>10</sup>

### 5 A ideologia do “voluntarismo político”

Além do tripé institucional (direitos coletivos, Ação Civil Pública e independência institucional), não é possível entender a profunda transformação sofrida pelo MP sem mencionar o componente ideológico que motivou endogenamente essa instituição a reivindicar a condição de “agente político da lei”. Em trabalho anterior (ARANTES, 2002), apresentei resultados de *survey*, de entrevistas qualitativas e provenientes de análise do trabalho de promotores e procuradores e com base neles pude denominar essa ideologia de “voluntarismo político”. Seus elementos principais são: a) uma avaliação pessimista da capacidade da sociedade civil de se defender autonomamente (hipossuficiente, no jargão jurídico);

b) uma avaliação pessimista dos poderes político-representativos, que estariam corrompidos e/ou incapazes de cumprir suas funções; e c) em face dessa contradição, uma idealização do papel político do MP, de representar essa sociedade incapaz (embora sem mandato explícito e sem mecanismos de *accountability*), perante governos ineptos, que não garantem o *enforcement* da lei.

A ideologia do *voluntarismo político* tem funcionado como fonte de inspiração importante para a ação de promotores e procuradores e pode-se dizer que ela está bastante disseminada no interior da Instituição. Os dados colhidos à época pela referida pesquisa também revelaram uma visão muito cética e pessimista em relação às instituições políticas e uma valorização das instituições de Justiça como principais responsáveis, bem mais do que as primeiras, pelo alargamento e consolidação dos direitos coletivos no Brasil.

Tal ideologia não é nova entre nós. Na verdade, ela vem de uma matriz antiga, que sempre criticou o artificialismo de nossas instituições políticas e cultivou o sonho de um poder neutro, externo ao mundo da política e com autonomia suficiente para tutelar e conduzir a sociedade hipossuficiente. O distanciamento entre o mundo das instituições políticas e o mundo real constitui uma das idéias mais fortes que habitam o imaginário político brasileiro, sempre alimentando a crítica ao idealismo de nossas elites políticas e a baixa capacidade do nosso regime representativo de dar respostas efetivas aos apelos da sociedade. A decepção com o funcionamento do sistema político, nos marcos de uma sociedade civil supostamente frágil, conduz a tentativas de contornar a esfera política, em busca de formas alternativas de garantir a efetividade dos direitos. Essa é uma antiga idéia que habita o pensamento político brasileiro e hoje compõe o universo ideológico do voluntarismo político de promotores e procuradores, constituindo um dos principais ingredientes do fenômeno do *ativismo judicial* ou da *judicialização da política* no Brasil.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Existe uma vasta bibliografia sobre o tema do *ativismo judicial*, desde análises sociológicas, centradas nos aspectos comportamentais e ideológicos dos agentes.

### 6 Ministério Público e o combate à corrupção política – formas de tratamento da corrupção política

Dentre as novas áreas de atuação do MP, a de combate à corrupção política constitui uma das que melhor expressam, de um lado, esse ativismo judicial baseado na ideologia do voluntarismo político e, de outro, as dificuldades de consolidar um modelo institucional que alçou o MP à condição de fiscal da probidade administrativa.

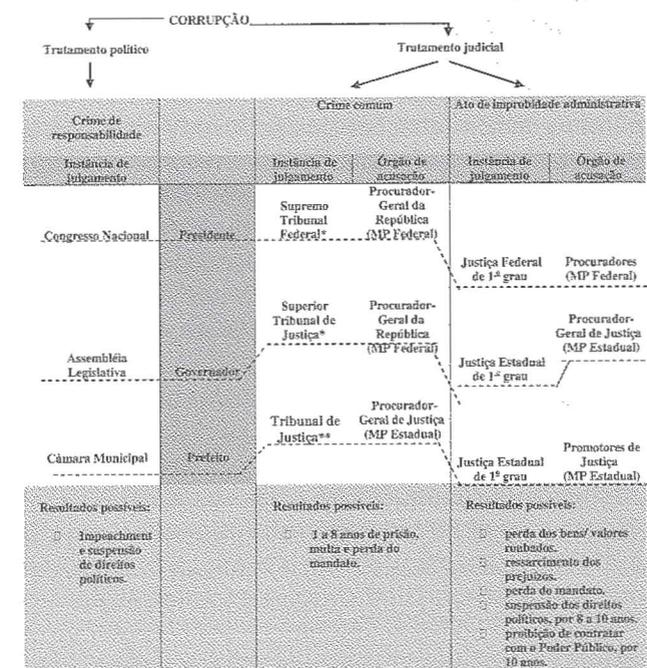


Figura 2 – Organograma: Ministério Público e combate à corrupção política.

judiciais, até estudos políticos sobre os diferentes modelos institucionais de relação das instituições de Justiça com o sistema político. Pode-se dizer que o tema da *judicialização da política* e da *politicização da Justiça* é um desdobramento e uma atualização do clássico problema do *ativismo judicial*. A respeito dessa temática, apresentaram referências importantes para o presente estudo os trabalhos de Cappelletti (1998, 1999), Cappelletti; Garth (1978), Garapon (1996), Tate; Vallinder (1997), Volcansek (1992), Sadek (apud PEREIRA; WILHEIM; SOLA, 1999, cap. 12), Vianna et al. (1999), Vianna (2002).

Conforme mostra o organograma da Figura 2, atos de corrupção praticados por agentes políticos do Poder Executivo podem receber *três tratamentos distintos*, a partir de três definições jurídicas diferentes. A via “política” considera o ato de corrupção crime de responsabilidade, dando origem ao processo de *impeachment*, que pode levar à perda do cargo e à suspensão dos direitos políticos. Apesar dos processos de *impeachment* de prefeitos, governadores e presidente ocorrerem no âmbito dos respectivos legislativos e, nesse sentido, dependerem essencialmente da correlação de forças políticas existente, os procedimentos são revestidos de caráter judicial (com regras e garantias de plena defesa) e as assembleias quase se assemelham a tribunais, para evitar o facciosismo ou a tirania do Legislativo contra o Executivo. A via propriamente judicial contempla duas possibilidades: o tratamento do ato de corrupção como crime comum ou como ato de improbidade administrativa. No primeiro caso, o ato de corrupção está tipificado no Código Penal e a condenação do réu pode levá-lo à reclusão de um a oito anos, além da perda do mandato e do pagamento de multa. Da mesma forma que o *impeachment*, o julgamento da corrupção como crime comum – até pela gravidade da pena – reveste-se de garantias especiais: o acusado é julgado em foro especial, localizado um nível acima na estrutura judiciária federativa, justamente para impedir que a Justiça de primeira instância, monocrática, seja utilizada como instrumento de guerra política entre facções. Todavia, a grande inovação brasileira nessa área foi a criação de uma terceira forma de tratamento da corrupção, qualificada como ato de improbidade administrativa. Essa nova forma, prevista pela Constituição de 1988 e instituída por Lei em 1992, busca ter o mesmo impacto dos processos político e judicial comum, sem depender das contingências do primeiro (correlação de forças no Legislativo) nem tão limitado por prerrogativas legais do cargo como o segundo. Se condenado em Ação Civil Pública por improbidade administrativa, o acusado perde o mandato e tem seus direitos políticos suspensos de 8 a 10 anos, além de ser obrigado a ressarcir os cofres públicos. Por não qualificar a corrupção como crime, essa terceira hipótese permite que ocupantes

<sup>9</sup> Cabe aqui a ressalva de que, no bojo da reforma constitucional do Judiciário recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, foi criado o Conselho Nacional de Ministério Público (CNMP), que tem por definição exercer fiscalização e controle sobre a instituição. Seja por sua composição majoritariamente endógena, seja pelos limites impostos ao próprio CNMP, não se pode falar exatamente de “controle externo”, mas a expectativa é de que o novo Conselho possa aumentar o grau de transparência e de publicização das atividades e problemas que cercam o MP.

<sup>10</sup> Esse modelo tem sido objeto hoje de análises e críticas que apontam para a ausência de mecanismos de *accountability*, seja para impor sanção nos casos de abuso de autoridade, seja para obrigar a instituição a agir nos casos em que a discricionariedade de ação permite aos promotores também se omitirem. Para uma discussão dos elementos que compõem a independência institucional do MP, ver Kerche (2002).

de cargos executivos – de prefeito a presidente da República – sejam julgados na primeira instância da Justiça, sem o privilégio do foro especial em tribunais superiores. O desnível entre instâncias de poder, ilustrado pela linha pontilhada do organograma, representa o potencial de ação do exército de promotores e procuradores de primeira instância espalhados por todo o País, para processar autoridades por improbidade administrativa, ao passo que pela via do crime comum, essa atribuição se concentra nas cúpulas dos MPs estaduais e federal. Outra inovação da lei de improbidade administrativa é que ela não trata apenas da probidade e moralidade administrativas, mas inclui a *finalidade* dos atos públicos como algo passível de fiscalização judicial. Só para se ter uma idéia do que isso significa, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que obriga os administradores a um rigoroso regime de gestão financeira, criou nada menos do que 104 hipóteses de atos administrativos que podem incorrer em improbidade administrativa, além de 20 novas hipóteses de crimes comuns que podem levar a punições fiscais ao governo e punições penais aos administradores.

## 7 A questão da efetividade processual e o problema do “foro privilegiado”

De fato, a inovação brasileira de criar uma terceira forma de combate à corrupção é algo que nos distingue na comparação com outras democracias constitucionais. A lei da improbidade administrativa veio no bojo da evolução do subsistema jurídico que descrevemos há pouco – que trata dos direitos difusos e coletivos e da Ação Civil Pública – e ampliou significativamente o potencial de atuação do MP como órgão de *accountability* horizontal no sistema político brasileiro, especialmente no que diz respeito ao combate à corrupção política.

Segundo dados recentes coletados pelo próprio MP, em 14 dos 27 Estados brasileiros, somavam-se mais de 4 mil ações civis de improbidade administrativa tramitando na Justiça contra ocupantes de cargos públicos. Em São Paulo, Capital, entre 1992 e 1998, apenas a Promotoria de Justiça da Cidadania havia ajuizado 157 ações civis públicas relacionadas a patrimônio público, improbidade administrativa e políticas públicas. Em junho de 2003, esse número

havia mais do que triplicado, chegando a um total de 572 ações. Entretanto, um balanço de 15 anos de experiência com esse tipo de ação é capaz de demonstrar os poucos resultados obtidos e o baixo grau de efetividade processual, seja pela lentidão dos processos na Justiça, seja pela infinidade de recursos protelatórios, seja pela postura mais restritiva dos juízes acerca das competências do MP para atuar nessa área, muitas vezes não reconhecendo a legitimidade jurídica das ações e dos procedimentos adotados durante a investigação. Para se ter uma idéia, das 572 ações promovidas pela Promotoria da Cidadania da Capital desde 1992, menos de 10 transitaram em julgado até hoje e menor ainda foi o número de condenações dos políticos processados.

Essa baixa efetividade processual tem levado muitas vezes o MP a privilegiar procedimentos pré-judiciais, como o inquérito civil, como forma de solucionar casos sem levá-los à apreciação do Judiciário ou de impor custos “reputacionais” a políticos e administradores. Em pesquisa anterior, detectamos essa tendência, dentre o conjunto das ações do MP no Estado de São Paulo, já no final dos anos de 1990 (ver Gráfico 1).

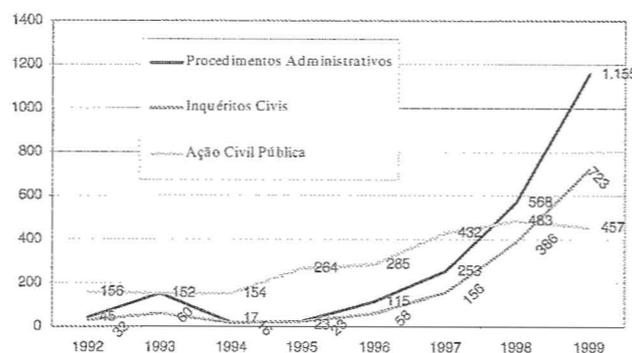


Gráfico 1 – Procedimentos administrativos, inquéritos civis e ações civis públicas promovidos pelas Promotorias de Justiça da Cidadania do interior de São Paulo

Fonte: Arantes (2002).

Desde o final da década de 1990, temos debatido a natureza da lei de improbidade administrativa e algumas ações na Justiça foram capazes de problematizá-la, buscando muitas vezes demonstrar sua semelhança com as normas penais que regulam o tratamento da corrupção como crime comum e,

por decorrência, exigindo que os casos de ações por improbidade passassem a tramitar em foro especial. Em dezembro de 2002, no final do Governo Fernando Henrique Cardoso e a pedido deste, o Congresso Nacional aprovou mudança legislativa (Lei nº 10.628) estendendo o foro especial dos crimes comuns para os atos de improbidade administrativa praticados por ocupantes de cargos públicos. Tal mudança produziu efeito devastador sobre o MP, na medida em que retirava de um exército de milhares de promotores a possibilidade de usar a ação de improbidade administrativa contra prefeitos, governadores e outras autoridades, que passariam a ser processadas exclusivamente pelos 27 procuradores-gerais de cada Estado e pelo procurador-geral da República, perante os tribunais de segunda instância e tribunais superiores. Além disso, as mais de quatro mil ações que tramitam na Justiça poderiam sofrer grave retrocesso pois, segundo a nova lei, teriam que ser remetidas aos tribunais superiores para apreciação e aguardar julgamento em longa fila de espera. Outro risco maior seria a simples extinção em massa dessas ações, uma vez que haviam sido propostas em foro inadequado, segundo essa nova interpretação.

A reação do MP a essa mudança foi imediata, denunciando intenções obscuras de frear a capacidade de atuação da instituição no combate à corrupção política e de contribuir para o agravamento da impunidade no País. Por meio de sua confederação nacional, a Conamp, o MP ingressou no Supremo Tribunal Federal com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei nº 10.628, no que foi acompanhado também pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que ingressou com ação semelhante pouco tempo depois. Passados quase três anos da mudança legislativa que estendeu o foro privilegiado a ações de improbidade administrativa, o STF decidiu favoravelmente à Conamp e à AMB e declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628.<sup>12</sup>

A decisão do STF não encerrou, entretanto, a questão, que permaneceu na agenda do próprio Tri-

bunal por meio da Reclamação nº 2.138, relativa a processo por improbidade administrativa envolvendo o ex-ministro Ronaldo Sardenberg. Não cabe remontar aqui à íntegra desse caso que se arrastou por vários anos no Supremo, mas a retomada do julgamento da Reclamação nº 2.138 pelo Tribunal em 2007 foi cercada de controvérsia singular: dos 6 votos (em 11) que já haviam sido proferidos na primeira rodada de discussão – configurando uma maioria favorável à extensão do foro privilegiado a ações de improbidade administrativa –, quatro eram de ministros já aposentados, o que suscitou a tese de que a mudança na composição da Corte deveria implicar uma revisão do entendimento majoritário anterior sobre a questão. Em julgamento de 14/6/07, uma manobra processual permitiu que a maioria formada em torno do primeiro julgamento fosse revertida em prol do entendimento da nova maioria que compõe a Corte e o processo relativo ao ex-Ministro foi declarado extinto, salvaguardando assim as ações baseadas na lei de improbidade administrativa de serem capturadas pela extensão do foro privilegiado.

As idas e vindas que têm caracterizado o debate político e as decisões do STF sobre o tema introduziram uma forte instabilidade jurídica e institucional nesse campo das ações judiciais, afetando principalmente a atuação do MP. Na falta de um marco legal consistente e estável, as justiças estaduais passaram a adotar diferentes entendimentos sobre as ações civis públicas de improbidade administrativa e a questão do foro especial. Em 2007, Minas Gerais, por exemplo, chegou a estender o privilégio a um grande conjunto de autoridades estaduais e municipais – por decisão da Assembléia Legislativa –, mas a lei que introduziu a mudança foi suspensa liminarmente pelo STF em setembro desse ano.

A questão do foro (“especial por prerrogativa de função”, para alguns, e “privilegiado”, para outros) está longe de ser definitivamente resolvida uma vez que, além dos processos que tramitam no STF e desafiam a Corte a produzir um entendimento final sobre o assunto, o Congresso Nacional tem mantido igualmente a questão em aberto e, por meio da PEC 358/05 – que dá continuidade à reforma do

<sup>12</sup> No julgamento das ADI 2797 (Conamp) e 2860 (AMB), em 15/9/2005.

Judiciário –, ameaça estabelecer constitucionalmente o foro especial para o julgamento de ações de improbidade administrativa.

Embora o MP, por meio de suas associações e especialmente da Conamp, tenha resistido arduamente a essa mudança que retira poder dos promotores de primeira instância e o concentra na chefia da Instituição nos Estados e no plano federal, o fato é que sabemos pouco sobre o grau de efetividade das duas vias judiciais de combate à corrupção política no Brasil – a via do tratamento como crime comum e a via do tratamento por improbidade administrativa. Se, de um lado, dados e argumentos robustos têm sido invocados no sentido de que a concentração do julgamento desses casos nos tribunais de Justiça e nos tribunais superiores diminui as chances de perseguição e punição de políticos acusados de corrupção, de outro não seriam menos decepcionantes os resultados de qualquer balanço sobre a efetividade processual das ações civis baseadas na lei de improbidade administrativa. Ao contrário, experiências como a da câmara especializada no julgamento de prefeitos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstram que a concentração de competência no segundo grau, se acompanhada por adequada forma de organização e especialização do Tribunal, pode gerar resultados mais efetivos do que a dispersão das ações em primeira instância. Em suma, para além dos argumentos contundentes sobre os “riscos de agravamento da impunidade no Brasil”, deveríamos aprofundar o diagnóstico sobre as diferentes formas de tratamento do problema da corrupção no Brasil, avaliando como diferentes possibilidades de judicialização dessa questão afetam o comportamento dos atores políticos e dos órgãos responsáveis por sua implementação – Judiciário e Ministério Público –, mensurando resultados efetivos e estabelecendo hipóteses mais consistentes de reforma.

Por fim, a volatilidade do quadro institucional envolvendo prerrogativas e atribuições do MP sugere que sua condição de “agente político da lei” não está consolidada e que a democracia brasileira, nesse âmbito, não logrou estabelecer ainda um marco jurídico claro nessa dimensão das relações entre Justiça e Política. Outros exemplos poderiam ser ci-

tados, como a chamada “Lei da Mordaza” ou o problema da prerrogativa de conduzir investigações criminais, pois estes compõem igualmente o cenário de instabilidade das regras que deveriam presidir a atuação do MP. De qualquer forma, nossa hipótese é que o modelo institucional que elevou o MP à condição de “agente político da lei” encerra uma tensão inevitável, justamente por colocá-lo na fronteira entre a Justiça e a Política, e é possível prever que sua estabilização esteja bem distante de ocorrer. Enquanto isso, o MP continuará enfrentando o desafio de assegurar sua independência como órgão do sistema de Justiça ao mesmo tempo em que se lança ao cumprimento de suas novas funções políticas. Trata-se, portanto, de uma história em movimento, aberta a diferentes cenários e, assim como assinalou Weber a respeito do longo processo de formação do Estado Moderno, sujeita à intervenção deliberada dos atores interessados.

ARANTES, R. B. The Public Ministry [*Ministério Público*, Brazilian Public Prosecution Service] on the threshold between Justice and Politics. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 325-335, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** The article analyses the process of institutional reconstruction of the Brazilian Public Prosecution Service (Ministério Público). In order to do so, it deals with the main legal texts which, in the last two decades, have redefined the activities of the Ministério Público. Some main elements are considered: the regulation of diffuse and collective rights, the Public Civil Action (Ação Civil Pública) and the new legal and constitutional attributions of the Ministério Público. The article explains how the 1988 Constitution, in consolidating previous isolated norms, produced an institutional arrangement that has brought about an *extensive judicialization of politics* and a *politicization of the judicial institutions*, especially the Ministério Público. Of equal or even greater importance than the new institutional picture is the doctrinal and ideological renewal that has taken place among public prosecutors in recent years. Observation of their discourse and practices provides us with an understanding of the identity

that this doctrinal and ideological renewal seeks to stamp on the institution. In its second part, the article discusses the question of combatting corruption through the justice system and points out some of the limits and contradictions of the judicialization of politics and politicization of Ministério Público in Brazil.

• **KEYWORDS:** Public Prosecution (Ministério Público). Law and Politics, Diffuse and collective rights/Political voluntarism/Public civil action... Political corruption.

#### Referências bibliográficas

- ARANTES, Rogério B. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ/Fapesp, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo C. *Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ELSTER, Jon; OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich K. *Institutional Design in Post-communist Societies*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Fabris, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. [Trad. do original Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti all'á giustizia]. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, jan.-mar. 1977.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. A

- General Report. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978.
- GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.
- KERCHE, Fábio. *O Ministério Público no Brasil*. Autonomia, organização e atribuições. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, 2002.
- O'DONNELL, Guillermo. Horizontal Accountability in New Democracies. *Journal of Democracy*, v. 9, n. 3, p. 112-126, 1998.
- PASSOS, Darcy. *Ministério Público na Constituinte*. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1985.
- SADEK, Maria Tereza (Org.) *O Judiciário em debate*. São Paulo: Sumaré, 1995.
- \_\_\_\_\_. O Poder Judiciário na reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et al. (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999. cap. 12.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1997.
- VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: 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.
- VOLCANSEK, Mary L (Ed.). *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*. London: Frank Cass, 1992.
- WEBER, Max. A política como vocação. In: \_\_\_\_\_. *Ciência e política*. Duas vocações. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1972.