

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO-UFPE
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ-UESC
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**ILHÉUS-BAHIA
DEZEMBRO 2002**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Maria Amélia Sampaio Góes

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação submetida ao Colegiado do Curso de Mestrado em Direito do Convênio UFPE/UESC, em cumprimento parcial dos requisitos para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor EDUARDO RAMALHO RABENHORST.

Ilhéus, Bahia.

2002

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Maria Amélia Sampaio Góes

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Comissão Examinadora:

*À minha mãe, Maria Thereza, ao meu amor,
Orlando Augusto e às minhas filhas Ana Carolina e
Maria Júlia, presenças constantes a iluminar minha
vida.*

AGRADECIMENTOS

Para chegarmos a este momento contamos com a ajuda de muitos a quem rendemos nossos agradecimentos de forma sincera.

Como agradecer ao Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst, nosso orientador, que, tenho certeza, muito fez, não só para mim como para muitos de nós, ao nos proporcionar um choque de lucidez capaz de nos fazer buscar a dimensão emancipatória do Direito e nela encontrar sua justificativa? Obrigada professor, por sua disponibilidade, sua orientação segura, sua franqueza.

À Prof^ª. Dr^ª. Marli Geralda Teixeira, amiga e mestra, pelas sugestões, indicações, orientações e manifestações de incentivo.

Às amigas Wilma e Andremara pelo companheirismo, incentivo e exemplo, que muito nos fez bem.

À minha mãe Maria Thereza e à minha prima, Maria Alice, pelo envio, sempre a tempo, de obras de difícil obtenção.

Ao Dr. Achilles de Jesus Siquara Filho, Procurador Geral de Justiça do Estado da Bahia e Dr. Livaldo Raimundo Britto, Presidente da Associação do Ministério Público do Estado da Bahia pelo incentivo e apoio.

A todos, colegas de turma, colegas de Ministério Público, nosso muito obrigada por terem estado conosco durante este processo.

Realizar a democracia, levar a sério os direitos fundamentais do homem, tal qual são solenemente proclamados nas nossas constituições e nas declarações internacionais, quer dizer hoje por fim a esse grande apartheid que exclui de sua fruição quatro quintos do gênero humano.(Luigi Ferrajoli)

RESUMO

Esta dissertação tem como tema o Ministério Público e o Estado Democrático de Direito. Justifica-se esta pesquisa pelo fato de ter a Constituição Federal, em seu art. 127, cometido ao Ministério Público a defesa do regime democrático. Os problemas que se colocam são os de determinar qual o alcance da norma constitucional que comete ao Ministério Público a tarefa de defender o regime democrático e como os membros do Ministério Público podem se desincumbir de tal função. Tem por objetivos definir no que consiste a defesa do regime democrático cometido ao Ministério Público e propor uma prática específica, capaz de realizar tal tarefa. Parte do pressuposto de que a democracia que o texto constitucional fala, é democracia material, ou seja, é a concretização dos direitos humanos, constitucionalmente positivados, logo, a hipótese é que defender o regime democrático, para o Ministério Público, significa garantir a eficácia dos direitos fundamentais, através do exercício de sua função pedagógica. A metodologia escolhida foi a de pesquisa teórico-bibliográfica. Percorreu-se o caminho histórico da constituição do Estado de Direito, sob seu aspecto formal e material, da democracia moderna, do Ministério Público brasileiro. Ao final, pôde-se concluir pela comprovação da hipótese; pois, se as lutas pretéritas garantiram o reconhecimento e a positivação dos direitos humanos, chamados agora fundamentais, a luta pela concretização deles, ao menos no caso brasileiro, impõe-nos diária preocupação e cuidado, devendo o órgão do Ministério Público lançar mão da Teoria denominada Garantista, no plano jurídico, como instrumento adequado para a defesa do regime democrático, e no plano de sua práxis, a ação política/pedagógica a ser exercida pelo Ministério Público para o cumprimento de seu dever de defesa do regime democrático.

Palavras-chave: 1. Ministério Público. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Direitos Fundamentais. 4. Garantismo Jurídico. 5. Prática pedagógica.

RÉSUMÉ

Cette dissertation a comme sujet le Ministère Public et l'Etat Démocratique de Droit. Cette recherche se justifie du fait d'avoir la Constitution Fédérale, en son art. 127, confié au Ministère Public la défense du régime démocratique. Les problèmes qui se posent sont ceux de déterminer quelle est la valeur de la norme constitutionnelle qui charge au Ministère Public la tâche de défendre le régime démocratique et à savoir comment les membres du Ministère Public peuvent accomplir telle fonction. Elle a aussi pour objectif définir en quoi consiste la défense du régime démocratique confié au Ministère Public et proposer une pratique spécifique, capable de réaliser telle tâche. Une partie de la présupposition de la démocratie dont parle le texte constitutionnel est la démocratie matérielle, c'est à dire, le concret des droits humains constitutionnellement positivés, donc, l'hypothèse c'est que défendre le régime démocratique, pour le Ministère Public signifie garantir l'efficacité des droits fondamentaux, à travers l'exercice de sa fonction pédagogique. La méthodologie choisie fut celle de l'enquête théorique-bibliographique. On a observé le chemin ou procédé historique de la constitution de l'Etat de Droit, sous son aspect formel et matériel, de la démocratie moderne, du Ministère Public brésilien. Enfin, on peut conclure par la confirmation de l'hypothèse, car si les luttes antérieures ont garanti la reconnaissance et la positivité des droits humains, nommés maintenant fondamentaux, la lutte pour leur concret, au moins dans le cas brésilien, nous impose une préoccupation quotidienne et une attention, ayant pour devoir l'organe du Ministère Public se servir de la théorie nommée Garantiste, dans le plan juridique, comme instrument convenable pour la défense du régime démocratique, et sur le plan de son praxis, l'action politique/pédagogique à être exercée par le Ministère Public pour l'accomplissement de son devoir de défense du régime démocratique.

Mots-clé: 1. Ministère Public. 2. Etat Démocratique de Droit. 3. Droits Fondamentaux. 4. Garantisme Juridique. 5. Pratique pédagogique.

SUMÁRIO

LISTA DE TABELAS	xi
LISTA DE GRÁFICOS	xii
INTRODUÇÃO	1
Capítulo 1 A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE DIREITO	5
1.1 A Revolução Inglesa e a idéia de Rule of Law	5
1.2 A Declaração da Independência dos Estados Unidos da América	12
1.3 A Revolução Francesa e a consolidação do Estado de Direito	26
1.4 Estado de Direito e Constitucionalismo	30
Capítulo 2 ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA	36
2.1 As características “formais” do Estado de Direito	39
2.2 O Estado de Direito em sentido substancial: direitos fundamentais e democracia	49
2.3 O Estado Democrático de Direito e as cláusulas democráticas	53
2.3.1 O princípio do Estado de Direito	55
2.3.2 O princípio democrático	58
2.3.3 As teorias da democracia	61
2.4 Jurisdição Constitucional	68
Capítulo 3 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GUARDIÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	73
3.1 Antecedentes e características da Constituição Federal de 1988	73
3.2 O Ministério Público e a Constituição Federal de 1988	77
3.3 Posição ocupada pelos direitos fundamentais na Carta de 1988	89
3.4 As dificuldades da democracia brasileira	97
3.5 O Ministério Público e sua tarefa de defesa do regime democrático	102
3.5.1 Uma visão garantista	105
3.5.2 A dimensão pedagógica do Ministério Público	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
REFERÊNCIAS	144

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 -Importância da intervenção em ações de registros públicos, importância da intervenção em habilitações de casamento, importância da intervenção em outros procedimentos administrativos de registros públicos, importância da intervenção em falências e concordatas, importância da intervenção nas liquidações extrajudiciais, importância da intervenção em ações acidentárias e importância da intervenção em pedidos de insolvência civil, 86

Tabela 2 –Número total dos entrevistados na fase exploratória, 121

Tabela 3 - Conhecimento dos sujeitos, do Mamoan, quanto aos direitos à educação de crianças e adolescentes já normatizados; dos conhecidos, dos adquiridos e da qualidade dos disponibilizados, 124

Tabela 4 - Conhecimento dos sujeitos, da Ponta da Tulha, quanto aos direitos à educação de crianças e adolescentes já normatizados; dos conhecidos, os adquiridos e a qualidade dos disponibilizados,125

Tabela 5 - Conhecimento dos sujeitos, do Teotônio Vilela, quanto aos direitos à educação de crianças e adolescentes já normatizados; dos conhecidos, dos adquiridos e da qualidade dos disponibilizados, 126

Tabela 6 – Por que alguns direitos não são adquiridos?, 127

Tabela 7 – Data de realização e número de participantes em cada seminário, 131

Tabela 8 - Pauta de reivindicações definidas em cada seminário,132

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Controle social externo do MP, 82

Gráfico 2 – Matérias passíveis de controle externo do MP, 83

Gráfico 3 – Importância da racionalização do exercício funcional, 83

Gráfico 4 – Pressupostos de racionalização do exercício funcional, 84

Gráfico 5 – Importância da atuação na defesa dos interesses difusos e coletivos e importância da atuação como órgão interveniente na área civil, 85

Gráfico 6 – Classificação dos sujeitos segundo a renda familiar, 120

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o Ministério Público e o Estado Democrático de Direito e sua escolha foi, definitivamente, influenciada pela necessidade que sentimos em refletir sobre a instituição à qual pertencemos e à prática utilizada no o desempenho de deveres funcionais, para que, em um processo constante de avaliação teórica, a prática se torne cada vez mais útil na transformação social, preconizada pelo art. 3º da Constituição Federal em vigor.

Promotora de Justiça desde 1991, procuramos compreender o alcance e o significado da tarefa funcional de “defesa do regime democrático” que a nossa carta constitucional reservou ao *Parquet*. Assim, a oportunidade de fazer este Mestrado se tornou, também, uma oportunidade para verticalizar essa reflexão.

A Carta Política de 1988 recepcionou a Instituição do Ministério Público, transmudando-a da condição de mera Procuradoria de interesses estatais para Órgão de defesa dos direitos sociais e atribuindo-lhe, inclusive, o desafio da defesa do regime democrático, não de um Estado Democrático qualquer; mas, sim, do Estado Democrático Social e de Direito.

Como prova de inegável confiança, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, em seu art. 127, cometeu ao Ministério Público, dentre outras atribuições, a defesa do regime democrático.

Registra a história de instituição que nos Congressos Nacionais do Ministério Público que se realizaram durante a Constituinte (São Paulo, 1986 e Belo Horizonte, 1987) e que tiveram como temas centrais “Justiça e Constituinte” e “Ministério Público e a Constituição”, foram lançadas TESES fundamentais para a mobilização que se seguiu e para a construção do texto constitucional como o temos hoje.

Assim se manifestou a Constituição Federal de 1988:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.(grifo nosso).

A tarefa da defesa do regime democrático é, na lúcida visão de Mazzilli, “antes uma página que ainda precisa ser escrita e, mais ainda, uma função que ainda precisa ser efetivamente vivida pelo Ministério Público brasileiro, tal o desafio que encerra”¹

A defesa do regime democrático pelo Ministério Público é novidade em nosso Direito. Fruto de inspiração na Constituição portuguesa de 1976, explica-se por que, na verdade, a manutenção da ordem democrática pressupõe o cumprimento das leis e o respeito dos direitos constitucionais do cidadão – tarefas pelos quais deve o Ministério Público empenhar-se. Contudo é mister que a legislação infraconstitucional lhe assegure uma participação integral e de relevo em todo o processo eleitoral, meio por excelência de exercício das liberdades democráticas.²

Lembra ainda PASSOS³, que o Ministério Público não é o guardião de um regime democrático qualquer,

senão de um Estado Democrático de Direito com profundo conteúdo social porque tem como fundamentos (art. 1º) , entre outros, a dignidade da pessoa humana(inc. III) e os valores sociais do trabalho (inc. IV) e, como objetivos fundamentais (art. 3º), construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inc. I); garantir o desenvolvimento nacional (inc. II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III) (grifos no original).

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Acesso à justiça e o Ministério Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 39.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. Visão crítica da formação e das funções do promotor. **Formação Jurídica/** coordenação José Renato Nalini.– São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 93.

³ PASSOS, Darcy Paulillo dos. **Livro de teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público**. Curitiba : Editora Núcleo, 1999, p. 311.

Ocorre que o Brasil só é Estado de Direito sob o aspecto FORMAL. A absurda concentração de renda, que relega 80% da nossa população à condição de miseráveis (sem renda) e pobres (com renda até três salários mínimos), atira-os à condição de não cidadãos, enquanto que o poder político e o econômico se concentram nas mãos de uma, cada vez mais restrita, minoria, que usa esse poder para si própria, acentuando as desigualdade.

Os problemas que se colocam são os de determinar qual o alcance da norma constitucional que comete ao Ministério Público a tarefa de defender o regime democrático e como os membros do Ministério Público podem se desincumbir de tal função.

Trabalhamos com a hipótese de que defender o regime democrático, para o Ministério Público, significa garantir a eficácia dos direitos fundamentais, através do exercício de sua função pedagógica.

Tem o presente trabalho por objetivos definir no que consiste a defesa do regime democrático cometida ao Ministério Público e propor uma prática específica capaz de realizar tal tarefa.

A metodologia escolhida foi a da pesquisa teórico-bibliográfica. Assim, percorremos o caminho histórico da formação do Estado de Direito, sob seus aspectos formal e material. Pesquisamos as raízes da nascente democracia moderna. Cuidamos, ainda, de estabelecer as características do Ministério Público brasileiro atual em face de nosso regime constitucional e de nosso catálogo de direitos fundamentais. Ao final, voltamos nossa atenção para a Teoria Geral do Direito, sob a ótica garantista de Ferrajoli e para a adoção de uma prática ministerial que se mostrasse capaz de favorecer a consciência de cidadania, necessária para se poder denominar um Estado de democrático.

Utilizamos dados secundários colhidos em duas outras pesquisas, uma realizada pela Associação Paulista do Ministério Público e denominada *O Ministério Público na visão de seus membros*, e outra realizada pela pesquisadora, denominada *A dimensão pedagógica do Ministério Público na guarda do direito à educação de crianças e adolescentes*.

Ao final, podemos concluir pela comprovação da hipótese; pois, se as lutas pretéritas garantiram o reconhecimento e a positivação dos direitos humanos, chamados agora fundamentais, a luta pela concretização deles, ao menos no caso brasileiro, impõe-nos diária preocupação e cuidado, devendo o órgão do Ministério Público lançar mão da Teoria Geral Garantista, no plano jurídico, como instrumento adequado para a defesa do regime democrático; e, no plano de sua práxis, a ação político-pedagógica a ser exercida pelo Ministério Público para o cumprimento de seu dever de defesa do regime democrático, que significa, ao final, a efetivação, na vida de cada um dos brasileiros, dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados.

CAPÍTULO 1 - A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO

1.1. A Revolução Inglesa e a idéia de *Rule of Law*.

Desde o século XI, delineava-se, na Europa Ocidental, um movimento tendente à centralização do poder tanto na “classe” dominante senhorial, com a crescente predominância de um dos senhores feudais em relação aos demais, que mais tarde viria a ser o rei, quanto na eclesiástica, com a ascensão ao trono pontifício, em 1073, do monge Hidelbrando que adotou o nome de Gregório VII.

Os reis da Inglaterra, desde o século XII, passam a impor sua autoridade sobre o conjunto do território do seu reino. Lembra Gilissen que os reis ingleses conseguem “desenvolver a competência das suas próprias jurisdições com prejuízo das jurisdições senhoriais e locais que perdem progressivamente, nos séculos XII e XIII, a maior parte de suas atribuições”.⁴

Na Inglaterra, no início do século XIII, no reinado de João Sem-Terra, enfraquece-se a supremacia do rei que, envolvido em disputas bélicas, necessitava de maiores exações fiscais contra os barões feudais para custear suas disputas. Premidos pelo aumento da pressão tributária passaram estes a exigir reconhecimento de direitos em troca do pagamento de tributos. João Sem-Terra também se indispôs com o papado ao confiscar terras da Igreja e ao se recusar a aceitar a designação de Stephen Langton como cardeal de Cantterbary, sendo, por essa razão, excomungado pelo papa nomeante que só o reabilitou após o mesmo ter se submetido a ele, declarando a Inglaterra feudo de Roma. Em meio a toda esta turbulência, em 1215, João Sem-Terra foi obrigado pelos senhores feudais a assinar a *Magna Carta* que representará importante documento jurídico para o futuro vez que à época se constituiu em um malogro. Diz Comparato⁵:

Seu objetivo era assegurar a paz, e ela provocou a guerra. Visava a consolidar em lei o direito costumeiro, e acabou suscitando o dissenso social. Tinha uma vigência predeterminada para apenas três meses, e mesmo dentro desse período limitado de

⁴ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p.210.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 65.

tempo muitas de suas disposições não chegaram a ser executadas. No entanto a *Magna Carta* foi reafirmada solenemente em 1216, 1217 e 1225, tornando-se, a partir desta última data, direito permanente. Três de suas disposições – as de números 1, 9 (13 na versão de 1225), e 29 (29 e 30 na versão de 1225) – ainda fazem parte da legislação inglesa em vigor.

A *Magna Carta* reconhece aos barões feudais certos privilégios especiais que antes eram apenas conferidos, individualmente, pelo beneplácito real. Agora não se tratava de delegação real,

mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam, portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas. Mais do que isto, a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história da política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita.[...]. Assim, se a *Magna Carta* contribuiu num primeiro momento e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificado por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direito subjetivos dos governados⁶.

Constata-se que a *Magna Charta Libertatum* serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, embora se caracterizassem na verdade por fixar privilégios para estamentos sociais como regalias para a nobreza, prerrogativas para reforçar o regime feudal. Ela já trazia em si o germe de sua definitiva destruição a longo prazo. O sentido inovador do documento consistiu justamente no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza para a Igreja, liberdades municipais e direitos corporativos. Todavia, algumas

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. Op. cit., p.68.

de suas cláusulas se perenizaram na história da afirmação dos direitos humanos e do moderno regime democrático.⁷

A longa crise que se abateu sobre a economia e a sociedade européias durante os séculos XIV e XV marcou as dificuldades e os limites do modo de produção feudal no último período da Idade Média. No curso do século XVI, o Estado Absolutista emergiu na França, Inglaterra e Espanha e representou uma ruptura decisiva com a soberania piramidal e parcela das formações sociais medievais com seus sistemas de propriedade e da vassalagem.

Sustenta Perry Anderson⁸, que o “regime político da monarquia absoluta é apenas a nova forma política necessária à manutenção da

⁷ Como a de número 1 que reconhece as liberdades eclesiásticas para a designação de bispos, abades e demais autoridades eclesiásticas sem a necessidade do aceite do rei. Desta disposição nasce a semente da separação Estado e Igreja (... *que a Igreja da Inglaterra será livre e manterá os seus direitos íntegros e as suas liberdades intocadas...*). Já as disposições 12 e 14 contêm o futuro princípio básico do direito de tributar qual seja o de que o direito de tributar deve ser consentido pelos súditos (... *nenhuma taxa... nem contribuição alguma será criada... salvo mediante o consentimento do conselho comum do reino...*). Nas cláusulas 16 e 23, encontramos o primeiro passo para a consolidação do princípio de que ninguém se encontra abrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (... *ninguém será obrigado a prestar um serviço maior do que for devido em benefício do feudo...*). As cláusulas 17 e 40 reconhecem que o monarca possui o poder/dever de fazer justiça tratando-se, a jurisdição, de função de interesse público (... *o direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós vendido, recusado ou postergado...*). As bases para a instauração do tribunal do júri encontram-se lançadas já nas cláusulas 20 e 21, bem como o princípio do paralelismo entre os delitos e as penas, dando início ao lento processo de abolição das penas criminais arbitrárias e desproporcionais (... *um homem livre não será punido por um delito menor a não ser segundo o grau do delito [...] e nenhuma das citadas penas será aplicada a não ser mediante juramento de homens probos da vizinhança...*). As cláusulas 30 e 31 estabelecem a garantia do respeito à propriedade privada contra os confiscos (... *nenhum de nossos xerifes ou bailios, ou qualquer outra pessoa poderá servir-se dos cavalos e carroças de propriedade de um homem livre, sem o seu consentimento...*). Mas o coração da *Magna Carta* encontra-se em sua cláusula 39 que, ao afirmar que os homens livres devem ser julgados por seus pares e de acordo com as leis da terra, estabelece a essência do *due process of law* (... *nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra...*). A liberdade de ir e vir dentro do país e o direito de ingresso e de saída do mesmo encontram-se previstos nas cláusulas 41 e 42 (... *doravante a todos será lícito, sem prejuízo da submissão à nossa pessoa, sair do reino e a ele voltar, em toda segurança, por terra ou por mar, salvo, no interesse público...*) enquanto que o embrião da administração pública pode ser visto na cláusula 45 (... *não nomearemos juizes, oficiais de justiça, xerifes ou bailios, que desconheçam a lei do reino e não se disponham a observá-la...*). O início do fim do feudalismo pode ser lido na cláusula 60 que estende a todos os senhores feudais, em relação a seus dependentes e agregados, as mesmas limitações de poder que o rei reconhece para si, relativamente a seus súditos (... *todos os direitos e liberdades, cuja observância garantimos em nosso reino, na medida de nossa competência em relação aos nossos homens serão igualmente observadas por todos os clérigos e leigos do nosso reino em relação àqueles que deles dependem...*). Os enxertos da *Magna Carta* foram traduzidos por Fábio Konder Comparato a partir do texto original publicado em *C. Bémont, Charles des lebertes anglaises*, Paris, 1892 in COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. Op. cit., p.68.

dominação e da exploração feudais, no período de desenvolvimento de uma economia mercantil”.

A ordem política permanecia feudal enquanto que a sociedade se tornava cada vez mais burguesa.

Essas duas forças, responsáveis pela produção das novas monarquias, encontraram uma condensação jurídica única que se consubstanciou no reflorescimento do direito romano. Do ponto de vista econômico, a recuperação do conceito romano clássico de propriedade (absoluta e incondicional) foi fundamentalmente propício à expansão do livre capital na cidade e no campo. Politicamente, a famosa máxima de Ulpiano *quod principi placuit legis habet vicem*, “a vontade do príncipe tem força de lei”, tornou-se um ideal constitucional das monarquias do Renascimento em todo o ocidente como lembrado por Anderson⁹:

A noção complementar de que os reis e os príncipes eram eles próprios *legibus solutus*, isto é, isentos de restrições legais anteriores, proporcionaram os protocolos jurídicos para a supressão dos privilégios medievais, ignorando os direitos tradicionais e subordinando as imunidades privadas.

Neste contexto, sobressai o papel dos juristas. Desde o séc. XII, em Bolonha, Irnerius fundou a escola dos Glosadores que deu início ao reestudo sistemático dos Códigos de Justiniano. Aos Glosadores se seguiram os Comentadores que, nos séc. XIV e XV interessaram-se pela aplicação contemporânea das normas jurídicas romanas. Fora da Itália, aos poucos, o direito romano passa a ser difundido, porém é com o renascimento, concomitante com a vitória do absolutismo, que passa a ser assimilado de forma geral.

⁸ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Trad. João Roberto Martins Filho. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 19.

⁹ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Trad. João Roberto Martins Filho. Op.Cit., p. 27.

Como visto, anteriormente, a estrutura do Estado Absolutista tinha a propriedade privada ilimitada na base e a autoridade pública no topo, corporificada no poder discricionário do monarca. Era o “direito romano a mais poderosa arma intelectual disponível para o seu programa característico de integração territorial e centralismo administrativo”.¹⁰

Assim, os funcionários versados em direito romano constituíram-se nos principais funcionários executivos dos novos Estados Absolutistas.

Em 1679, na Inglaterra, em meio aos tumultuados tempos em que reinaram os Stuarts, últimos soberanos católicos da Inglaterra, o Parlamento, já maciçamente protestante, tentava de todas as formas impedir que, por perseguição política e religiosa aos protestantes, pessoas fossem arbitrariamente presas sem que se observasse o devido processo penal. Assim tratou de limitar o poder real, expedindo “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para a prevenção das prisões no ultramar”, denominação legal para a Lei de Habeas-Corpus (1679). Esta lei possui a importância de ter sido a matriz para todas as demais que vieram a ser criadas, posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais.

No século XVII o Parlamento inglês era composto, em sua maior parte, por representantes da nobreza e do alto clero. Não obstante a esse fato histórico, a instituição do Parlamento, que poderia ter uma outra composição que não aquela, e conforme mais tarde demonstrou ter essa capacidade, podia perfeitamente servir à democracia moderna nascente.

Assim é que, em 1689, ou exatamente um século antes da Revolução Francesa, e ainda sob turbulenta luta religiosa, desencadeou-se na Inglaterra verdadeira rebelião, mais tarde denominada de Revolução Gloriosa, que vinha sendo fermentada há vários anos e que culminou com a fuga do rei Jaime II Stuart para a França. Nessa ocasião, o Parlamento se autoconvocou,

¹⁰ ANDERSON, Perry . **Linhagens do Estado Absolutista**. Trad. João Roberto Martins Filho. Op.cit, p. 27.

declarou vago o trono da Inglaterra e decidiu operar uma mudança dinástica ao oferecer a coroa, conjuntamente, ao Príncipe Guilherme de Orange e à sua mulher Maria de Stuart, filha mais velha de Jaime II e que, contrariamente ao pai, professava a religião protestante. Porém, para subirem ao trono, tiveram que aceitar, em sua integridade, uma declaração de direitos elaborada e votada pelo Parlamento que passou para a história como *Bill of Rights* (1689) a qual passou a constituir uma das leis fundamentais do reino.

O *Bill of Rights* pôs fim, pela primeira vez, na Inglaterra, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido, já que os poderes de legislar e de criar tributos já não mais pertenciam ao monarca e, sim, ao Parlamento. Tal documento jurídico institucionalizou a separação de poderes que, meio século após, viria a impressionar Montesquieu. Criou, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia constitucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é a de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana ¹¹.

Dizia o texto:

[...]

Que o pretense poder régio de suspender a vigência ou execução das leis, sem consentimento do Parlamento, é ilegal;

[...]

Que a cobrança de impostos para o uso da coroa, a título de prerrogativa, sem a autorização do Parlamento e por um período mais longo ou por modo diferente do autorizado pelo parlamento, é ilegal;

Que os súditos tem direito de petição ao rei, sendo ilegais todas as prisões e perseguições contra o exercício desse direito;

[...] ¹²

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. Op.cit., p. 78.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. Op.cit., p. 81.

Canotilho fala em quatro dimensões básicas da fórmula *Rule of Law*, quais sejam: a obrigatoriedade da observância de um *processo justo legalmente regulado* quando se tiver que julgar e punir algum cidadão; o significado e a predominância das leis e costumes do País perante a discricionariedade do poder real; a sujeição de todos os atos do executivo a soberania do parlamento, e por fim, a igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos, a fim de que estes defendam seus direitos.¹³

1.2. A Declaração da Independência dos Estados Unidos da América.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed.Coimbra: Livraria Almedina, p.93.

*Consideramos incontestáveis e evidentes em si mesmas as seguintes verdades: que todos os homens foram criados iguais, que eles foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre esses direitos estão, em primeiro lugar, a vida, a liberdade e a busca da felicidade.*¹⁴

A história da democracia e da afirmação dos direitos fundamentais registra como o ato inaugural da democracia moderna a independência das antigas treze colônias da Inglaterra na América do Norte, em 1776, reunidas primeiramente na forma de confederação e, posteriormente, em 1787, em Estado Federal.

A independência das colônias Inglesas se fez acompanhar por um regime constitucional, a previsão da representação popular, a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.

Diz Rabenhorst¹⁵:

A Constituição norte-americana é outro marco decisivo na elaboração do conceito de *rule of law*. Com efeito, os revolucionários americanos não apenas afirmaram o valor normativo superior do texto constitucional (*higher law*), instituindo assim a própria concepção de um Estado constitucional democrático, como também consignaram as propriedades procedimentais e substanciais que caracterizavam o “domínio da lei”.¹⁶

¹⁴ Trecho da declaração de independência dos estados americanos de 1776.

¹⁵ RABENHORST, Eduardo Ramalho. Democracia E Direitos Fundamentais. Em Torno Da Noção De Estado De Direito. In: ZENAIDE, M.; DIAS, L. (Org.). **Formação em Direitos Humanos na Universidade**. João Pessoa: Editora Universitária, 2001, p. 36.

¹⁶ “Essas propriedades substanciais estão contidas em sete das dez Emendas que compõem a célebre “Declaração americana de direitos”: a Primeira Emenda garante a liberdade de expressão, de religião, o direito de reunião pacífica e o direito de peticionar ao governo; a Quarta Emenda proíbe a devassa injustificada do lar e a revista injustificada do indivíduo; a Quinta e a Sexta Emendas asseguram os direitos fundamentais em matéria penal e o “devido processo legal” (o acusado não pode ser compelido a produzir uma prova contra ele mesmo, deve ser informado da natureza e causa da acusação, não pode se julgado mais de uma vez pelo mesmo delito e etc.); a Oitava Emenda proíbe a fiança excessiva e as penas cruéis ou singulares; a Nona e a Décima Emendas asseguram aos Estados federados a ao povo todos os poderes e liberdades não enumeradas na Constituição”. André W. D. Weinberger. **Liberdades e garantias. A declaração dos direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1965, *apud* RABENHORST, Eduardo Ramalho. Democracia E Direitos Fundamentais. Em Torno Da Noção De Estado De Direito. In:

Para a compreensão desse regime que nasce na América do Norte, no século XVIII, importantes são as observações feitas por Tocqueville.

Tocqueville escreve, nitidamente, sobre uma forma particular de democracia – a democracia americana. Mas isso não significa que ele restringiu a análise de seu desenvolvimento apenas ao Novo Mundo. Trata-se, na verdade, de algo novo, universal, extensivo a todas as sociedades civilizadas e, portanto, “um fato *providencial* que escapa ao poder humano”¹⁷. A afirmação de Tocqueville não é fortuita e não pode mesmo ser atribuída meramente à sua religiosidade, se bem que esta seja o testemunho de como se deve medir a política por um desígnio de Deus.

Segundo Ricardo Rodríguez,¹⁸ três são os pontos mais marcantes da ética tocqueviliana, assim descritos: o primeiro se refere à fundamentação de suas convicções morais no cristianismo, donde tira o princípio fundamental de que todos os homens possuem a mesma dignidade e, portanto, podem aspirar aos benefícios da liberdade. Em segundo lugar, a solidariedade com seus concidadãos (os franceses) que corriam perigo de cair nas mãos do despotismo em vez de alcançar a tão desejada liberdade, e, por fim, o dever a que se impôs de testemunhar a verdade histórica que descobriu em sua viagem à América, qual seja a da possibilidade da liberdade democrática. O primeiro volume da *Democracia* foi publicada em 1835 e ficou conhecido como o “breviário” da democracia moderna.

Inicia Tocqueville a falar sobre a nascente democracia na América mostrando como as raízes de um povo marcam suas características culturais futuras.

O homem acha-se inteiro, por assim dizer, entre as cobertas de seu berço.

ZENAIDE, M.; DIAS, L. (Org.). **Formação em Direitos Humanos na Universidade**. João Pessoa: Editora Universitária, 2001, p. 37.

¹⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, p.43.

¹⁸ RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. **A Democracia Liberal segundo Alexis de Tocqueville**. São Paulo: Mandarim, 1998, p. 93.

*Os povos guardam sempre as marcas da sua origem.*¹⁹

Depois de salientar e descrever as características geográficas da América do Norte, passou a analisar as características da população que veio da Europa para se instalar na América, inclusive já a diferenciando das populações de outras colônias, e ressaltando os traços culturais que marcariam, para sempre, a nova civilização que construíam.

Os imigrantes que se foram estabelecer nas praias da Nova Inglaterra pertenciam todos às classes independentes da metrópole. (...) não se encontravam em grandes senhores, nem povo, nem, por assim dizer, pobres ou ricos.

As outras colônias tinham sido fundadas por aventureiros sem família; os imigrantes da Nova Inglaterra levavam consigo admiráveis elementos de ordem e de moralidade; entravam pelo deserto acompanhados de suas esposas e de seus filhos. Mas o que distinguia sobretudo de todos os outros era a própria finalidade da sua empreitada. Não tinham abandonado o seu país forçados pela necessidade; deixavam para trás um posição social cuja perda seria lamentável e meios de vida garantidos; tampouco passavam ao Novo Mundo a fim de ali melhorar a sua situação ou de fazer aumentar as suas riquezas; arrancavam-se às doçuras da pátria para obedecer a uma necessidade puramente intelectual; expondo-se às misérias inevitáveis do exílio, desejavam fazer triunfar uma idéia.

Os imigrantes, ou, como eles mesmos merecidamente se denominavam, os peregrinos (Pilgrims), pertenciam àquela seita inglesa que, por causa da austeridade de seus princípios, tinha recebido o nome de puritana. O puritanismo não era apenas uma doutrina religiosa; confundia-se ainda, em vários aspectos, com as teorias democráticas e republicanas mais absolutas. Por causa dessa tendência, tinha ganho os seus perigosos adversários. Perseguidos pelo governo da mãe-pátria, ofendidos no rigor de seus princípios pela marcha quotidiana da sociedade em cujo seio viviam, os puritanos procuravam uma terra tão bárbara e tão abandonada pelo mundo que nela pudessem ainda viver à sua maneira e rezar a Deus em liberdade²⁰.

Segundo o autor, a busca aos objetivos de cunho espiritual somou-se a igualdade civil e política, garantida pela divisão da terra desde o período colonial.

O “estado social imposto pela providência”²¹ é o resultado efetivo de um processo que não encontra sua compreensão à margem do elemento religioso. Isso porque o puritanismo, seita à qual se filiam os “pilgrims”, longe de ser exclusivamente uma doutrina religiosa,

¹⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Op.cit., p.29.

²⁰ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Op.cit., p.33.

²¹ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Op.cit., p.44.

confunde-se, em vários pontos, com as teorias democráticas e republicanas. Relacionando a política à religião, Tocqueville pode, então, sustentar a idéia de que a inevitabilidade do domínio democrático é um desígnio de Deus e contra ele é impossível lutar.

O puritanismo, como já disse antes, era uma teoria política quase tanto como uma doutrina religiosa²².

A própria mudança para a América foi um “contrato social”²³, formalmente estipulado pelos imigrantes, após ter sido submetido à apreciação dos mesmos. O ato escrito pelos imigrantes dizia:

Ajustamos solene e mutuamente, na presença de Deus e de nós próprios, e combinamos formar um corpo político civil, para a nossa melhor ordem e preservação e melhor desempenho dos fins supramencionados; e em virtude do ajustado, concordamos em formular, constituir e promulgar com igualdade, tais leis, ordenações, atos, constituições e cargos que sejam considerados os mais adequados e convenientes para o bem geral da Colônia; ao que tudo prometemos toda a devida submissão e obediência²⁴.

Em tais condições, a democracia, tal como não tinha ousado sonhá-la a antiga Atenas, crescia em força na nova terra. Lembra o autor que, entre o povo que nascia, reinava uma igualdade quase perfeita de fortunas e de inteligência e que qualquer um deles poderia ser eleito agente do poder executivo ou mesmo governador do Estado²⁵.

A Nova Inglaterra constituiu-se como sociedade de homens livres, iguais perante a lei, e cuja única diferença a ser tolerada era a de riqueza material. Traço característico da sociedade americana foi o princípio da igualdade jurídica dos homens livres. A igualdade de condições jurídicas não pressupunha a sócio-econômica. À época em que Tocqueville esteve na América do Norte, ainda não haviam sido formadas as grandes fortunas, mas tudo se organizava para tanto. As condições já estavam postas: supressão de privilégios estamentais combinada com a livre circulação de bens num mercado unificado aliado ao fator subjetivo do povo, qual seja, “o amor ao dinheiro” e o “desprezo mais profundo pela teoria da igualdade permanente dos bens”²⁶.

A defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento do povo são outras duas características do povo norte-americano, identificadas pelo autor, e que decorrem do princípio da igualdade jurídica.

²² TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Op.cit., p.35.

²³ Este documento ilustra, de maneira singular, a teoria do contrato social como fundamento de todas as instituições políticas, tal como foi exposto e sucessivamente desenvolvido por Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau, desposando a tese de que toda sociedade política autêntica é fruto de um acordo de vontades.

²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Op. Cit., p.36.

²⁵ TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Op. cit. , p.39.

²⁶ TOCQUEVILLE, Alexis. **De la Démocratie**, v.1, Paris, Librairie de Médicis, 1951, p. 80.

Tocqueville sustenta a idéia de que a inevitabilidade do domínio democrático é um desígnio de Deus e contra ele é impossível lutar. Aceitando esse princípio como definitivo, acredita o pensador francês que a realidade que vê será o futuro da humanidade e que tal movimento social dificilmente será detido por seus fracos opositores.

Tais observações ao trabalho de Tocqueville são feitas com clareza e lucidez por Magalhães Melo²⁷ que percebe, no texto, a certeza do autor da evolução contínua da democracia, cruzando o oceano e alcançando inapelavelmente o continente europeu. Tocqueville vê, na igualdade americana, mais do que a própria América. Assim, procura “a imagem da democracia, suas inclinações, seu caráter, seus preconceitos e suas paixões; eu quero conhecê-la para saber ao menos o que devemos esperar ou temer dela”.

Outro traço marcante da nascente cultura americana era a necessidade estabelecida de que todos deveriam saber ler , principalmente as escrituras sagradas, já que diz a lei, “Visto que um dos principais projetos desse antigo mistificador Satanás é manter os homens privados do conhecimento das escrituras...” daí decorre que desde o princípio existiam prescrições públicas no sentido da obrigatoriedade da educação básica, que como diz Tocqueville, era acessível a todos, enquanto que a superior era praticamente inexistente.

Mas é nas prescrições relativas à educação pública que, desse o princípio, se vê surgir à mais pura luz o caráter original da civilização americana.

Os magistrados municipais devem cuidar para que os pais enviem seus filhos às escolas; têm direito de impor multas contra aqueles que se recusam a fazê-lo; (...) e lança mão da criança e arrebatada aos pais o direito que a natureza os havia concedido, mas do qual faziam tão mau uso²⁸.

Mas não são iguais apenas as fortunas, na América; a igualdade estende-se até certo ponto às próprias inteligências. (...) Lá, a instrução primária acha-se ao alcance de todos; lá, a instrução superior não se acha ao alcance quase de ninguém²⁹.

O princípio da igualdade, seguido do da soberania popular, vivificados na vida e nas instituições mesmo quando, ainda, não podia se mostrar à luz, ostensivamente, no seio das leis, já que as colônias eram ainda obrigadas a obedecer à metrópole, marcou a democracia como a conhecemos atualmente.

²⁷ MELO, F. J. M.. O Passado Ameaça o Presente. Tocqueville E A Perspectiva Da Democracia Individualista. Revista Tempo Social, v. 12, n. 1, p. 141 – 164, 2000.

²⁸ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Op.cit., p.40.

²⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Op.cit., p.48.

A América apresenta, pois, na sua situação social, o fenômeno mais estranho. Os homens ali mostram-se mais iguais pela sua fortuna e pela sua inteligência, ou, noutras palavras, mais igualmente fortes do que o são em qualquer país do mundo, do que o foram em qualquer outro século de que a História guarde lembrança.

(...) igualdade no mundo político: é preciso que se dêem direitos a cada cidadão, ou que não sejam dados a ninguém³⁰.

Lembra Rodríguez³¹ que a prática política e administrativa das colônias anglo-americanas terminou consagrando princípios até então desconhecidos dos países europeus como: a participação direta do povo nos negócios públicos, o voto livre de impostos, a responsabilidade dos agentes do poder, a liberdade individual e o julgamento pelo júri. Tocqueville destacou que enquanto a liberdade se desenvolvia na ordem civil e política na América, a religião presidia no terreno moral, fundando os direitos sobre a base firme dos deveres, eticamente justificados.

Na América, o princípio da soberania popular jamais fica escondido ou estéril, como certas nações; é reconhecido pelos costumes, proclamado nas leis; estende-se com toda liberdade e sem obstáculos atinge as suas últimas consequências. Se existe um único país no mundo onde podemos esperar apreciar em seu justo valor o dogma da soberania popular, estudá-lo na sua aplicação aos negócios da sociedade e julgar as suas vantagens e os seus perigos, esse país é, sem dúvida, a América.

Estalou a Revolução Americana. O dogma da soberania popular saiu da comuna e apoderou-se do governo(...). Quase igualmente rápida foi a transformação que se efetuou no interior da sociedade(...)³².

Quando rompeu a revolução, tais princípios já se encontravam alastrados pela sociedade e foram eles que fundamentaram o novo ordenamento jurídico.

No momento em que esse efeito das leis e da Revolução começou a revelar-se a todos os olhos, já se havia pronunciado a vitória, irrevogavelmente, em favor da democracia. O poder achava-se, de fato, nas suas mãos. Já nem sequer era permitido lutar contra ela. As classes elevadas submeteram-se por isso mesmo, sem murmurações e sem combate, a um mal desde então inevitável. Ocorreu com elas aquilo que geralmente ocorre com os poderes que caem: o egoísmo individual apoderou-se dos seus membros; como já não era mais possível arrebatá-la a força das mãos do povo, e como não detestavam ainda bastante a multidão para ter prazer em afrontá-la, não se pensou mais do que ganhar a todo preço a sua benevolência. Assim, foram

³⁰ TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. Op.cit., p.48-49.

³¹ RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. *A Democracia Liberal segundo Alexis de Tocqueville*. Op. Cit., p. 98.

³² TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. Op.cit., p.50-51.

votadas as mais democráticas das leis, malgrado os próprios homens cujos maiores interesses elas contraíram. Dessa maneira, as classes altas absolutamente não exerceram contra ela as paixões populares, apressando, pelo contrário o triunfo da nova ordem. Destarte, coisa singular, viu-se o ardor democrático tornar-se ainda mais irresistível nos Estados onde a aristocracia tinha mais razões!

Quando um povo começa a modificar as condições de elegibilidade, pode-se prever que chegará, dentro de um prazo mais ou menos longo, a fazê-las desaparecer completamente. (...). À medida que se deslocam os limites dos direitos eleitorais, sente-se a necessidade de deslocá-los mais; pois, após cada nova concessão, as forças da democracia aumentam e as suas exigências crescem com o seu novo poder. A ambição daqueles que deixamos abaixo das condições mínimas irrita-se em razão direta do grande número daqueles que se acham acima. A exceção afinal transforma-se em regra; as condições sucedem-se sem detença, e não se interrompem mais, a não ser quando se chegou ao sufrágio universal.

*Há países onde um poder, de certo modo exterior ao corpo social, age sobre ele e o força a marchar em certa direção. Outros há em que a força é dividida, estando ao mesmo tempo situada na sociedade e fora dela. Nada de semelhante se vê nos Estados Unidos; ali, a sociedade age sozinha e sobre a própria. Não existe poder a não ser no seio dela; quase nem mesmo se encontram pessoas que ousem conceber e, sobretudo, exprimir a idéias de ir procurá-la noutra parte. O povo participa da composição das leis, pelas escolhas dos legisladores, da sua aplicação pela eleição dos agentes do poder executivo; pode-se dizer que ele mesmo governa, tão frágil e restrita é a parte deixada à administração, tanto se ressentida esta da sua origem popular e obedece ao poder de que emana. O povo reina sobre o mundo político americano como Deus sobre o Universo. É ele a causa e o fim de todas as coisas, tudo sai do seu seio, e tudo se absorve nele.*³³

Não deixa o autor de demonstrar a influência que a atividade política, encontrada em toda parte nos Estados Unidos, exerce sobre a sociedade.

Não é impossível conceber a imensa liberdade de que gozam os americanos; também se pode imaginar o que é a sua extrema igualdade; mas o que não seria possível compreender sem ter tido ocasião de ver de perto é a atividade política que reina nos Estados Unidos. Mal desembarcamos no solo americano, vemos-nos no meio de uma espécie de tumulto; de todas as partes, eleva-se um confuso clamor; mil vozes chegam ao mesmo tempo aos nossos ouvidos, cada qual a exprimir algumas necessidades sociais. Em nossa volta, tudo se movimenta: aqui é o povo de um bairro que se reúne para saber se há de construir uma igreja; ali, trabalha-se para escolher um representante; mais além, os delegados de um cantão dirigem-se à cidade a toda pressa, a fim de deliberar sobre certos melhoramentos locais; noutra parte, são os agricultores de uma

³³ TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. Op. cit., p.51-52.

*aldeia que abandonam os seus arais para ir discutir o plano de uma estrada ou de uma escola. Reúnem-se cidadãos com a finalidade exclusiva de declarar que desaprovam a marcha do governo, ao passo que outros se reúnem a fim de proclamar que os homens da administração são os pais da pátria. E eis que outros ainda, considerando a embriaguez como a principal fonte dos males do Estado, vêm comprometer-se solenemente a dar o exemplo da temperança*³⁴.

Em certos países, o habitante só aceita com uma espécie de repugnância os direitos políticos que a lei lhe concede; parece que é roubar-lhe o tempo, gastá-lo com os interesses comuns, e prefere encerrar-se num egoísmo estreito do qual quatro paredes sobrepostas por um teto constituem o exato limite.

A democracia não dá ao povo o governo hábil, mas faz o que o governo mais hábil muitas vezes não tem poderes para criar; faz propagar pelo corpo social uma atividade inquieta, uma força superabundante, uma energia que jamais existe sem ela e que, ainda que as circunstâncias sejam pouco favoráveis, podem produzir maravilhas.

O fato de ser o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos na história política moderna, fez da Declaração de Independência dos Estados Unidos um documento único e marco da nova legitimidade política: a soberania popular.

*Quando, no decurso da história humana, torna-se necessário a um povo romper os laços políticos que o vincularam a outro, bem como assumir, entre as potências mundiais, a posição separada e igual a que o habilitam as leis da natureza, o respeito devido às opiniões da humanidade obriga-o a declarar as causas que o impelem à separação*³⁵.

A própria idéia de se fazer redigir e dar conhecimento em “respeito devido às opiniões da humanidade”, constitui-se em absoluta e espetacular novidade. Anota, com propriedade Comparato que doravante, juízes supremos dos atos políticos deixavam de ser os monarcas, ou os chefes religiosos, e passavam a ser todos os homens, indiscriminadamente.³⁶

Fizeram, inclusive, inserir na Declaração de Independência, o direito de revolução, (“toda vez que alguma Forma de Governo tornar-se destrutiva”), como havia teorizado John Locke. Consideramos as seguintes verdades como auto evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados.

³⁴ TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. Op.cit., p. 187-189.

³⁵ Uma Declaração dos representantes dos Estados Unidos da América reunidos em Congresso Geral em 4 de julho de 1776.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos*. Op.cit., p. 89.

*Toda vez que alguma forma de governo torna-se nociva à consecução dessas finalidades, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova forma de governo baseada nestes princípios, e cuja organização de poderes lhe pareça, segundo a maior probabilidade, capaz de proporcionar-lhe a segurança e a felicidade.*³⁷

Tal Declaração é o primeiro documento político que reconhece, além da legitimidade da soberania popular, existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Lembra Comparato que a Europa somente viria a declarar a legitimidade democrática com respeito aos direitos humanos com o advento da Revolução Francesa de 1789, pois, “até então, a soberania pertencia legitimamente ao monarca auxiliado no exercício do reinado pelos estratos sociais privilegiados”³⁸.

Tocqueville se preocupa com a onipotência, nos Estados Unidos, da maioria e teme seus efeitos, como a possibilidade da ocorrência da tirania, que ameaçaria seu futuro.

Várias circunstâncias particulares tendem ainda a tornar o poder da maioria, na América, não apenas predominante, mas irresistível. O império moral da maioria funda-se em parte sobre a idéia de que há mais conhecimentos e mais sabedoria em muitos homens reunidos do que num só; mais o número de legisladores do que na escolha.

A idéia de direito que a maioria possui, pelos seus conhecimentos, de governar a sociedade, foi levada ao solo americano por seus primeiros habitantes. Tal idéia, que bastaria sozinha para criar um povo livre, introduziu-se hoje em dia nos costumes e podemos encontrá-la até nos menores hábitos da vida.

Por isso, quando recuso obedecer a uma lei injusta, de modo nenhum estou negando que a maioria tem o direito de comandar; apenas faço apelar da soberania do povo para a soberania do gênero humano.

*O que censuro a mais no governo democrático tal como é organizado nos Estados Unidos não é, como pretendem muitos na Europa, a sua fragilidade, mas, pelo contrário, a sua força irresistível. E o que mais me repugna, na América, não é a extrema liberdade que ali reina, mas a pouca garantia que ali se tem contra a tirania.*³⁹

Ora, com tal afirmação, não quer dizer que considere que a tirania seja um instrumento de uso freqüente; mas acredita que não há garantias contra ela, já que a maioria possui um imenso poder de fato e um poder de opinião quase que da mesma magnitude. Cita um exemplo, abaixo transcrito, que exprime o terror da tirania da maioria.

³⁷COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos*. Op.cit., p. 92.

³⁸COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos*. Op.cit., p. 90.

³⁹TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. Op.cit., p.191-193.

Quando um homem ou um partido sofre uma injustiça, nos Estados Unidos, a quem esperar que ele se dirija? À opinião pública? Mas é ela que forma a maioria. Ao corpo legislativo? Ele representa a maioria e lhe obedece cegamente. Ao poder executivo? Ele é indicado pela maioria e serve-lhe de instrumento passivo. À força pública? A força pública outra coisa não é senão a maioria em armas. Ao júri? O Júri é a maioria revestida do direito de pronunciar arrestos; os próprios juizes, em certos Estados, são eleitos pela maioria. Por iníqua e desarrazoada que seja a medida que nos golpeia, é necessário, por isso, que nos submetamos a ela⁴⁰.

Nos Estados Unidos, o mesmo sistema é aplicado ao povo inteiro. Cada cidadão americano é eleitor, elegível e jurado. O sistema do júri, tal como é entendido na América, parece-me uma consequência tão direta e tão extrema do dogma da soberania do povo quanto o sufrágio universal. São dois meios igualmente poderosos de fazer reinar a maioria⁴¹.

Porém todo esse avanço social e político dos Imigrantes Norte Americanos não os diferenciou de outros povos de outras colônias no que se refere ao relacionamento com outras etnias, principalmente, os indígenas e os negros. Tanto lá como cá, as nações indígenas só poderiam escapar à destruição pela guerra ou pela civilização, e os negros, arrancados da África e trazidos para as Américas como escravos, mesmo após o termino de regime escravocrata foram e são vítimas de preconceitos e de formas de marginalização política, econômica e social, fato que também não escapou da análise de Tocqueville, que restou marcado na história como uma espécie de “pecado original”, cujo resgate custou rios de sangue no século seguinte e que até hoje se constitui em um dos fatores responsáveis por movimentos desagregadores no seio da sociedade norte americana.

Ensina Canotilho que, nos Estados Unidos The Reign of Law (“o império do direito”) ganhou contornos efetivamente inovadores. Estabelece-se um Estado Constitucional onde os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites são estabelecidos por meio do reconhecimento do direito que o povo possui a uma norma superior que, inclusive, garanta os direitos e liberdades juridicamente gerados na república; em segundo lugar, associa a juridicidade do poder à justificação do governo, deixando claro que as razões do governo devem ser razões públicas que tornem patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições; por último, da “essência constitucional americana” fazem parte os tribunais que exercem a justiça em nome do povo.⁴²

⁴⁰ TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. Op.cit., p.195.

⁴¹ TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. Op.cit., p 210.

⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed.Coimbra: Livraria Almedina,, p.94.

1.3. A Revolução Francesa e a consolidação do Estado de Direito.

*Os homens nascem e permanecem livres e iguais nos direitos.*⁴³

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi aprovada pela Assembléia Nacional, em 26 de agosto de 1789, como forma de uma declaração de direitos antes da emanação de uma Constituição, declaração

⁴³ Trecho inicial da Declaração dos Direitos do Homem e da Cidadão de 1789.

esta carregada da simbologia de ser “o ato de constituição de um povo e de assinalar o fim de uma época e o início de outra”⁴⁴.

Os revolucionários franceses produziram um documento claramente voltado para o passado, voltado para o combate ao *Ancien Régime*. Autores como Comparato⁴⁵, Bobbio⁴⁶ e Canotilho⁴⁷ se referem a esse documento como o atestado de óbito da monarquia absolutista, dos privilégios feudais e gerador de uma nova ordem social. Era o resultado do movimento histórico em favor da limitação dos poderes dos governantes, iniciado na Baixa Idade Média com a *Magna Carta*, e seguido, na Inglaterra, pela *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*.

Afirma Bobbio⁴⁸ que o núcleo doutrinário da declaração está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil (os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos); o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação.

Como a humanidade ainda não havia experimentado, em curto espaço de tempo e sob a bandeira da igualdade, a Revolução Francesa exterminou as desigualdades entre indivíduos e grupos sociais. Afirma Comparato.

Na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas de um só golpe as servidões feudais, que vigoravam há séculos, como também se proclamou, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos

⁴⁴BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85.

⁴⁵COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmção Histórica Dos Direitos Humanos**. Op cit. , p. 132.

⁴⁶BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Op. cit, p. 85.

⁴⁷CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição- 5. edição**. Coimbra, Livraria Almedina, p.57.

⁴⁸BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 92.

judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Por um decreto da Convenção de 11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias. Esse movimento igualitário só não conseguiu, afinal, derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos.⁴⁹

Por liberdade entenderam os revolucionários o fim da tirania do monarca absolutista e a instauração de um regime plúrimo de liberdades individuais.

Já, fraternidade era entendida como virtude cívica e o resultado necessário da abolição de todos os privilégios, não só na França, mas estendido a toda a humanidade, vez que estavam convencidos de que a libertação da França significava apenas a primeira etapa para a instauração do reino universal igualitário, “a França oferece fraternidade e auxílio a todos os povos que queiram reconquistar a liberdade”, dizia um decreto da Assembléia Legislativa datado de 19 de novembro de 1792.

Se, por um lado, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi considerada o “atestado de óbito do *Ancien Régime*”, por outro, foi comparada a uma carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, já que passou a ser referência obrigatória a todo processo de constitucionalização dos povos.

Os movimentos históricos anteriores, acima citados, de limitação aos poderes do monarca supunham a manutenção de certo poder em sua mão. Acorre que a própria idéia de monarquia absolutista, combatida por todos os pensadores do “século das luzes”, era agora inaceitável para a classe ascendente, a burguesia. O problema que se colocava era o de saber a quem conferir o poder supremo em substituição ao monarca. A sociedade francesa era composta, por assim dizer, de três segmentos (status): o clero, a

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. Op. cit., p. 118.

nobreza e o terceiro estamento (*Tiers Etat*), composto por todos aqueles que não pertenciam nem ao clero e nem à nobreza (os burgueses - comerciantes de todos os ramos, profissionais liberais, proprietários urbanos e o povo - massa de não-proprietários, pequenos artesãos, empregados domésticos, operários e camponeses). O clero e a nobreza não possuíam, naquele momento histórico, qualquer legitimidade para reivindicar para si a soberania. Restava o *Tiers Etat*. Das discussões que se seguiram, nas sessões das assembléias gerais do reino (*états généraux du royaume*), a solução ao problema veio das idéias de Sieyès: os deputados passariam a reunir-se em uma assembléia nacional. Comparato observa:

Em lugar do monarca que deixava o palco, entrava em cena uma entidade global, dotada de conotações quase sagradas, que não podiam ser contestadas abertamente pela nobreza e o clero, sob pena de sofrerem a acusação de antipatriotismo; entidade essa que, de qualquer forma, pairava acima do povo, onde predominava a força numérica dos não-proprietários.⁵⁰

Canotilho ensina que o *Etat Légal* francês coloca, no vértice de sua pirâmide normativa, a Declaração de 26 de agosto de 1789; sendo, ao mesmo tempo, uma pré-constituição e uma supra-constituição: pré-constituição porque cronologicamente precedeu a primeira constituição e supra-constituição porque estabelecia uma disciplina vinculativa para o próprio constituinte.⁵¹

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. Op. cit., p. 125.

⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed.Coimbra: Livraria Almedina,, p.95.

1.4. Estado de Direito e Constitucionalismo.

No processo de afirmação histórica do Estado de Direito, a afirmação da submissão do poder ao direito foi acompanhada pela exigência de que o poder se expresse de modo, preferencialmente, através de normas gerais e abstratas.

Mas a expressão “Estado de Direito” não é aceita por todos. Muitos a impugnam por parecer-lhes pleonástica. Kelsen é um dos destacados opositores da expressão. Para ele todo Estado é um Estado de Direito, de modo que a diferenciação que pressupõe uma dualidade entre Estado e

Direito não é uma expressão rigorosa ou uma constatação de fato; mas, sim, um posicionamento com profundo sentido ideológico⁵².

Ora, tal visão estreita deu margem para os acontecimentos trágicos da alemã nazista.

Mas foi o movimento constitucionalista, ou melhor, os movimentos constitucionalistas que criaram as condições necessárias para o surgimento da idéia de Estado de Direito e, posteriormente, o de Estado Democrático de Direito.

Nelson Saldanha lembra que teria sido Kant que estabeleceria a idéia de que só é livre quem obedece às leis.

Obedecer à lei significava, na doutrina liberal, obedecer a ninguém – ou a si próprio. Ficava para trás o contexto em que se inseria a antiga fidelidade fidalga referente a “meu Deus e meu rei”. Isto daria ao Estado moderno o cunho de *Estado de Direito* (o *Rechtsstaat* no termo alemão), um Estado daí cujo fundamento era jurídico e que só por este fundamento tinha sentido. E vêm os dois movimentos paralelos que dão nova forma ao Direito contemporâneo: o das codificações e o das Constituições.⁵³ (grifos do original).

A segurança da propriedade e dos direitos liberais representaria, no contexto liberal, a essência do constitucionalismo.

O movimento constitucional gerador das constituições modernas tem suas raízes fincadas em espaços temporais, geográficos e culturais diferenciados. Assim, ao estudá-lo nos deparamos com muitos *movimentos constitucionais*.

⁵² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: A. Amado editor-sucessor, 1979, Capítulo VI.

⁵³ SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.120.

Define Canotilho o constitucionalismo como sendo “uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”⁵⁴.

Trata-se de uma ideologia, pois carrega um claro juízo de valor. O valor que se protege com o constitucionalismo é o da limitação do poder com fins de garantismo.

Também, em uma acepção histórica e descritiva, costuma-se designar o constitucionalismo como o movimento político, social e cultural que, a partir do século XVIII passa a questionar os esquemas tradicionais de domínio político implantado nos fins da Idade Média e que teria subsistido até o século XVIII (absolutismo).

Canotilho⁵⁵ define constituição moderna como a “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. O mesmo autor, logo em seguida, afirma ser este conceito um conceito *ideal* e que passou a ser considerado como o *conceito ocidental de constituição*, mas muito longe dos modelos históricos de constitucionalismo.

Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e a legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades.

O constitucionalismo inglês teve sua gênese ainda no século XIII, com a *Magna Charta* de 1215, seguida da *Petition of Rights* de 1628, do *Habeas Corpus Act* de 1679, como anteriormente citados. Esses documentos foram responsáveis pela sedimentação da idéia da liberdade como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança dos bens de que se é proprietário. Para a garantia dos bens *liberdade* e *propriedade*, se impôs a criação de um processo justo e regulado por lei, o *due process of law*.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição- 5. ed.** Op. cit., p. 51.

⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição- 5. ed.** Op. cit, p. 52.

Registre-se, ainda, que as leis do país (*laws of the land*) são dinamicamente interpretadas pelos juízes e não pelos legisladores, criando-se, assim, o direito comum, o *common law*. Sobretudo após a revolução de 1688 –89, a chamada *Glorious Revolution*, ganha estatuto constitucional a idéia de representação e soberania parlamentar indispensável à estruturação de um governo moderado, composto pelo rei, os comuns e os lordes (King, *Commons and Lords*). Por fim a idéia de que a soberania do parlamento deveria ser exercida através da forma da lei do parlamento, *the rule of law* (o domínio da lei) que previa, como anotado por Rabenhorst⁵⁶, a garantia de proibição do exercício arbitrário do poder, a exigência de normas públicas claras e consistentes e a exigência de tribunais acessíveis e estruturados para ouvir e determinar as diversas reivindicações legais. O termo *rule of law* evoca “a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante estes poderes”⁵⁷.

Já o constitucionalismo francês se estruturou sobre diferentes pilares. A Revolução Francesa de 1789 estabeleceu paradigma novo. A expressão póstuma, *ancien régime*, mostra claramente isto: a ruptura com o “antigo regime” e a criação de um “novo regime” significando uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou ajustamento prudencial da história. A Revolução Francesa procura edificar uma nova ordem sobre o que chamou de direitos naturais dos indivíduos (todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não naturalmente desiguais como sob o paradigma “da ordem natural das coisas” dos estamentos). Dessa igualdade nasceu uma perplexidade: Como podem homens livres e iguais dar a si próprios uma lei fundamental? Responde-se com as doutrinas contratualistas, já que a ordem política é a ordem *querida e conformada* através de um contrato social. Da imbricação da afirmação de direitos individuais naturais e da contratualização da ordem política, nasce uma nova característica do

⁵⁶ RABENHORST, Eduardo Ramalho. Democracia E Direitos Fundamentais. Em Torno Da Noção De Estado De Direito. In: ZENAIDE, M.; DIAS, L. (Org.). **Formação em Direitos Humanos na Universidade**. João Pessoa: Editora Universitária, 2001, p. 36.

⁵⁷ RABENHORST, Eduardo Ramalho. Democracia E Direitos Fundamentais. Em Torno Da Noção De Estado De Direito. In: ZENAIDE, M.; DIAS, L. (Org.). **Formação em Direitos Humanos na Universidade**. João Pessoa: Editora Universitária, 2001, p. 36.

constitucionalismo revolucionário: o poder constituinte – no sentido de um poder originário pertencente à Nação e o único que, de forma autônoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a constituição.

Da contribuição dada pelo constitucionalismo americano, podemos destacar a idéia de que se pretendeu, naquele país, que o povo tomasse as decisões (*nós, o povo*). Aos olhos dos colonos americanos, crescia a idéia de que algumas decisões só poderiam ser tomadas pelo povo, eram idéias que geravam a democracia moderna, e uma dessas decisões era a que se referia às escolhas constitucionais.

O constitucionalismo americano nos legou uma constituição marcada pela idéia da limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita. Ensina Canotilho que:

A constituição não é um contrato entre governante e governados, mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um “governo” vinculado à lei fundamental. Poder-se-á dizer, deste modo, que os *Framers* (os “pais da constituição americana”) procuraram *revelar* numa lei fundamental escrita determinados direitos e princípios fundamentais que, em virtude de sua racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade neles transportada, ficam fora da disposição de uma “*possible tyranny of the majority*”. A consequência lógica do entendimento da constituição como *higher law* é ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer lei de nível inferior...⁵⁸ (transcrito como o original)

Indissolúvel, para Sarlet⁵⁹, a vinculação das noções de Constituição, Estado de Direito e Direitos Fundamentais. O autor traz à colação síntese lapidar do nexo de interdependência destas noções, como expostas por Klaus Stern. Teria escrito ele:

⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição- 5. ed.** Op., p. 59.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

As idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.

A *constitucionalização*, para Norberto Bobbio⁶⁰, significou a primeira de quatro etapas que arrola na narração da história da progressiva afirmação dos direitos do homem, já que transformou a aspiração ideal secular em um verdadeiro e próprio direito, o direito público subjetivo. Ensina que foi com a constitucionalização que as declarações de direitos foram inseridas nas primeiras constituições liberais e, depois, nas constituições liberais e democráticas. Deste modo, os direitos naturais do homem tornaram-se direitos positivos do homem. Já a segunda etapa recebe o nome de *progressiva extensão*. Dita extensão teria ocorrido primeiramente no interior dos direitos à liberdade, ampliando-os. A segunda forma de extensão ocorreu com a passagem do reconhecimento apenas dos direitos civis para os direitos políticos, passagem essa que transformou o Estado liberal em Estado liberal e democrático. Já a última forma de extensão, que introduziu os direitos sociais, transformou o Estado democrático e liberal em Estado democrático e social.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e a Lição dos Clássicos**. Organização Miclelanger Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.481-483.

CAPÍTULO 2 – ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

As expressões “Estado de Direito” e “democracia” ensejam no mundo da filosofia, da política e do direito, inúmeras e infindáveis discussões. Mesmo assim, para lhes delimitar o conteúdo mínimo, temos que perguntar,

aliás, como feito por Rabenhorst⁶¹, quais seriam as propriedades (formais e materiais) exigidas de uma ordem política para que ela possa vir a ser chamada de “Estado de Direito” ? Ou ainda: Se um sistema político que impõe uma legalidade autoritária pode ser considerado um “Estado de Direito” ou se esta denominação é válida apenas para os regimes democráticos?

Entre muitos, repita-se, existe a postulação daqueles que repelem a hipótese de que o Estado exista para além do Direito, de tal forma que consideram impossível qualquer ação estatal contrária ao Direito. Desta forma, a expressão Estado de Direito é impugnada por este grupo como pleonástica. Esta é a posição de Hans Kelsen, para quem todo Estado é um Estado de Direito, entendendo que a diferenciação que pressupõe uma dualidade entre Estado e Direito onde o Estado é uma realidade prévia e autônoma em relação ao ordenamento jurídico, supondo a produção deste por aquele e que somente então o Estado se submete ao Direito, convertendo-se em Estado de Direito, não é uma afirmação rigorosa ou uma constatação de fato, mas um posicionamento com profundo sentido ideológico.⁶²

Ao contrário, nos ensina Canotilho que “o princípio do estado de direito não é um conceito pré- ou -extra-constitucional, mas um conceito constitucionalmente caracterizado. Ele é, desde logo, uma *forma de racionalização* de uma estrutura estadual-constitucional”.⁶³ Acrescenta o professor que no princípio do Estado de Direito, conjugam-se elementos formais e materiais, exprimindo, desta forma, uma profunda imbricação entre eles (forma e conteúdo), no exercício da atividade do poder público.

Devemos recordar que o princípio inglês do *rule of law* transfere-se para as doutrinas jurídicas dos Estados continentais, dando origem à doutrina do “estado de direito”, isto é, a doutrina que tem como princípio inspirador a “subordinação de todo poder ao direito, do nível mais baixo ao nível mais alto,

⁶¹ RABENHORST, Eduardo Ramalho. Democracia E Direitos Fundamentais. Em Torno Da Noção De Estado De Direito. In: ZENAIDE, M.; DIAS, L. (Org.). **Formação em Direitos Humanos na Universidade**. João Pessoa: Editora Universitária, 2001, p. 35.

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Amado editor-sucessor, 1979, p.384.

⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.255.

através daquele processo de legalização de toda ação de governo” chamado constitucionalismo.⁶⁴

Bobbio anota que existem duas manifestações reveladoras da universalidade desta tendência à submissão do poder político ao direito:

A primeira é a interpretação weberiana do estado moderno como estado racional e legal, como estado cuja legitimidade repousa exclusivamente no exercício do poder em conformidade com as leis; a segunda é a teoria kelseniana do ordenamento jurídico como cadeias de normas que criam poderes e de poderes que criam normas, cujo marco inicial é representado não pelo poder dos poderes...mas pela norma das normas, a *Grundnorm*, da qual dependem a validade de todas as normas do ordenamento e a legitimidade de todos os poderes inferiores.⁶⁵

Esse novo Estado apresenta tipo novo de dominação que se dá a partir de um cálculo racional utilitário do dominado entre as vantagens da obediência e as desvantagens da desobediência à ordem do soberano (daí a sua “racionalidade”) e a ordem do soberano é corporificada em ordem legal, impessoal e genérica, com previsão anterior de conseqüências jurídicas.

Mas, além dessas características, quais outras seriam necessárias para qualificar o Estado de Direito?

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia; uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. (Coleção Pensamento Crítico, vol. 63), p. 156.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia; uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. (Coleção Pensamento Crítico, vol. 63), p. 156.

2.1. As características “formais” do Estado de Direito.

Para falarmos das características formais do Estado de Direito, entendemos pertinente realizarmos uma digressão. Devemos lembrar que o termo “positivismo” não guarda significado único. “Positivismo” tanto pode

significar o positivismo sociológico de Augusto Comte, como pode designar o positivismo jurídico.

O positivismo comteano procurou eliminar da metodologia a busca apriorística de princípios estabelecidos por via dedutiva. Negou a metafísica e supervalorizou o empirismo, dando preferência às ciências experimentais, confiando exclusivamente no conhecimento dos fatos. Durkheim, continuando a obra de Comte, refutou o jusnaturalismo de Kant e de Rousseau, procurando demonstrar que os direitos naturais, inatos ou pré-sociais do indivíduo nada mais são, na verdade, do que direitos que lhe foram dados pela consciência coletiva, cujo órgão principal é o governo estatal, no decorrer de sua evolução histórico-cultural, e que o direito, portanto, por ser um fato social, deve ser estudado pelo método sociológico.⁶⁶ Ao sociologismo francês comteano e durkheimiano juntam-se, dentre outros, Georges Davy, Leon Duguit, Maurice Hauriou, Georges Gurvitch e François Geny⁶⁷.

O positivismo jurídico surgiu como consequência da decadência do mundo capitalista-liberal, marcada pela Primeira Guerra Mundial. Para essa doutrina, que tem a teoria kelseniana como fundamento, não importa o conteúdo do direito, isto porque, como nos ensina Machado Neto, essa teoria, fruto da época denominada “racionalização do poder”, devia reconhecer a existência de ordens jurídicas de qualquer conteúdo (liberal ou social-democrata). Deveria constituir-se numa teoria do Direito que tivesse condições conceituais para admitir a existência tanto de um Direito democrático-liberal como de um soviético, fascista ou nazista. Daí sua vocação de mais absoluta neutralidade em face ao conteúdo político, ético, religioso, das normas jurídicas.⁶⁸

Feita esta advertência inicial, podemos retomar a idéia de Estado moderno, que hoje é compreendida não como um conceito universal, mas como uma idéia que tenta descrever uma forma de ordenamento político

⁶⁶ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p.104.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 93.

⁶⁸ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p.104.

surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou início do século XIX.

Esta forma de Estado passa a monopolizar a produção jurídica. Direito e Estado começam a se identificar. Identificam-se a tal ponto que a expressão “Estado de Direito” não é aceita por todos e principalmente por Kelsen que, repetimos, entende que todo Estado é um Estado de Direito.

Se antes da formação do Estado moderno, o juiz podia decidir com base em normas emanadas do aparelho legislativo do Estado, o chamado Direito positivo, podendo, também, valer-se de critérios eqüitativos, das regras do costume ou daquelas elaboradas por juristas e conhecidas por Direito natural; após sua formação, deixa o juiz de ser órgão da sociedade para se transformar em órgão do Estado, funcionário do Estado, subordinado ao legislador. Cada vez mais, as demais regras, que não o Direito positivo, são descartadas e não mais aplicadas pelos juízes. Com a formação do Estado moderno, o Direito natural e o positivo não são mais considerados de mesmo nível. Doravante, os tribunais irão apenas reconhecer e aplicar o Direito posto e aprovado pelo Estado, o Direito positivo.

Em verdade, a concepção liberal que se estabelece não rompe com a concepção absolutista no que se refere ao problema da relação entre legislador e juiz. O chamado, por Bobbio⁶⁹, *dogma da onipotência do legislador*, de formulação Hobbesiana, que tanto serviu ao absolutismo, é acolhido pela concepção liberal, “as codificações, que representam o máximo triunfo celebrado por esse dogma, não são um produto do absolutismo, mas do iluminismo e da concepção liberal do Estado”.

A teoria da onipotência do legislador serviu às duas concepções por ter, na percepção de Bobbio, dois aspectos: um absolutista e outro liberal.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compilação de Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 38.

...tal teoria elimina os poderes intermediários e atribui um poder pleno, exclusivo e ilimitado ao legislador, que é o aspecto absolutista. Mas tal eliminação dos poderes intermediários possui também um aspecto liberal, porque garante o cidadão contra as arbitrariedades de tais poderes...o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário.

Para coibir a arbitrariedade do legislador, o pensamento liberal lançou mão de alguns expedientes constitucionais, principalmente o da separação de poderes e o da representatividade.

Nesse passo, consideramos que o “Estado de Direito”, sob o ponto de vista formal, basicamente seja o Estado que garanta a proibição do exercício arbitrário do poder, que contenha a exigência de normas públicas claras e consistentes e que preveja e mantenha a existência de tribunais acessíveis.

Assim, Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito e maior expoente do positivismo jurídico, foi forçado a concluir que, sob o aspecto da ciência do Direito, sob o ponto de vista formal, o *III Reich* teria sido um Estado de Direito. E esta conclusão fez todo o mundo jurídico refletir sobre o que realmente havia significado o *III Reich*.

Na estória contada na peça de Ésquilo, há um coro que faz o elogio supremo de Zeus ao relatar que Zeus logrou superar o orgulho desmedido de Urano e Cronos, seus antecessores, ao abrir aos homens o caminho da prudência, ao lhes dar por lei: “sofrer para compreender”.

Assim, a humanidade, diante da história da compreensão do significado da dignidade da pessoa humana e de seus direitos levou às últimas consequências a “lei”. Afirma Comparato⁷⁰:

⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo; Saraiva, 1999, p. 30.

A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, diante da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos, e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras, de uma vida mais digna para todos.

A vigência do Estado Nazista foi um destes momentos históricos onde o horror ao sangue derramado se fez alavanca para o progresso do pensamento humanístico e democrático.

Weimar é o nome de antiga cidade saxã, centro de arte e cultura européia dos séc. IX e XX e que, em seu teatro, abrigou, em 1919, a Assembléia Constituinte que instituiu um regime republicano na Alemanha.

Tinha a Constituição de Weimar estrutura dualista. Em sua primeira parte, previa a organização do Estado. Na segunda, apresentava a declaração dos direitos e deveres fundamentais. Sua novidade consistia em acrescentar aos direitos individuais os direitos sociais. Essa “ousadia” atraiu para si críticas de constitucionalistas conservadores como Carl Schmitt.

A inclusão de direitos sociais significou uma inovação na medida em que se tem por objeto não uma abstenção do Estado; mas, sim, uma atividade positiva do Estado, uma política pública que garanta o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e a outros do mesmo gênero.

A Constituição de Weimar garantia com perfeição inédita as liberdades fundamentais, incluindo, notadamente, o princípio da igualdade entre homens e mulheres⁷¹, e de equiparação dos filhos ilegítimos aos

⁷¹ Art. 119. O matrimônio é posto sob especial proteção, como fundamento da vida familiar, da conservação e do incremento da nação. Ele se assenta na igualdade de direitos de ambos os sexos.

legitimamente havidos durante o matrimônio, no que diz respeito à política social do Estado⁷², como também as famílias e a juventude são postas sob a proteção estatal⁷³, princípios estes olvidado tanto pela Declaração Francesa de 1789 como pela Bill of Rights.

A constituição de Weimar foi elaborada e votada em um momento difícil para os alemães. Apenas sete meses haviam se passado do fim da 1ª Grande Guerra (1914-1918), da qual a Alemanha havia saído derrotada e ferida profundamente com a morte de cerca de 2 milhões de seus nacionais, sem contar a multidão de mutilados, física e psiquicamente.

Malgrado suas deficiências, a Constituição Alemã de 1919 será sempre lembrada por ter, ao lado da Constituição Mexicana de 1917, inaugurado o tempo do Estado da Democracia Social.

Relata a história do III Reich que, durante os seus treze anos de dominação, os juristas contribuíram para a destruição da ordem jurídica estabelecida pela Constituição de Weimar. Sob tal ordenamento jurídico, bárbaros crimes foram praticados, estabeleceu-se um sistema de governo que, após 1945, foi tachado de criminoso pelos tribunais da República Federal que se esforçaram por reparar algumas das injustiças cometidas⁷⁴.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo; Saraiva, 1999, p. 187.

A higiene, saúde e o progresso social da família são tarefas do Estado (Staat) e dos Municípios. As famílias de prole numerosa têm direito a exigir amparo e auxílio do Estado (Staat).

⁷² Art. 121. *A legislação deve assegurar aos filhos ilegítimos as mesmas condições de desenvolvimento físico, espiritual e social dos filhos legítimos*. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo; Saraiva, 1999, p. 188.

⁷³ Art. 122. *A juventude deve ser protegida contra a exploração e o abandono moral, intelectual e físico. O Estado e os Municípios devem criar as instituições necessárias para tanto*. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo; Saraiva, 1999, p. 188.

⁷⁴ **NACIONAL-SOCIALISMO**. “O preço pago foi imenso: mais de 6 milhões e meio de alemães mortos, o dobro de prófugos, a divisão e a repartição do país, o fim de sua existência como Estado- este foi o balanço alemão do III Reich. O balanço Europeu, que se inicia com o extermínio de aproximadamente 6 milhões de judeus, nos leva muito além dos números acima: enquanto a França contou com aproximadamente oitocentas mil vítimas e a Grã-Bretanha quatrocentas mil, pelo menos vinte milhões foram os mortos na Rússia, quatro milhões e meio na Polônia e um milhão e setecentos mil na Iugoslávia. A culpa da Alemanha, principalmente com relação aos povos da Europa oriental, e a expulsão, por vingança, de todos os alemães destes territórios, permanecerão, para sempre como herança deixada pelo Nacional-Socialismo”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 812.

Alerta Rigaux⁷⁵ que:

Treze anos de história alemã oferecem assim um paradigma de aptidão do direito a se apropriar de qualquer situação que seja, a legalizar o crime para em seguida restituir-lhe a qualificação que merece. Ela incentiva também a se interrogar sobre a fragilidade de uma constituição escrita que os cidadãos não estão dispostos a defender.

Sob o aspecto da legitimidade, o III Reich é emblemático. O que separa fundamentalmente a legalidade da legitimidade?

O autor citado aceita que o III Reich manteve uma ordem jurídica. Também aceita que uma certa legalidade foi mantida após a designação de Hitler para o cargo de chanceler. Contesta a legitimidade do regime. Ora, aceitar sua legalidade, mas não sua legitimidade implica em admitir, como fez Rigaux,⁷⁶ de que legalidade e legitimidade são duas categorias distintas, oferecendo a segunda um instrumento de avaliação da primeira.

Cabem, aqui, algumas anotações históricas. Relata a história que o III Reich pôde-se firmar graças a um conjunto de manobras pseudolegais, eficazes e enganadoras. Hitler afirmava que a sua era uma “revolução legal”. Em lugar de tentar um ataque contra a República, aproveitou-se das oportunidades proporcionadas pela legislação de emergência, previstas na Constituição de Weimar, para a consecução de seu desiderato. Após 1930, contou com o apoio ativo do Marechal Hindenburg, o autoritário presidente alemão que o nomeou chanceler e tornou possível a ditadura legal do presidente, num período em que as forças democráticas encontravam-se em minoria face às totalitárias de direita e de esquerda. Como anotam muitos, inclusive Rigaux⁷⁷, a designação de Hitler para o cargo de chanceler, em 30 de janeiro de 1933, foi perfeitamente regular graças à complementação de votos dos partidos conservadores. Os nazistas provocaram o incêndio do Reichstag e culparam os comunistas. Com o discurso do “complô comunista”, o Marechal Hindenburg assinou, em 28 de fevereiro de 1933, o decreto que conferiu amplos poderes ao governo do Reich, e suspendeu seis artigos da Constituição de Weimar. Esse decreto, como outros anteriores, era formalmente legal. Em 24 de março de 1933, o Reichstag votou a lei de habilitação que autorizou o governo a fazer leis. Uma notável exceção é a lei racial que poderia ter sido decretada pelo governo, mas não o foi. Em 15 de setembro de 1935, o Reichstag, em sessão extraordinária em Nuremberg, a aprovou. Este é mais um dos muitos exemplos da tentativa do novo poder de se cobrir com o manto da legalidade aparente. Aparente, sim, porque o direito nacional-socialista não respeitou a ordem jurídica republicana pré-existente pois

⁷⁵ RIGAUX, François. *A Lei Dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 98.

⁷⁶ RIGAUX, François. *A Lei Dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 98.

⁷⁷ RIGAUX, François. *A Lei Dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 108.

manteve uma posição ambígua: ao mesmo tempo em que afirmava a natureza revolucionário do novo regime, não abria mão de uma investidura constitucional weimariana.

Lembra Rigaux que desde a tomada de poder por Hitler, nenhuma das autoridades habilitadas a fazê-lo ousou tomar a iniciativa de um recurso á Corte suprema que, se diga, não tinha sido suprimida⁷⁸.

O regime nacional-socialista alemão (1933-1945) teve como característica um rápido processo de supressão e coordenação de todas as forças e instituições públicas, sociais e culturais. A “tomada do poder” se deu com pleno sucesso no período de cinco meses, tanto assim que, já no verão de 1934, foi implantado o sistema totalitário com um partido único e com um único líder. Quando Hitler conseguiu o apoio do exército e, após a morte do Presidente Hindenburg, nomeou-se chefe do Estado, chanceler, líder do partido e da nação, ditador único da Alemanha.

Conforme a teoria pura do direito, o III Reich era uma ordem jurídica pois, segundo Kelsen, a ciência do direito não poderia emitir juízo de valor sobre a legitimidade de um sistema de direito efetivamente coercitivo. Se fosse perguntado a um kelsiano se a legalidade interna do sistema havia sido preservado ele responderia que sim, já que bastaria que os juízes houvessem decidido. Em verdade, os juízes, em suas decisões daqueles dias, não hesitaram, em nenhum momento, em se alinhar ao novo legalismo, também nunca se interrogaram sobre as irregularidades da produção das normas, encerrando, assim, o debate sob o paradigma do positivismo jurídico.

A justiça em seu conjunto, salvo casos isolados que confirmam a regra, adaptou-se muito bem àqueles tempos, embora hoje ainda se discuta sobre a extensão da responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público e quais as formas de resistência que poderiam ter sido adotadas. A verdade é que, como detentores de parte do poder da república, não se puseram contra o novo governo e nem declararam sua ilegalidade, não defenderam a Constituição de Weimar, a República Alemã, a democracia.

Como bem salienta Rigaux:

Os membros da magistratura e do Ministério Público pertenciam a meios muito conservadores e não viam com desfavor a eliminação do partido comunista, mesmo que ela se estendesse à social-democracia⁷⁹.

É chegado o momento de retomarmos a pergunta feita acima: O que separa fundamentalmente a legalidade da legitimidade?

⁷⁸ RIGAUX, François. *A Lei Dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 109.

⁷⁹ RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. Op. cit., p. 128

Esta pergunta começa a ser respondida tão logo se constatou a queda do nacional-socialismo e se deu início ao julgamento ético do direito do III Reich. A experiência do III Reich ensina que o Direito é tanto um instrumento de opressão quanto de libertação.

A queda do nacional-socialismo foi sancionada, juridicamente, pela comissão aliada de controle que, a 4 de junho de 1945, dissolveu formalmente a N.A.D.A.P. e ordenou a prisão de seus funcionários.

Os altos funcionários da administração da justiça foram condenados, notadamente, por terem contribuído para a perversão do sistema judiciário nazista, pois os atos criminosos foram cometidos “em nome da lei [...] e tendo por instrumento os tribunais. [...] O punhal do assassino estava dissimulado sob a toga do jurista”⁸⁰.

O III Reich foi certamente um regime de violência e de terror, mas não foi só isso. Antes de chegar a exterminar os judeus, ele conseguiu romper com todos os laços que os uniam à sociedade alemã à qual pertenciam, isolando-os ou submetendo-os a um estatuto particular. A ordem jurídica separou em dois grupos irreconciliáveis os seres humanos pertencentes à sociedade estatal. O Direito dividiu a sociedade a pretexto de forjar a unidade do povo.

Seja alemã ou estrangeira, a jurisprudência que se seguiu ao término de 2ª Guerra Mundial se pautou sob o seguinte parâmetro:

Que os povos civilizados (Kulturvölker) partilhem uma idéia comum de democracia e da justiça e que se tenham esforçado por empregá-la nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos do homem fornece hoje um critério aceitável da “legitimidade” de uma ordem jurídica estatal, no sentido de seu reconhecimento pelas outras ordens jurídicas. É deplorável que as grandes nações democráticas e as Igrejas tenham-se deixado cegar por tanto tempo sobre a perversidade radical do regime nacional-socialista.[...] A ilegitimidade da ordem jurídica gerada pelo III Reich é indubitável para o julgamento da consciência ética universal, fonte que certamente não é desprezível para o jurista e que se apóia nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais.⁸¹

Das cinzas (dos corpos) do III Reich surgiu, tal qual Fênix, a idéia de que a legitimidade de um ordenamento jurídico nacional se dá na medida em que sejam respeitados os direitos fundamentais da pessoa humana e, também, a idéia de que a questão dos direitos do homem deveria passar da esfera nacional para a internacional, envolvendo, pela primeira vez na história, todos os povos.

⁸⁰RIGAUX, François. **A Lei Dos Juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 147 *apud* *United States v. Alstoeffer, Trial of War criminals, t.III. p. 985.*

⁸¹RIGAUX, François. **A Lei Dos Juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 149.

2.2. O Estado de Direito em sentido substancial ou material: direitos fundamentais e democracia.

Podemos iniciar a tentativa de responder àquelas perguntas lançadas no início do presente capítulo, lembrando que o Estado moderno nasceu historicamente como Estado de Direito, bem antes que como Estado democrático, também nasceu como monarquia constitucional e não como democracia representativa.

Lembra Ferrajoli que:

O núcleo essencial das primeiras cartas fundamentais desde a antiga *Magna Charta* inglesa às declarações setentistas dos direitos, até os estatutos e as Constituições do século XIX é formado por regras sobre o limite dos poderes e não sobre a fonte ou as suas formas de exercício. Mas também axiologicamente, e não apenas cronologicamente, a limitação legal do poder soberano precede a sua fundação democrático-representativa. A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria.⁸²

Com tal afirmação, quer Ferrajoli demonstrar que, por exemplo, nenhuma maioria, sequer a unanimidade de um povo, pode decidir (ou consentir que se decida), que um homem morra ou seja privado de sua liberdade sem que haja sido provada sua culpa, que escolha se casar ou não se casar com determinada pessoa, que tenha ou não tenha filhos.

Sob este aspecto, quis Ferrajoli demonstrar que o Estado de Direito, quando entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia de direitos fundamentais se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático.

Com a transformação do Estado liberal (cuja regra primeira era: *nem sobre tudo se pode decidir, nem por maioria*) em Estado social (que tem por regra: *nem sobre tudo se pode não decidir*) que acrescenta aos direitos de liberdade (prestações negativas) outros direitos fundamentais como o direito à subsistência, ao trabalho, à saúde, à educação, à habitação, dentre outros, a concepção de Estado de Direito há que ser alargada para conter a figura do Estado vinculado por obrigações (prestações positivas) além de vedações.

No projeto garantista de Ferrajoli, Estado democrático de Direito é o Estado de Direito que corresponde ao *Estado liberal mínimo* (pela minimização das restrições das liberdades dos cidadãos) e ao *Estado social*

⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 689.

máximo (pela maximização das expectativas sociais dos cidadãos e correlatos deveres de satisfazê-las por parte do Estado).

Ferrajoli afirma que em um sentido não formal e político, mas substancial e social de democracia, “o Estado de Direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos”,⁸³ ou seja, os direitos fundamentais.

Atualmente, aceita-se⁸⁴ a aplicação do termo “direitos fundamentais” para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” seria reservada à aplicação aos direitos contidos em documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. Para o Direito constitucional brasileiro não há diferença entre os direitos fundamentais positivados e aqueles contidos em tratados dos quais o Brasil seja signatário, conforme análise que será feita no próximo capítulo.

São pressupostos materiais subjacentes ao princípio de Estado de Direito, conforme Canotilho⁸⁵, os seguintes:

Judicialidade – leciona o professor que o princípio do Estado de Direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal que visa dar resposta ao problema de conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado. As regras de Direito estabelecem padrões de conduta e comportamento, mas garantem também uma distanciação e diferenciação do indivíduo através do direito perante os

⁸³⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 693.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, P.33 e segs.

⁸⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.243 e segs.

poderes públicos, assegurando um catálogo de direitos, liberdades e garantias pessoais. O direito que informa a juridicidade estatal aponta para a idéia de justiça. Estado de justiça é aquele em que se observam e protegem os direitos incluindo os das minorias (Dworkin); é também aquele em que há equidade na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade (Raws); considera-se, ainda, o Estado em que existe igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades (Marx). De qualquer modo, a justiça sempre fará parte da própria idéia de direito e esta concretizar-se-á através de princípios jurídicos materiais cujo denominador comum será o respeito à dignidade da pessoa humana.

Constitucionalidade – O Estado de Direito é um Estado constitucional. Pressupõe a existência de uma ordem jurídico-normativa fundamental, vinculativa de todos os poderes públicos, dotada de supremacia. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição, deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio de Estado de Direito, como o de vinculação do legislador à constituição, a vinculação de todos os atos do Estado à constituição, o princípio da reserva da constituição e a força normativa da constituição.

Direitos fundamentais – afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável e garantia da identidade e integralidade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade.

2.3. O Estado Democrático de Direito e as cláusulas democráticas.

O Estado de Direito não é, nem deve ser, apenas um Estado constitucional. Hoje se tem que a expressão Estado de Direito é utilizada, muitas vezes, apenas para separar os Estados que têm, dos que não têm uma constituição (limitação do poder através do império do direito). Do Estado moderno, se espera mais. Dele se espera que se constitua como um Estado Democrático de Direito, com uma ordem de domínio legitimada pelo povo, já que ao simples Estado de Direito (formal) falta legitimação democrática do poder.

A conciliação entre Estado de Direito e democracia merece sérias reticências por parte de muitos autores que vêem tal conciliação como inaceitável. Entre os norte-americanos, é conhecido o cisma que existe entre os “constitucionalistas” e os “democratas”. Canotilho⁸⁶ lembra que tal distinção se assenta em dois modos distintos de se ver a liberdade.

No estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma “liberdade de defesa” ou de distanciamento perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que “curva” o poder. Ao Estado Democrático estaria inerente a *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder...A idéia de que a *liberdade negativa* tem precedência sobre a participação política (*liberdade positiva*) é um dos princípios básicos do liberalismo político clássico.

A democracia é a única forma política que considera o conflito legítimo e legal, permitindo que seja trabalhado, politicamente, pela própria sociedade. Só o Estado democrático pode responder à pergunta: de onde vem o poder? De posse do princípio da soberania popular, pode-se dizer que “todo o poder vem do povo”.

Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.⁸⁷

⁸⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.98-99.

⁸⁷ ⁸⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed, p.100.

As idéias de igualdade e liberdade como direitos civis dos cidadãos vão muito além de sua regulamentação jurídico-formal. Significam que os cidadãos são sujeitos de direitos e que, onde tais direitos não existam nem estejam garantidos, tem-se o direito de lutar por eles e exigi-los. É esse o cerne da democracia.

Dizemos que uma sociedade, um regime político-jurídico de governo é democrático quando, além das eleições livres, partidos políticos (pluralidade partidária), divisão dos três poderes da república, respeito à vontade da maioria e das minorias, institui algo mais profundo que é condição do próprio regime político, ou seja, quando INSTITUI DIREITOS.

Reiteradamente, é citado o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para identificar o “núcleo duro” de uma constituição em sentido moderno.

Art. 16. Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.

É ainda considerado democrático o Estado que cria mecanismos e assegura efetiva participação de todos no processo político e nas decisões que os atingem na sociedade a que se integram. É o Estado possibilitador da materialização dos direitos fundamentais.

Em um Estado de Direito, o ordenamento jurídico limita o poder dos governantes ao cumprimento das leis que a todos subordina. Tem como fundamentos essenciais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Por isso garante a supremacia da lei que, obriga aos governantes e aos governados.

2.3.1. O Estado de Direito

São pressupostos materiais ao princípio do Estado de Direito como proposto por Canotilho⁸⁸, a juridicidade, a constitucionalidade, os direitos fundamentais e a divisão de poderes.

a) Juridicidade.

O princípio do Estado de Direito é, no dizer de Canotilho⁸⁹, fundamentalmente um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal e que tem por objetivo dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado.

Ao decidir-se por um Estado de Direito a Constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito. Emprega-se o termo “direito”, neste contexto, com o significado de:

Meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir essa função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas com formas e procedimentos e cria instituições...o direito é, simultaneamente, *medida material e formal* da vida coletiva⁹⁰

Por conteúdo, tem o direito a realização da justiça, a efetivação dos valores políticos, económicos, sociais e culturais e, por forma, o direito prescreve garantias jurídico-formais, tendentes a evitar ações e comportamentos arbitrários e irregulares dos poderes públicos.

⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.243.

⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.243.

⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.243.

Assim a idéia de juridicidade não vem desacompanhada da idéia de “direito justo”, que compreenderia as idéias de proteção de direitos, incluindo os direitos das minorias na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade, direito a ser considerado um igual, do respeito da dignidade da pessoa humana.

b) Constitucionalidade.

O Estado de Direito é um Estado constitucional. Um Estado constitucional se firma e se reconhece com a observância do primado da supremacia da constituição. Do primado da supremacia da constituição, decorrem outros princípios quais sejam: o da vinculação do legislador à constituição; o da conformidade dos atos do Estado com a constituição; o da reserva da constituição que inclui o princípio da tipicidade constitucional de competências e o princípio de constitucionalidade de restrições a direitos, liberdades e garantias e o da força normativa da constituição que impede a pretensão de prevalência de fundamentos políticos sobre a normatividade jurídico-constitucional.

c) Sistema de Direitos Fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma preocupação, nitidamente, antropológica do Estado de Direito (cfr. Art. 1º A República Federativa do Brasil(...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana; Art. 4º... rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – prevalência dos direitos humanos; Título II – Dos Direitos e Garantias Individuais).

d) Divisão de Poderes

Ainda, segundo Canotilho⁹¹, o princípio do Estado de Direito é informado por duas idéias ordenadas: a idéia de ordenação subjetiva, garantindo um *status* jurídico aos indivíduos, essencialmente, ancorado nos direitos fundamentais e a idéia de ordenação objetiva assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objetivamente estruturante a divisão dos poderes.

O Prof. Aderson de Menezes traz à colação os precursores da doutrina acerca da separação dos poderes, sempre atribuída a Montesquieu. Diz o citado Professor que *podem ser catalogados Platão e Aristóteles, na antiguidade; Santo Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua, no medievo; Bodin e Locke, na modernidade*⁹².

O princípio da separação de poderes como exposto na nossa CF/88 em seu art. 2º, é forma e meio de limite do poder e assegura uma medida jurídica ao poder do Estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos.

Darcy Azambuja adverte:

Montesquieu, se bem que demonstrando a necessidade da separação dos poderes, julgava também necessário que eles fossem harmônicos; que se limitassem reciprocamente, mas não fossem absolutamente separados e não se paralisassem uns aos outros.⁹³

A luta para que tal princípio constitucional seja respeitado há que ser ininterrupta. O Brasil tem tradição de Executivos autoritários e Judiciários submissos. Quando o Judiciário cumpre seu papel o Executivo

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.250.

⁹² MENEZES, Aderson. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed., revista e atualizada por José Lindoso, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 246.

⁹³ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 28. ed., São Paulo: Editora Globo, 1990, p. 179.

busca um casuísmo para fazer prevalecer sua vontade, mesmo que em desrespeito a direitos individuais e coletivos. De tantos exemplos, anotamos apenas o último de que todos tomamos conhecimento. Decisão do STJ (confirmada pelo STF) determinou ao Ministro da Educação que procedesse ao pagamento dos professores universitários em greve. Na clara tentativa de descumprimento da decisão judicial (comportamento que pode configurar crime de responsabilidade), o Presidente da República editou, após a citação do Ministro de Educação da decisão acima, o Decreto nº 4.010, de 12/12/2001, que determinava que o pagamento só poderia se dar após “expressa autorização do Presidente da República”.

2.3.2. O Princípio Democrático

Não pretendemos, neste momento, discorrer sobre teorias a respeito da democracia; mas, sim, empreendermos uma análise do princípio democrático como norma jurídica, constitucionalmente, positivada no art. 1º da CF/88, que afirma constituir a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito.

Diz Canotilho⁹⁴ que, à semelhança do princípio do Estado de Direito, o princípio democrático é, também, um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais, porque, como a Constituição Portuguesa, a Constituição Federal Brasileira condicionou a legitimidade do domínio político à persecução de determinados valores e princípios (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político) e a busca de definidos objetivos (construir uma sociedade livre, justa e solidária;

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.285.

garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), e normativo-processualmente porque vinculou a legitimação do poder à observância de determinadas regras e processos.

O parágrafo único do Art. 1º da CF/88 diz que *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*. Diz Canotilho:

Como não existe uma identidade entre governantes e governados e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentantes é o princípio democrático que permite organizar o domínio político segundo o programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de Governo⁹⁵.

Lembra Celso Bastos que a afirmação “todo o poder emana no povo” é a expressão fundamental do princípio democrático republicano. Diz ele que:

Não há outra fonte legitimadora do poder senão a sua filiação a uma origem comum, que é a vontade popular. Esta não reveste uma forma única na Constituição. Contudo, a sua expressão suprema é, sem dúvida, o sufrágio. Mas são também manifestações da vontade do povo as formas de expressão política que consubstanciam a dimensão participativa do conceito democrático encampado pela Constituição.⁹⁶

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.288.

⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 426.

O princípio democrático-normativo é um princípio complexo, compreendendo os mais importantes postulados da teoria democrática representativa como órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo político e separação de poderes, implica, ainda, em estruturação de processos que possibilitem ao cidadão a participação democrática. A democracia, assim compreendida, é um processo dinâmico e transpessoal.

Assim como são elementos do Estado de Direito, os direitos fundamentais são também elementos básicos para a configuração do princípio democrático.

2.3.3. As Teorias da Democracia

A teoria democrático-pluralista, oriunda dos Estados Unidos, pretende ser uma autocompreensão das democracias ocidentais. O seu teorema fundamental é o processo de formação da vontade democrática não assente nem no povo indiferenciado dos sistemas plebiscitários, nem no indivíduo abstrato da teoria liberal; mas, sim, em grupos definidos. As decisões constituiriam, assim, as idéias, interesses e exigências dos grupos. Canotilho⁹⁷ anota que as principais críticas feitas atualmente a essa teoria podem ser assim resumidas:

- a) No próprio campo das suas investigações empíricas, demonstrou-se que a tese da pluralidade de grupos e da sua influência igual e

⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4., ed., p.1357.

recíproca era infirmada pela demonstração da influência, nos processos de decisão, pertencer a uma camada política restrita *citizenship without politics* (R. Dahl).

- b) Não se demonstrou terem os diferentes grupos iguais oportunidades de influência política, e deixa pouco esclarecido o modo como se faz a articulação dos interesses desses vários grupos na formação de decisões (C. Offe).
- c) Apresentou-se o quadro de uma sociedade fundamentalmente homogênea e harmônica, na qual todos os interesses tinham o mesmo peso e eram igualmente ponderados; com isso a teoria pluralista transformou-se em *teoria de justificação* dos grupos no poder, pois de um pluralismo democrático, transitava-se para o *Monopolpluralismus*, na expressão de Spinner.
- d) Estava longe de corresponder a uma sociedade ativa como, em geral, pressupunham os seus defensores: dentro dos grupos manifestava-se profunda apatia e letargia.
- e) Além das críticas anteriores, outras há mais radicalizadas e que costumam ser rotuladas de “críticas de direita” e “críticas de esquerda”. As primeiras arrancam da idéia de “unidade do Estado”, “unidade política”, “domínio neutral do estado”, “estadualização superpartidária” (tudo unidades pressupostas ou autoritariamente impostas) contra a “dissolução da unidade do Estado através dos grupos” (C. Schmitt, Forsthoff, W. Weber). As segundas partem da análise da estrutura social das sociedades pluralistas e concluem ser o pluralismo apenas uma cobertura de legitimação da unidimensionalidade capitalista (Agnoli, Marcuse, Offe).

Já a teoria elitista da democracia aceita ser a democracia uma forma de domínio onde se verifica uma forma de concorrência, já que os governados, de tempos em tempos, decidem, pelo voto, qual das elites concorrentes deve exercer o poder. No modelo da teoria elitista (diversamente

formulada pelos seus adeptos, como Dahl, Sartori, Berelson, Lipset, Kornhauser), Conotilho⁹⁸ assinala vários elementos caracterizadores:

- a) Na escolha das políticas alternativas, as camadas não-elitistas não participam ativamente, podendo apenas apoiar ou rejeitar o programa das elites;
- b) A limitação às elites das escolhas políticas é uma condição de sobrevivência do sistema democrático, ameaçado pelo excesso de perfeccionismo, pela demagogia democrática e pelo princípio da maioria;
- c) As elites profissionais, para conseguir a estabilidade do sistema, esforçam-se por defender também os interesses das não-elites;
- d) A reserva da política às elites é uma defesa contra o *working-class authoritarianism*, pois as elites, em virtude de um intensivo processo de “socialização” (cultura política), garantem o processo liberal e democrático.

Das considerações acima, depreende-se que as teorias elitistas nutrem profundo descrédito por qualquer tipo de participação popular ativa, não sendo a democracia o poder do povo, mas poder das elites para o povo, que se limita a escolher uma dentre as elites concorrentes.

Mesmo que a teoria elitista seja aceita em algum país, ela não corresponde aos anseios da Constituição da República Federativa do Brasil que prevê a participação direta do cidadão em vários momentos.

Para a teoria neoliberal a democracia volta a ser definida como método, através do qual é determinado o que deve valer como lei. Não se assenta fundamentalmente na soberania do povo, como sempre pregaram os democratas doutrinários; ela se alicerça na ordem econômica e social-liberal, na economia livre de mercado.

⁹⁸CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.1360.

As chamadas teorias normativas da democracia não operam uma completa ruptura em relação às teorias da democracia anteriormente mencionadas. Diz Canotilho que o que há é continuidade e mudança⁹⁹.

Existe continuidade quanto à discussão das qualidades “essenciais” da democracia: *representação* (Mill), *participação* (Rosseau), *freios e contrapesos* (Madison), *concorrência de elites* (Schumpeter), *descentralização* (Tocqueville), *igualdade* (Marx), *liberdade* (Hanyek), *discussão* (Habermas), *justiça* (Rawls).

Porém alerta o autor que, nas ultimas duas décadas, outras discussões se somaram às tradicionais, sempre em torno do Estado de Direito, da constituição e do constitucionalismo.

Podemos, de forma preambular, dizer que todas as teorias normativas da democracia se articulam com as concepções da política e do processo democrático no Estado de Direito constitucional.

A teoria liberal possui como postulado que a política é um meio para a prossecução de fins, estando esses fins radicados numa esfera de liberdade social preexistente à própria política; que o processo democrático serve para colocar o Estado a serviço da sociedade, reduzindo-se esse Estado a um aparelho administrativo e estruturando-se a sociedade como um sistema econômico baseado no comércio entre pessoas privadas e a política deve orientar-se no sentido de prosseguir esses interesses privados perante um aparelho administrativo que se transformou em um aparelho especializado de prossecução de fins coletivos.

Segundo a teoria republicana, a democracia assume a forma de um compromisso ético-político referente a uma identidade coletiva no seio da comunidade, não existindo espaço social fora do espaço político, traduzindo-se a política numa forma de reflexão do bem comum. A democracia é, desta forma, a auto-organização da comunidade em seu conjunto.

⁹⁹CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.1362.

Entende a concepção republicana que o estatuto do cidadão não se define através de um modelo de liberdade negativa em que os cidadãos podem reivindicar enquanto praticados; mas, antes, através do estatuto de direitos cívicos de participação, comunicação política dentre outros, concebido como liberdades positivas, conforme dito pelo Professor Canotilho.¹⁰⁰

A idéia da democracia deliberativa está ligada à escola do republicanismo liberal que parte do ideal republicano do *self government*, isto é, onde as pessoas governam-se a si próprias através de ação política e de leis que elas próprias dão a elas mesmas.

Tem como premissas teóricas:

- a) política deliberativa assente na idéia de “virtude cívica”;
- b) igualdade dos participantes no processo política;
- c) possibilidade de consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática;
- d) direitos de participação dos cidadãos na vida pública e no controle dos representantes.

A deliberação pressupõe uma concepção dialógica da política e a consideração desta como um processo racional de discussão dos problemas e alternativas, de forma a obterem-se soluções justas, boas, ou, pelo menos, razoáveis, de ordenação da vida em comunidade¹⁰¹.

J. Habermas, citado por Canotilho¹⁰², propõe a democracia discursiva. Essa teoria se contrapõe ao republicanismo liberal por não se assentar em direitos universais do homem, ou em direitos preexistentes na

¹⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.1363.

¹⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.1364.

¹⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4.ed., p.1364.

perspectiva liberal, nem em uma moral social de uma comunidade determinada, como sustenta a visão republicana.

Tal teoria se baseia em regras de discussão, formas de argumentar, na institucionalização de processos de discussão e de negociação, buscando uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade.

Continua o Prof. Canotilho, dizendo que *o conceito processual de política deliberativa assume aqui um conteúdo normativo que faz dele conceito central de democracia*.

Habermas, citado por Canotilho¹⁰³, posiciona-se:

- a) contra o privatismo burguês de um povo despolitizado e contra a redução legitimatória operada por partidos estatalizados, sendo necessário regenerar a publicidade crítica através de formas deliberativas descentralizadas;
- b) contra a compreensão da política centrada no estado, procurando-se dar vida a uma rede de comunicação e participação estruturante de uma sociedade democrática;
- c) diferentemente da concepção ético-comunitária republicana, a democracia discursiva parte das condições atuais de pluralismo cultural e social incompatíveis com uma identidade ético-comunitária.

A teoria corporatista foi concebida e exposta por Schmitter e, segundo Canotilho¹⁰⁴:

O modelo democrático liberal assente na centralidade partidária cede o protagonismo representativo e de controle às associações corporativas e aos grupos de pressão. O próprio governo troca o estilo autoritário e unilateral por um estilo negociador, promotor e arbitral entre interesses (associações empresariais e sindicatos).

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.1365.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 4. ed., p.1365.

Deseja tal teoria devolver a centralidade política aos cidadãos, reservando para o Estado o papel de mediador ou de árbitro entre grupos de interesses em conflito.

A concepção minimalista da democracia tem levado uma série de autores a investigar qual seria o conjunto mínimo de regras, requisitos e instituições necessários para se poder falar em Estado Democrático de Direito.

Esse problema é, na atualidade, conhecido sob o nome de democracia mínima. Bobbio resumiu a questão, elencando os tópicos básicos da democracia. Para ele a democracia distingue-se de todas as outras formas de governos autocráticos, porque se caracteriza por um sistema de regras primárias e fundamentais, que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas; e quais os processos para essa tomada de decisões.¹⁰⁵

Diz, ainda, que, de um modo mais informativo, uma definição mínima de democracia implica em participação de um número tão elevado de cidadãos quanto possível; regra da maioria para a tomada de decisões coletivas e vinculantes, na existência de alternativas reais e sérias que permitam opções aos cidadãos de escolherem entre governantes e programas políticos; além da garantia de direitos, e liberdades, e participação política.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia; uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. (Coleção Pensamento Crítico, vol. 63, p.18 e ss.

2.4. Jurisdição Constitucional.

A idéia essencial que permeia o constitucionalismo é a da limitação do poder. Como já visto no capítulo I somente com o Iluminismo e com a consagração da idéia da separação dos poderes é que surge o moderno constitucionalismo, que demonstra sua preocupação em separar e conter o poder e defender os direitos individuais que preexistiam ao próprio Estado e que, sob a forma de direitos fundamentais, deveriam ser reconhecidos pela ordem jurídica.

Assim, no projeto constitucionalista do moderno Estado Democrático de Direito, busca-se estabelecer um governo que respeite a soberania popular (expressa pela regra da maioria) e os princípios adotados pela Constituição.

Mas quais seriam os limites impostos a uma jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito? A resposta a esta questão se constitui em uma questão teórica que permanece em aberto em nossos dias. Reportar-nos-emos a algumas das maneiras de se compreender a questão.

Em obra denominada Democracy and Disturb, já considerada clássica na literatura constitucional, John Hart Ely citado por Binênbojm,

¹⁰⁶ *reavalia o papel a ser desempenhado nas sociedades democráticas pela jurisdição constitucional. Afirma o autor que a Constituição deve ser relida a cada geração com as atualizações formais e informais que permitam revigorar a sua legitimidade como documento político fundamental, contrapondo-se aos interpretativistas, dentre eles os originalistas. A Constituição é patrimônio dos vivos e não dos mortos, teria escrito Jefferson a Madison¹⁰⁷. De outra banda, também não aceita a tese que delega às Cortes Supremas, compostas por pessoas não ungidas pelo voto popular e desobrigadas da responsabilidade política própria dos eleitos, a soberania máxima da nação, autorizando-a a rever as opções feitas pelos representantes eleitos pela nação. Assim, seu esforço se concentra na busca de uma terceira via que preserve o regime democrático. Para o autor, citado por Binzenbojm, deve o controle de constitucionalidade preocupar-se fundamentalmente com a preservação das liberdades que preservem abertos os canais da participação política, tais como as liberdades de expressão, de consciência, de associação e o voto universal, secreto, igualitário e periódico. O autor preocupa-se, também, com a possibilidade, que tem a maioria, de colocar em xeque a democracia. Por essa razão entende que cabe à Corte Constitucional facilitar a representação das minorias, sustando leis que exibam caráter discriminatório¹⁰⁸. Desta forma exemplifica Ely, ao se referir ao holocausto, que as leis e políticas nazistas não resistiriam ao controle constitucional realizado com base em sua teoria, já que a efetivação daquelas normas importava em exclusão social, vitimização e extermínio de minorias isoladas.*

Em obra intitulada Uma questão de Princípio, Ronald Dworkin realiza crítica à teoria de Ely, afirmando que embora concorde em que as decisões políticas devam ser tomadas, em regra, por representantes eleitos e que o controle judicial da constituição deva ser centrado nos critérios que presidem a elaboração das leis e não em seus resultados, discorda de Ely quando este imagina que possa existir um conceito de democracia imune a divergências. Conclui que a própria escolha entre as diversas acepções de democracia já é uma escolha, necessariamente, substantiva.

Nesse passo, propõe Dworkin¹⁰⁹, um modelo de democracia constitucional, baseada em determinados direitos que, por uma questão de princípio, devem ser assegurados às pessoas, com prevalência sobre as políticas públicas decididas pelas maiorias eleitorais. Continua afirmando que uma democracia, assim, pressupõe uma teoria dos direitos fundamentais do homem que serviriam como princípios deontológicos inerentes à própria noção de regime democrático.

¹⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 97.

¹⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Op. cit., p. 97.

¹⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Op. cit. p. 103.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 82/83.

Como Dworkin, Habermas também crê ser papel da Jurisdição Constitucional o resguardo das chamadas condições democráticas, cujo conceito se confunde com o conceito de direitos fundamentais. Porém, enquanto Dworkin compreende que os direitos fundamentais decorrem de princípios morais generalizadamente aceitos e da mesma forma considerados essenciais ao funcionamento de uma democracia constitucional, Habermas os vê como condições procedimentais essenciais ao funcionamento de uma democracia discursiva.

Assim, na perspectiva habermasiana, os direitos fundamentais do homem não são produtos de uma revelação transcendente (como na doutrina jusnaturalista), nem de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos (como propõe, kantianamente, Dworkin), mas decisão recíproca dos cidadãos livres e iguais de legitimamente regular as suas vidas por intermédio do direito positivo. O papel de tais direitos básicos é o de assegurar a autonomia pública e privada dos cidadãos para que estes possam deliberar num ambiente de liberdade e igualdade, no qual a única forma de coerção seja a do melhor argumento¹¹⁰.

Para que a jurisdição constitucional não traia a democracia convertendo-se em instância autoritária de poder, Habermas resgata a idéia formulada por Peter Häberle¹¹¹ em A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, segundo a qual:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.

Häberle afirma, ainda, que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, por co-interpretá-la pois:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete desta norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico... Desta forma a Corte Constitucional define o âmbito de proteção do art. 4º, nº 1 e 2, da Lei Fundamental, com o auxílio da concepção da igreja, das organizações religiosas e de opinião.¹¹²

Com essa afirmação Häberle diz que não é somente no processo de formação da Lei que se observa a participação da sociedade. O desenvolvimento posterior da norma, ou seja, o processo

¹¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Op. cit., p. 107.

¹¹¹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p.13.

¹¹² HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p.15.

de interpretação constitucional, revela-se pluralista em uma sociedade democrática.

Essa forma de pensar nos faz lembrar uma frase muito repetida em nosso País que diz que “decisão judicial não se critica, se cumpre”. Isso não é verdade. O fato de sermos obrigados a cumprir decisão judicial não nos faz intérpretes acríticos. Além dos espaços formalmente conhecidos de crítica jurídica como os recursos, a doutrina e a cátedra, muitos outros informais existem, como as organizações comunitárias, religiosas e de informação.¹¹³

A observação acima se reveste de importância na medida em que cremos, como Häberle, que “a democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realização”.¹¹⁴

Assim, a sociedade é cada vez mais democrática, mais aberta, na medida que, vencendo as estruturas autoritárias, realiza os Direitos Fundamentais e amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato.

Mesmo percorrendo caminhos diferentes, Dworkin e Habermas crêem que direitos fundamentais e democracia mantêm uma relação de implicação recíproca. Assim, nos é permitido concluir que, para que haja democracia, há a necessidade de serem respeitados os direitos fundamentais e que à jurisdição constitucional compete tanto a defesa da efetivação dos direitos fundamentais quanto do procedimento democrático.

¹¹³ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Renovar, 2001, p.115/116.

¹¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p.36.

CAPÍTULO 3 – O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GUARDIÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

3.1. Antecedentes e características da Constituição Federal de 1988.

A contínua marcha pelo reconhecimento dos direitos fundamentais é a mesma incessante caminhada no rumo da consolidação dos Estados democráticos.

Assim, como não poderia deixar de ser, a luta pela redemocratização do País, iniciada no final da década de 70, foi, também, uma luta pelo merecido reconhecimento de um novo *status* jurídico aos direitos fundamentais, mais adequado ao momento de sepultamento do regime militar que se encontrava no poder desde o golpe de Estado de 1964, e que “manteve aberto um Congresso fantoche, debaixo de uma Constituição de fachada, outorgada pelo sistema autoritário, que ao mesmo tempo censurava a imprensa e reprimia a formação, pelo debate livre, de novas lideranças.”¹¹⁵

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 203.

Desse novo *status* jurídico reservado aos direitos fundamentais, falaremos no item 3.2., por agora levantaremos apenas alguns antecedentes da Carta de 1988 e algumas de suas características.

Se, de um lado, o regime político instalado em 1964 já se havia esgotado e os próprios militares preparavam o retorno para o regime democrático desde o início da distensão *lenta e gradual* do governo Geisel, a pressão popular já conseguira a anistia política, o processo de abertura política do governo Figueiredo e a eleição indireta de Tancredo Neves e de José Sarney pelo Congresso Nacional para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, por outro, as forças oposicionistas conseguiram obter seguidas vitórias nas eleições realizadas e mobilizar a opinião pública e as forças da sociedade civil para o processo de redemocratização do Estado brasileiro.

Neste contexto, contou a capacidade de negociação dos líderes oposicionistas e a existência de divergências no partido de sustentação do governo que contribuíram para a vitória das forças democráticas na eleição indireta realizada pelo Congresso Nacional para a escolha do Presidente da República.

Pela Emenda Constitucional de nº 26 à CF/67, encaminhada pelo Presidente José Sarney, ao Congresso Nacional, em 1985, foi convocada uma nova “Assembléia Nacional Constituinte”. Foram eleitos Senadores e Deputados, em 1986, com a missão de elaboração da atual Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Paulo Bonavides a ela se refere com as seguintes palavras:

A Constituição governante, vinculante e programática não é um arcaísmo do pensamento político, qual intentam fazer crer os neoliberais, mas diretriz e argumento de conservação do pálido Estado de Direito que ainda resguarda, na medida do possível, a ordem e a liberdade nos Estados da periferia. Enquanto Carta prospectiva ela acena para o futuro e é, como não poderia deixar de

ser, garantia formal, ou pelo menos promessa de construção de um Estado social livre, robusto, independente.¹¹⁶

Embora possua detratores, é a Constituição de 1988 a que mais avança na positivação de direitos fundamentais e na proteção jurídica da sociedade.

A Carta de 1988 manteve a Federação, a República e o presidencialismo como forma de Estado, forma de governo e sistema de governo; restabeleceu o regime democrático no País; valorizou os direitos fundamentais da pessoa humana; inovou com as novas ações constitucionais denominadas de *habeas data*, mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo; promoveu a tutela de novas espécies de direitos, os denominados direitos coletivos e difusos, como o meio ambiente, os direitos do consumidor, o patrimônio histórico e cultural; valorizou os direitos sociais, com a criação de novos direitos (p. ex., licença-paternidade) e a ampliação de outros já existentes na legislação ordinária (p. ex. férias acrescidas de 1/3, licença maternidade de 120 dias, aviso prévio proporcional); estendeu o direito de voto aos analfabetos e aos menores entre 16 e 18 anos; promoveu expressamente a elevação dos Municípios à condição de entidades federativas, com autonomia política preservada no texto da própria Constituição; promoveu a valorização do Poder Legislativo, com o fim da possibilidade do Executivo legislar por decretos-leis e da aprovação de atos legislativos por decurso de prazo; previu a ampliação do controle abstrato da constitucionalidade com a extensão da legitimidade ativa para a propositura da ação direta de constitucionalidade para diversas outras pessoas além do Procurador-Geral da República.

O Procurador-Geral da República passou a exercer um mandato, não sendo mais demissível *ad nutum* pelo Presidente da República, podendo, portanto, agir com maior independência; instituiu a tutela do controle da

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 174.

constitucionalidade por omissão, com a previsão de duas novas ações constitucionais: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção; pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, foi instituída a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, previu a realização de um plebiscito, em que o povo pôde escolher a forma de governo, República ou Monarquia, e o sistema de governo, Presidencialismo ou Parlamentarismo, tendo-se optado pela manutenção do *status quo*; previu a realização de uma revisão constitucional cinco anos após a promulgação da Constituição; pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997, foi admitida a possibilidade de reeleição, por uma vez, do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e de Prefeitos Municipais; pela Emenda Constitucional nº 24, de 1999.

Foi extinta a representação classista na Justiça do Trabalho; pela Emenda Constitucional nº 26, foi alterado o art. 6º para ampliar os direitos sociais positivados, incluindo o direito à moradia e pela Emenda Constitucional nº 31 é criado o *Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza*.

3.2. O Ministério Público e a Constituição Federal de 1988.

Nos trabalhos preparatórios para a Constituição de 1988, cada setor da sociedade apresentou suas sugestões, suas críticas, sua contribuição.

O Ministério Público, evidentemente, não ficou alheio a esse movimento, produzindo intensa mobilização interna, produto de lutas anteriores, pois muito lhe interessava definir o seu exato lugar na Constituição, as suas atribuições, garantias e impedimentos.

A proposta para elaboração do novo texto constitucional, oferecida pelo Ministério Público à Assembléia Constituinte foi obtida como resultado do 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público. Esse documento, que ficou conhecido como a “Carta de Curitiba”, representou o resultado de um trabalho de conciliação de nada menos do que de cinco fontes distintas, conforme anotado por Sauwen Filho¹¹⁷, a saber:

- 1) As fontes positivas vale dizer, os principais textos legais referentes à Instituição, então em vigor, mais

¹¹⁷ SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.169.

precisamente, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 e a Lei Complementar Federal nº 40/81.

2) O anteprojeto apresentado pelo então Procurador-Geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, à Comissão Afonso Arinos, da qual fazia parte.

3) As teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo-SP, em junho de 1985, tendo como tema: Ministério Público e Constituinte, publicadas na revista JUSTITIA – São Paulo, 131 e 131-A em junho de 1985.

4) O texto elaborado pela comissão designada pela Confederação Nacional do Ministério Público para a preparação do 1º Encontro Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, realizado em junho de 1986, em Curitiba – PR.

5) As respostas oferecidas pelos membros do Ministério Público em todo o País à pesquisa realizada pela Confederação Nacional do Ministério Público, sob a forma de questionário, levado a efeito em outubro de 1985.

A Constituição de 1988 colocou o Ministério Público em Seção própria do Capítulo IV – “Das Funções Essenciais à Justiça”, do Título IV – “Da Organização dos Poderes”, ou seja, conferiu solução semelhante a das Constituições de 1934 e 1946 e não mais o inseriu no Capítulo do Poder executivo (como ocorrera na carta de 1969), nem no do Poder Judiciário (como na CF de 1967), nem no poder legislativo (como sustentam alguns).

A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado *status* constitucional ao Ministério Público brasileiro, 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.

Lembra Mazzilli que, ao reconhecer ao Ministério Público o papel de defesa do regime democrático, retomou o constituinte a idéia que já vinha do Anteprojeto Afonso Arinos e da Carta de Curitiba que tinham inspiração na Constituição Portuguesa de 1976, que atribuiu à instituição ministerial portuguesa a defesa da “legalidade democrática”.¹¹⁸

Protegeu-lhe, ao erigir à condição de crime de responsabilidade do Presidente da República atos seus que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, colocando-o, assim lado a lado com os poderes de Estado (art. 85, II).

Foi com a Constituição Federal de 1988 que, pela primeira vez, na Brasil, um texto constitucional disciplinou de forma harmônica e orgânica a instituição e as principais atribuições do nosso Ministério Público.

Nesse texto histórico, foram registradas as principais regras da autonomia institucional; nele se fixou o procedimento de investidura e destituição dos procuradores-gerais; estipulou-se as principais garantias, vedações e atribuições.

Ainda, impediu a delegação legislativa em matéria relativa à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros (art. 68, § 1º, I); conferiu aos seus agentes total desvinculação do funcionalismo comum, não só nas garantias para a escolha de seu procurador-geral, como para a independência de atuação (arts. 127, § 1º, e 128 e parágrafos); concedeu à instituição autonomia funcional e administrativa, com possibilidade de prover diretamente seus cargos (art. 127, §§ 1º e 2º); conferiu-lhe iniciativa do processo legislativo para a criação de cargos e também para a organização da própria instituição, bem como iniciativa da proposta orçamentária (arts. 61, 127, §§ 2º e 3º, e 128, § 5º); em matéria atinente ao recebimento dos recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias, assegurou ao Ministério Público igual forma de

¹¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.135.

tratamento que a conferida aos Poderes Legislativos e Judiciários (art. 168); assegurou aos seus membros as mesmas garantias conferidas à magistratura (art. 128, § 5º, I), impondo-lhe iguais requisitos de ingresso na carreira (arts. 93, I, e 129, § 3º) e idêntica forma de promoção e de aposentadoria (arts.93, II e VI, e 129, § 4º), bem como semelhantes vedações (arts. 95, parágrafo único, e 128, § 5º, II).

Se, na área institucional, a Carta de 1988 foi única para o seu desenvolvimento, na área funcional, também previu notável crescimento para o Ministério Público.

Sob o aspecto criminal, o novo texto constitucional cometeu ao Ministério Público a tarefa privativa – à exceção da ação penal privada subsidiária – de promover a ação penal pública, relegada à definição de como agir para a disciplina na forma da lei (arts. 129. I, e § 1º, e 5º, LIX). Além disso, sem prejuízo de permitir-lhe instaurar investigações administrativas (art. 129, VI), a atual ordem constitucional conferiu-lhe o controle externo sobre a atividade policial, na forma da lei complementar de organização de cada instituição (art. 129 VII); permitiu-lhe requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial; afirmou-lhe, ainda, o dever de indicar os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (art. 129, VIII).

Também na esfera cível, grande foi o avanço, pois, além da já tradicional promoção da ação de inconstitucionalidade e para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição (art. 129, IV), passou a reconhecer ao Ministério Público a função institucional de defesa em juízo dos direitos e interesses das populações indígenas (arts. 129, V e 232), bem como contemplou entre suas funções a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Ademais disso, a Constituição cometeu ao Ministério Público a relevante função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos

serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art. 129, II).

Em tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política da Usp, Rogério Bastos Arantes demonstrou a ocorrência da hipótese de seu trabalho que afirmava que

a reconstrução institucional a que estamos nos referindo (do Ministério Público) foi impulsionada e determinada por fatores endógenos, isto é, os resultados decorrentes das sucessivas mudanças ocorridas foram intencionalmente perseguidos pelos integrantes da própria instituição.¹¹⁹

E acrescenta ainda:

(...) em 20 anos de alterações legais e constitucionais relativas à instituição, o Ministério Público praticamente não conheceu derrotas. Muito antes da redemocratização do país, o Ministério Público iniciou sua transformação rumo à condição de “defensor da cidadania” numa fase em que ainda crescia corporativamente à sombra do Poder Executivo em pleno regime autoritário. O ponto de inflexão neste sentido parece ter sido a função de defesa do interesse público, concedida pelo Código de Processo Civil em 1973, e que se constitui no marco inicial de nossa reconstrução histórica nesse capítulo. Em seguida, no final da ditadura militar e coincidindo com a ascensão dos chamados “novos movimentos sociais”, de forte conotação anti-Estado, o Ministério Público conseguiu uma segunda grande vitória: canalizar para si uma das mais radicais transformações do Direito brasileiro – a introdução dos direitos difusos e coletivos no ordenamento jurídico e dos instrumentos destinados à sua tutela jurisdicional – enquanto o debate jurídico e político que alimentava essa mudança preconizava o fortalecimento da sociedade civil e nutria profunda desconfiança em relação a instituições estatais como o Ministério Público. Quando o país

¹¹⁹ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. 2000. 248 f. Tese (Doutorado em Ciência Política)- Faculdade de Filosofia, Letras e ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2000, p.7.

retornou ao governo civil em 1985 e, na seqüência, teve nova oportunidade de se reorganizar constitucionalmente, o Ministério Público já se encontrava em posição de vantagem, com condição de pleitear o papel de defensor da cidadania, e por essa razão teve maior facilidade para consolidar suas novas atribuições na Carta magna de 1988. Na verdade, o *lobby* da instituição na constituinte não só afastou opções concorrentes – como a criação do *ombudsman* – como encontrou ambiente favorável para arrematar a evolução dos anos anteriores com uma série de garantias e privilégios que tornaram a instituição ainda mais poderosa e finalmente independente dos três Poderes.

A história de expansão do Ministério Público não termina com sua reorganização constitucional de 1988. Nenhuma das leis que a ela se seguiram, e que tratavam de direitos metaindividuais (como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente etc.) deixou de reservar para o Ministério Público papel de destaque.

Por fim, acreditamos que há, no texto constitucional, ainda grande espaço para o desenvolvimento de novas ações políticas e pedagógicas no campo da, ainda a ser escrita, página da defesa do regime democrático que lhe foi confiada.

E esta missão ficou reservada ao Ministério Público – o poder-dever de fazer valer a Constituição e as leis, num contexto de relações autônomas e independentes, nas esferas dos poderes-funções do Estado Democrático, do qual é o seu maior guardião.

Incumbe-lhe, pois, combater a tirania do privilégio, o autoritarismo ou qualquer forma de opressão política, no âmbito de sua atuação e atribuições; tudo isso no palco da vida, da igualdade, da cidadania e da solidariedade, prometidas na ordem constitucional.

Tais metas somente serão possíveis se garantidas as condições sociais e econômicas que possibilitem a liberdade, o desenvolvimento e a integração social, nos moldes de uma sociedade justa e igualitária.

São esses os objetivos a serem alcançados pelo novo Ministério Público, enquanto valores universais que transcendem o próprio ordenamento jurídico posto pela Constituição.

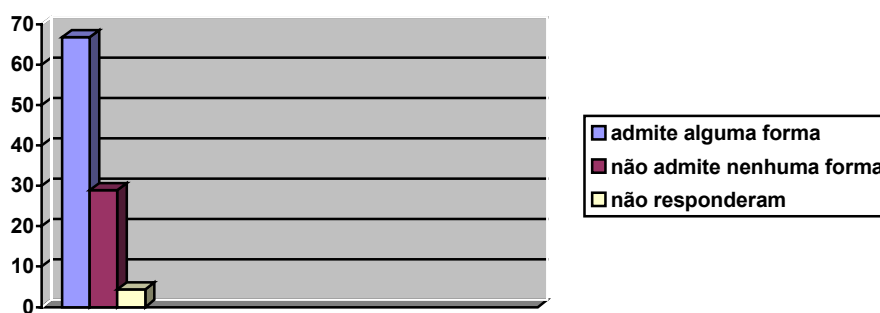
Em trabalho de pesquisa recente, elaborado pela ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ¹²⁰, dentre membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, mas com resultados que estão sendo discutidos no País inteiro e que, com algumas reservas, podem ser considerados nacionalmente, podemos observar que os próprios membros do Ministério Público já sentem a necessidade de que sejam operadas modificações institucionais e administrativas que municiem e legitimem o Ministério Público na tarefa de defesa do regime democrático.

Foram 698 membros do Ministério Público consultados através de questionários enviados pelo correio, e alguns dos dados obtidos merecem ser aqui reproduzidos. Vejamos alguns dados de grande e significativa importância:

Hoje, com maior tranquilidade os membros do Ministério Público admitem alguma forma de controle social externo.

Gráfico 1 – CONTROLE SOCIAL EXTERNO DO MP

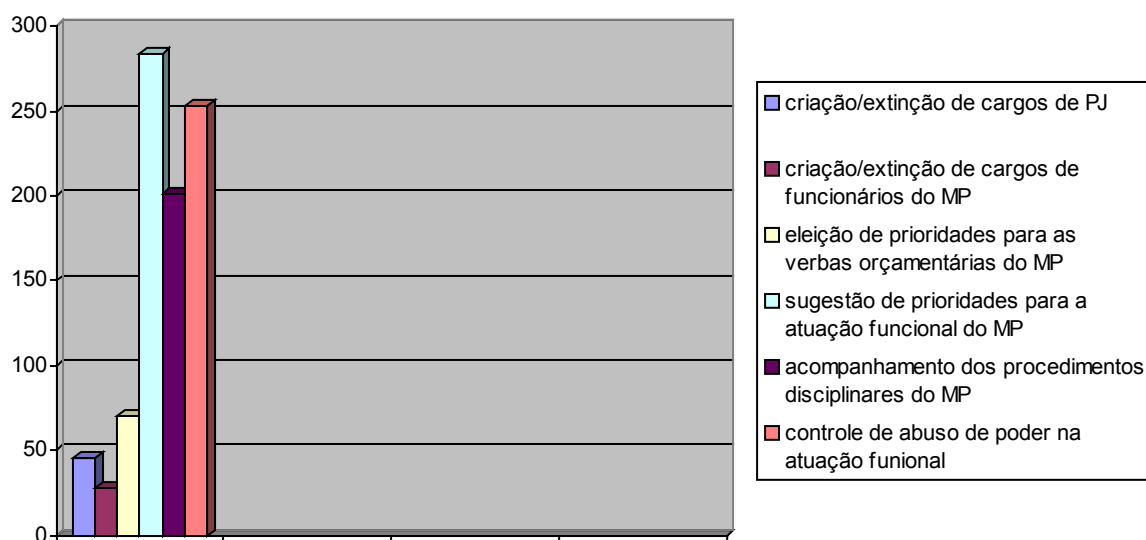
¹²⁰ FABRINI, Renato Nascimento. DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. **O MINISTÉRIO PÚBLICO NA VISÃO DE SEUS MEMBROS – Consulta sobre temas institucionais**. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2001.



Fonte: Pesquisa "O Ministério Público na visão de seus membros", p.33.

As formas mais aceitas de controle são a consideração de sugestões de prioridades para a atuação funcional do MP e o controle de abuso de poder na atuação funcional.

Gráfico 2 – MATÉRIAS PASSÍVEIS DE CONTROLE EXTERNO DO MP

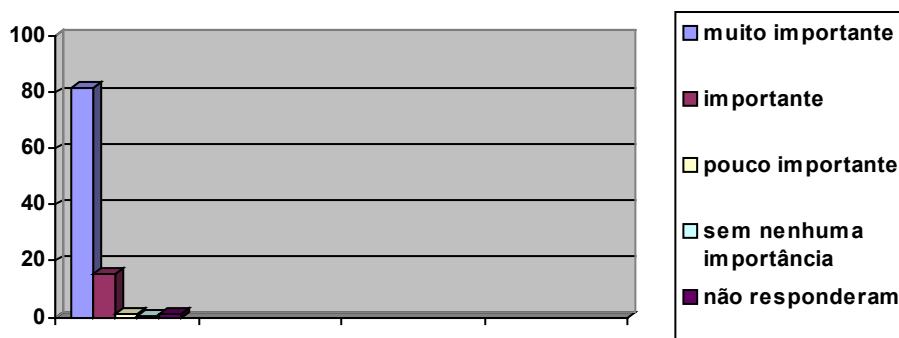


Fonte: Pesquisa "O Ministério Público na visão de seus membros", p.36.

Outra idéia que a pesquisa demonstrou ter ganhado força no interior da instituição é a da necessidade de se racionalizar o exercício

funcional, dando-se ênfase à atuação nas áreas de interesses difusos e coletivos em detrimento de outros fazeres institucionais tradicionais.

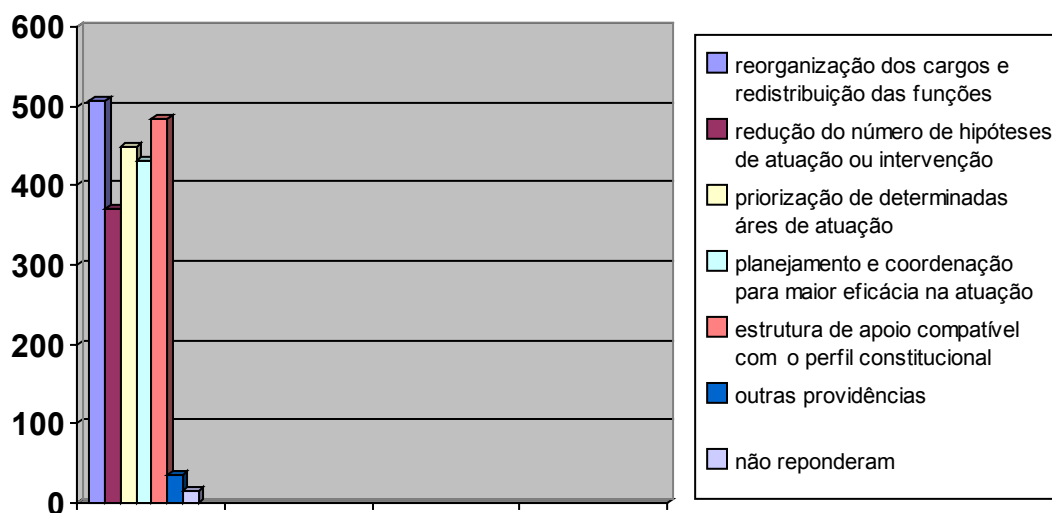
Gráfico 3 – IMPORTÂNCIA DA RACIONALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL



Fonte: Pesquisa "O Ministério Público na visão de seus membros", p.48.

Foram considerados como pressupostos principais da racionalização do exercício funcional a reorganização dos cargos e redistribuições das funções, a estrutura de apoio compatível com o perfil institucional e a priorização de determinadas áreas de atuação.

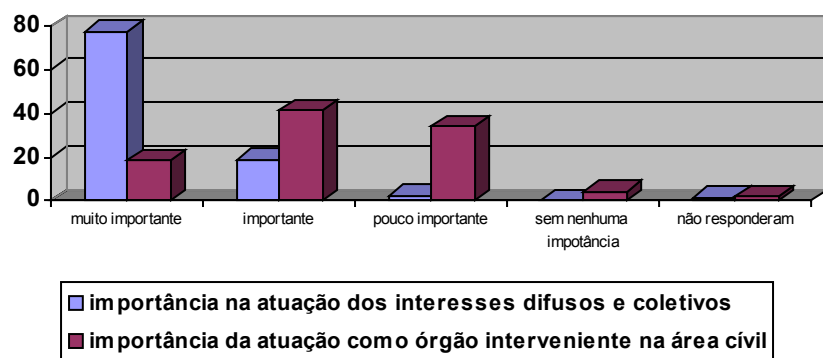
Gráfico 4 – PRESSUPOSTOS DA RACIONALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO FUNCIONAL



Fonte: Pesquisa "O Ministério Público na visão de seus membros", p.57.

Enquanto 77,37% dos sujeitos da pesquisa acharam muito importante e 19,05%, importante a atuação na defesa dos interesses difusos e coletivos, apenas 18,34% entenderam muito importante e 41,40%, importante a atuação do Ministério Público como órgão interveniente na área cível.

Gráfico 5 – IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO NA DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS E IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE NA ÁREA CÍVEL



Fonte: Pesquisa “O Ministério Público na visão de seus membros”, p 59 e 65.

É significativo o índice de “nenhuma importância” e “pouco importante” atribuído a certas intervenções ministeriais.

TABELA 1 – IMPORTÂNCIA NA INTERVENÇÃO EM AÇÕES DE REGISTROS PÚBLICOS, IMPORTÂNCIA NA INTERVENÇÃO EM HABILITAÇÕES DE CASAMENTO, IMPORTÂNCIA NA INTERVENÇÃO EM OUTROS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE

REGISTROS PÚBLICOS, IMPORTÂNCIA NA INTERVENÇÃO EM FALÊNCIAS E CONCORDATAS, IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO NAS LIQUIDAÇÕES EXTRAJUDICIAIS, IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO EM AÇÕES ACIDENTÁRIAS E IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO EM PEDIDOS DE INSOLVÊNCIA CIVIL

		MUITO IMPORTANTE	IMPORTANTE	POUCO IMPORTANTE	SEM NENHUMA IMPORTÂNCIA
IMPORTÂNCIA INTERVENÇÃO AÇÕES REGISTROS PÚBLICOS	NA EM DE	13,62	26,94	37,19	22,25
IMPORTÂNCIA INTERVENÇÃO EM HABILITAÇÕES DE CASAMENTO	NA EM DE	5,12	11,57	28,41	54,90
IMPORTÂNCIA INTERVENÇÃO EM OUTROS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE REGISTROS PÚBLICOS	NA EM	8,21	28,01	34,46	29,32
IMPORTÂNCIA INTERVENÇÃO EM FALÊNCIAS E CONCORDATAS	NA EM E	11,99	25,88	30,26	31,87
IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO NAS LIQUIDAÇÕES EXTRAJUDICIAIS	DA NAS	11,19	23,71	27,84	37,26
IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO EM AÇÕES ACIDENTÁRIAS	DA EM	14,18	26,32	30,99	28,51
E IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO EM PEDIDOS DE INSOLVÊNCIA CIVIL	DA EM DE	4,29	10,21	29,29	56,21

Fonte: Pesquisa "O Ministério Público na visão de seus membros", p 70,71,72,73 e 75.

O novo modelo constitucional está a exigir um novo paradigma de atuação dos Poderes e das Instituições, informador da atuação do promotor de justiça que, como contribuição individual enseja a validade do sistema como um todo, funcionalmente independente e finalisticamente integrado com

os demais poderes – “harmônicos entre si” – para usar a expressão constitucional. É isso o que valida o Estado Democrático de Direito e reflete o perfil do novo Ministério Público Brasileiro.

Para nós, esse novo promotor de justiça, longe da figura de “promotor de gabinete”, será também um educador. A este assunto voltaremos mais tarde no item 3.4.2..

3.3. Posição ocupada pelos direitos fundamentais na Carta de 1988.

A Carta de 1988 tem por uma de suas características ser analítica e regulamentista. No que se refere aos direitos fundamentais, nossa Carta, mostrou-se, como em seu todo, também analítica e regulamentista. Em seu Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais) são encontrados sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos. Isso sem se fazer menção aos diversos direitos fundamentais que se encontram dispersos pelo restante de todo texto constitucional.

Ao lermos o Título II integralmente, sentimos que o legislador Constituinte, talvez ciente de sua responsabilidade histórica, cedeu, ingenuamente, à ilusão de que com a regulamentação exaustiva e detalhada estivesse resolvendo os graves problemas da nação de falta de respeito aos direitos humanos, ao tempo em que deixou transparecer sua desconfiança do legislador infraconstitucional.

Significativo e lógico o lugar destinado, pelo Constituinte, aos direitos e garantias fundamentais. De fato, encontram-se concentrados logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais. Desta forma colocados, observa-se a intenção clara do legislador em indicar que direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica.

Já a presença dos direitos fundamentais sociais no Capítulo II do Título II ressalta sua condição de autênticos direitos fundamentais e afastando, assim, a possibilidade de serem encarados como de caráter meramente programático e de eficácia limitada.

Ao contrário, todas as normas que consubstanciam os direitos e garantias fundamentais, conforme o comando do § 1º do art. 5º, são de eficácia e aplicabilidade imediatas e encontram-se incluídos no rol das chamadas “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º da Constituição Federal de 1988, impedindo, assim, que o poder constituinte derivado proceda a supressões.

Já o § 2º do art. 5º determina que os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta de 1988 não excluem outros direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que previstos nela expressamente, mesmo que de forma difusa, ou presentes nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte. Com essa afirmação conclui-se que o artigo 5º é meramente exemplificativo, sendo tais direitos, também, imediatamente aplicáveis (art. 5º, § 1º da CF) e passando, também, a integrar o rol das “Cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, inc. IV, da CP).

A Constituição Federal de 1988 inova, mais uma vez, ao incluir dentre os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais dos quais o Brasil for signatário. Sustenta Piovesan que, no que se refere a tratados internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º § 1º, têm estes aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, tão logo ratificados, e independentemente da edição de decreto de execução, exigência presente para a aplicação de tratados sobre todas as outras matérias, face ao silêncio da Carta de 1988.

Desta tese, conclui a jurista que a Constituição, em face de tratados internacionais, adota um sistema misto “na medida em que para os tratados de direitos humanos acolhe a sistemática da incorporação automática, enquanto que para os tratados internacionais acolhe a sistemática da incorporação não-automática”.¹²¹ A Carta de 1988, no que pertine à hierarquia dos tratados, também acolhe um sistema misto: ao incorporar à Constituição os direitos fundamentais provenientes de tratados internacionais, estará atribuindo a estes direitos fundamentais a hierarquia de norma constitucional, com aplicabilidade imediata, já os demais tratados internacionais possuem hierarquia infra-constitucional conforme determinação do art. 102, III, b, da Constituição Federal, possuindo, na prática, a mesma hierarquia das leis

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.159.

federais e, portanto, submissos ao princípio “lei posterior revoga lei posterior que seja com ela incompatível”.

Do tratamento dado pelo Constituinte, decorre a constatação da “fundamentalidade” formal e material dos direitos fundamentais. No direito brasileiro a fundamentalidade formal pode ser encontrada na posição ocupada pelos direitos fundamentais que foram positivados pela Carta de 1988 e, portanto, encontram-se no ápice do nosso ordenamento jurídico. Também se verifica que se cuida de normas diretamente aplicáveis e que vinculam, de forma imediata, as entidades públicas e privadas. Já a fundamentalidade material decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Assim, na busca de um conceito constitucionalmente adequado ao enquadramento dos direitos fundamentais no caso brasileiro, optamos pelo exposto por Sarlet:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas, concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição matéria, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹²²

Nunca antes um texto constitucional brasileiro apresentou tal amplitude de abertura material do catálogo de direitos fundamentais como a Carta de 1988. O modelo apresentado no art. 5º, § 2º obriga que tenhamos em mente também os direitos fundamentais implícitos (aqueles subentendidos nas

¹²²SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 82.

regras das garantias fundamentais, dos direitos individuais decorrentes do regime e nos tratados internacionais em que o Brasil for parte). Assim, podemos nos valer do conceito exposto por Sarlet¹²³ para definir o que seriam os direitos fundamentais materiais com base no direito constitucional brasileiro. Diz o autor que “direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do Catálogo”.

Já os direitos fundamentais que se encontram fora do catálogo, mas que possuem *status* de direito constitucional formal encontram-se dispersos por todo texto constitucional. Por exemplo, poderia se cogitar de um direito fundamental de usucapião especial e urbano (art. 183 da CF/88) como manifestação ao direito social de moradia e como expressão e exigência da própria dignidade da pessoa humana.

Qualquer tentativa de realizar uma classificação sistemática dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, calcada em critérios objetivos e funcionais, pode se revelar frustrante, já que muitos são os problemas a resolver. Sarlet afirma que as maiores dificuldades decorrem “da diversidade de funções exercidas pelos direitos fundamentais, de sua distinta e complexa estrutura normativa, bem como das especificidades de cada ordem constitucional”.¹²⁴

Inspirado na classificação fornecida por Alexy, e realizando as mudanças necessárias à adaptação ao direito positivo constitucional brasileiro, Sarlet propõe, primeiramente, a separação dos direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações.

Em seguida, divide o segundo grupo (direitos fundamentais com direitos a prestações) em dois outros subgrupos a saber: direitos a prestações

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Op. cit., p. 95.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Op. cit., p. 161.

em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações sociais materiais).¹²⁵

Os direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa seriam os direitos, dentro da clássica concepção liberal-burguesa, que os indivíduos possuem contra a ingerência do Estado em sua esfera de liberdade pessoal e propriedade. Pertencem a este grupo os direitos chamados de primeira dimensão e que correspondem, primeiramente, aos de liberdade e igualdade, que estariam consagrados desde as primeiras declarações de direitos, ao lado dos direitos à vida e propriedade, direitos estes recolhidos da doutrina do direito natural. Liberdades fundamentais englobam as liberdades de locomoção, de consciência, de manifestação do pensamento, de imprensa, de manifestação, de associação, filiação partidária, de reunião etc. Assim, a absoluta maioria dos direitos fundamentais do art 5º é do tipo de direitos de defesa. Já, no que se refere aos direitos fundamentais sociais de defesa, podemos arrolar, de forma exemplificativa, os direitos à limitação da jornada de trabalho, do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, nas normas relativas à prescrição, a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso. Também dentro deste grupo, incluímos os direitos fundamentais de nacionalidade e cidadania, chamados, em sentido amplo, de direitos políticos e elencados nos capítulos III, IV e V da CF/88.

De acordo com o entendimento de José Afonso da Silva, as garantias da Constituição também podem ser consideradas, em sentido amplo, garantias dos direitos fundamentais¹²⁶, embora não se confundam com as garantias fundamentais.

De acordo com a doutrina constitucional pátria, as garantias fundamentais apresentam um papel instrumental em relação aos direitos

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit., p. 170.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da . **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Revisata dos Tribunais, 1991, p. 354.

fundamentais, pois são consideradas como formalidades que cercam os direitos com a finalidade de protegê-los contra os abusos do poder. A epígrafe do Título II da Carta de 1988 demonstra que Direitos e Garantias fundamentais são categorias que possuem a mesma dignidade jurídico-constitucional, tendo, inclusive, as garantias fundamentais sido acolhidas no rol da “cláusula pétreas” ao lado dos direitos.

Parte dos direitos individuais e coletivos são direitos-garantias que, além da função instrumental, são verdadeiros direitos subjetivos; como, por exemplo, os chamados “remédios constitucionais”. Ao lado dessas garantias, encontramos, no texto constitucional, garantias institucionais típicas, sendo definidas como a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece como fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza, conforme definição de Paulo Bonavides.¹²⁷ Em nossa Constituição, no Título II, podemos citar, como autênticas garantias institucionais a garantia da propriedade, do direito de herança, da instituição do Tribunal do Júri, da língua nacional portuguesa por exemplo. Fora do rol do Título II, podemos também citar como exemplo de garantias institucionais o sistema de seguridade social.

Do exposto, podemos afirmar que, no nosso sistema constitucional, as garantias institucionais podem ser consideradas espécies do gênero das garantias fundamentais, que, na sua maioria, assumem o caráter de direitos-garantia. As garantias institucionais podem ser ou não ser fundamentais, a depender ou não de se tratarem de normas constitucionais que assumem a feição de garantias de certas instituições e que se encontram revestidas pelo manto da fundamentalidade.

Já os direitos fundamentais como direitos a prestações objetivam a garantia não apenas da liberdade autonomia perante o Estado, mas, também, da liberdade por intermédio do Estado. Paulo Bonavides lembra que estes

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 492.

direitos enquadram-se no âmbito dos direitos de segunda dimensão, que corresponde à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado Democrático e Social de Direito do segundo pós-guerra. No constitucionalismo pátrio, foi a Carta de 1934, inspirada nas Cartas Mexicana e de Weimar, que inaugurou a fase do constitucionalismo social no Brasil.¹²⁸ Na Constituição vigente, esses direitos encontram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo brasileiro, prevendo, como já anteriormente dito, um capítulo dedicado aos direitos sociais no catálogo próprio de direitos e garantias fundamentais, embora fora do catálogo também encontremos uma série de direitos a prestações como, por exemplo, o direito previsto no art. 17, § 3º que prevê o direito aos partidos políticos a recursos do fundo partidário, como também o acesso à Justiça e assistência judiciária integral e gratuita (art 5º, incs. XXXV e LXXIV).

Distinguem-se os direitos a prestações em sentido amplo dos direitos a prestações em sentido estrito pelo fato destes poderem ser reportados à atuação dos poderes públicos como expressão do Estado social, no sentido da criação, fornecimento, distribuições de prestações materiais; enquanto que aqueles (em sentido amplo) englobam os direitos de proteção e de participação na organização e procedimento, e dizem respeito às funções do Estado de Direito de matriz liberal, dirigido, principalmente, à proteção da liberdade e igualdade em sua dimensão defensiva.

De acordo com a classificação a que nos propusemos, os direitos a prestações em sentido amplo se subdividem em direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento. Direitos à proteção podem ser conceituados como “posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais”¹²⁹, como o direito à vida , à liberdade, à propriedade, por exemplo.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 331.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 195.

Quanto aos direitos à participação na organização e procedimento são considerados condição para a efetivação dos direitos fundamentais. O centro de sua problemática situa-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial do legislador) a emissão de “atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento”¹³⁰, já que não há consenso sobre a matéria.

3.4. As dificuldades da democracia brasileira.

Desde a Revolução Francesa de 1789, as democracias ocidentais constituíram regimes políticos que, pela separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário, visam garantir e professar os

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 200.

direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo os que se referem à liberdade política dos cidadãos.

Acontece que a sociedade brasileira está estruturada de tal maneira que tais direitos não podem existir concretamente para a maioria da população. A nossa democracia é formal, é dual, não é presente na vida de todos os cidadãos.

Lembra Weffort que no Brasil atual mantém-se a tradicional desarticulação entre as instituições que garantem a liberdade política e a esfera das questões sociais¹³¹.

Dados apontados pelo autor mencionado informam que 64% da população, economicamente, ativa vivem em níveis que variam da miséria (um salário mínimo ou menos) à extrema pobreza (até dois salários mínimos).

No caso do Brasil, com 150 milhões de habitantes, essa massa de pobres e miseráveis compreende cerca de metade da população. Quais são as possibilidades de consolidação de uma democracia política na qual perto da metade da população não recebe nem mesmo os benefícios mínimos de desenvolvimento?

Ao se referir à década de 90, Paulo Bonavides registra que a desigualdade brasileira, sob o signo da globalização, só aumentou. Diz ele:

Seis anos de globalização têm sido para o Brasil sessenta anos de atraso, empobrecimento, estagnação, dívida insolúvel, decadência e amargura social. Em sua população, há 30 milhões de desgraçados submersos na indigência, no analfabetismo, na miséria absoluta.¹³²

Weffort distingue “democracia liberal” de “democracia social”. A “democracia liberal” seria apenas “regulatória”, dedicando-se exclusivamente à regulação da sociedade civil – os exemplos mais característicos são as democracias liberais da Europa Ocidental no século XIX. Em contraste, a democracia social seria representada pelas democracias contemporâneas que se caracterizam por um Estado de Bem-Estar.

Com base nestas distinções, pode-se dizer que no Brasil, após a Constituição de 1988 e as eleições do ano seguinte, vivemos em uma democracia “regulatória”. A nossa é uma democracia dos setores “organizados” da população, sejam ou não proprietários.

¹³¹ WEFFORT, Francisco. **Qual Democracia?** São Paulo: Companhia das Letras, 1994. P. 17.

¹³² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** São Paulo: Malheiros, 2001, p. 172.

Ainda conceitua¹³³ o que seria uma democracia com sistema dual, onde um grupo de cidadãos seria integrado ao sistema e outro marginalizado.

A peculiaridade do “sistema dual” é a de que, para os indivíduos que são integrados, existem mecanismos efetivos de participação e influência, ao passo que para os que ficam de fora há um regime de coerção e, em casos extremos, de terror.

Como afirmou o deputado Ulysses Guimarães no discurso citado, a miséria é uma forma de discriminação e “não há pior discriminação do que a miséria”.

Em que consiste esse “sistema dual” brasileiro? Para aqueles que estão dentro – isto é, para os grupos social e economicamente dominantes, assim como para outro segmentos organizados da sociedade – há um regime político competitivo. (...) Para os que ficam de fora, para os marginalizados que são muito pobres e incapazes de se organizar, resta apenas tornarem-se objeto de manipulação política – em outras palavras, são tratados não como cidadãos mas como “clientes”, na acepção romana do termo. E, quando necessário, o que ocorre com frequência, são submetidos à repressão política. Eles são livres para participar das eleições e, na realidade, a maioria o faz. Não são marginalizados por nenhum tipo de restrição institucional, mas pelas próprias condições sociais, políticas e culturais em que vivem e que os transformam em massas amorfas.

(...)uma distinção complexa entre cidadãos e eleitores. Segundo Ulysses Guimarães, “ em um país com 30.401.000 de analfabetos [...] é preciso não esquecer que a cidadania começa com a alfabetização”. Esta observação nos remete ao problema inicial da distância entre as instituições que garantem a liberdade (política) e o que diz respeito à defesa da justiça social. Não é que as eleições não tenham relevância nas decisões tomadas nos “sistemas duais”. A questão é que deles participam segmentos da população que têm pouca, ou mesmo nenhuma, possibilidade de exercer qualquer influência autônoma. A clássica frase eleitoral – “a cada homem, um voto” – pressupõe a autonomia do indivíduo para expressar sua opinião. Todavia, no Brasil, como observou o cientista político Fábio Wanderley, somente 7,5 milhões de pessoas pagam impostos, enquanto 75 milhões estão habilitados a votar. Isso significa que a cidadania eleitoral antecipou de certo modo a cidadania política no sentido mais amplo. Para dizer de outro modo: existem milhões de cidadãos no sentido eleitoral que, na realidade, não passam de cidadãos de segunda classe.

Aqui começamos a nos distanciar do caso norte-americano, onde, a despeito da desigualdade entre ricos e pobres, e pondo à parte a questão racial, sempre houve, pelo menos desde a época de Tocqueville, uma forte tendência à “igualdade de condições” no sentido de efetiva igualdade dos cidadãos perante a lei. Isto de forma alguma é uma mera formalidade legal, mas representa a capacidade política,

¹³³ WEFFORT, Francisco. **Qual Democracia?** São Paulo: Companhia das Letras, 1994. P. 23.

cultural e social de cada cidadão para exercer os direitos garantidos pelo sistema institucional.

Já a nossa população, por razões históricas e de formação cultural, sequer, conhece os direitos que possui e, assim, também não os exige.

Quando se referiu ao Mezzogiorno italiano, Gramsci não pretendia indicar a ausência dos pobres do Sul no processo político, mas descrever as formas extremamente rígidas de subordinação que caracterizam a presença deles no processo político. Em uma estrutura fundiária baseada em grandes propriedades, essas massas são tão pobres que se revelam incapazes de ação e organização autônomas. Embora, enquanto cidadãos, sejam excluídos do processo político, esses trabalhadores permanecem integrados a ele na condição de clientes.

A concepção, de origem marxista, de que a organização coletiva dos trabalhadores (em sindicatos e em partidos, por exemplo) os levaria a superar sua dependência sócio-política frente aos patrões tem como pressuposto uma sociedade capitalista dinâmica, na qual os trabalhadores dispõem de um mínimo de condições sociais (e econômicas) que torna possível a eles se organizarem. Tais condições, como bem sabia Gramsci, não estão presentes em todos os países, nem em todas as épocas. Não é nenhuma coincidência, portanto que Gramsci tenha por vezes descrito o Sul italiano como uma região estagnada e à beira da degenerescência social.¹³⁴

Já, de acordo com Robert Dahl, citado por Weffort¹³⁵ o que impedia os negros de votar, no Sul dos Estados Unidos, era o terror dos brancos, ou de parte deles. No Brasil, a questão é outra.

O “coronelismo” – e as variantes do clientelismo tradicional existentes nas regiões mais atrasadas – é outra coisa. Não apenas os pobres não são impedidos de votar, como até são estimulados a fazê-lo: além de estabelecer o direito ao voto, a lei o tornou obrigatório. Claro que, assim como no Sul dos Estados Unidos, também nas áreas rurais do Brasil há muito medo. Mas aqui os motivos do medo são as secas (ou enchentes), a fome, o desemprego. Há, evidentemente, a violência dos jagunços empregados pelos proprietários de terras para atemorizar os sindicatos rurais mais atuantes. Segundo denúncias desses sindicatos, nos últimos anos essa violência tornou-se rotineira, resultando no assassinato de cerca de 180 sindicalistas por ano. No entanto, para a grande maioria, mais real do que o temor aos jagunços é o medo da miséria, que leva o trabalhador a se tornar cada vez mais dependente das migalhas caídas da mesa dos “patrões”. Dentre os vários fatores que explicam o fato de

¹³⁴ WEFFORT, Francisco. **Qual Democracia?** São Paulo: Companhia das Letras, 1994. P. 23.

¹³⁵ WEFFORT, Francisco. **Qual Democracia?** São Paulo: Companhia das Letras, 1994. P. 27.

os pobres votarem pelos ricos, certamente o mais importante é o medo da miséria.

Essa democracia “regulatória” não interessa ao povo brasileiro, hoje já se tem consciência que a democracia é um direito fundamental (de quarta dimensão de acordo com Paulo Bonavides), atribuindo-lhe a respectiva titularidade ao gênero humano, transcendendo ao indivíduo, ao grupo ou, até mesmo, a coletividade nacional.

Com o transporte da titularidade axiológica do cidadão para o gênero humano, o homem se torna o eixo e a referência de toda a dignidade que dá base ao Estado social, e à democracia, como expressão do respeito dos direitos fundamentais, e assim convertida, transformar-se-á em instrumento de libertação do homem, “mas um instrumento que se deseja palpável, efetivo, concreto e não abstrato; a um tempo ação e palavra, verdade e dogma, valor e fato, teoria e práxis, idéia e realidade, razão e concreção”¹³⁶. A esse regime democrático deve o Ministério Público a defesa.

3.5. O Ministério Público e sua tarefa de defesa do regime democrático.

O Ministério Público que conhecemos, hoje, muito distante está de seu ponto inicial, se considerarmos sua origem, como carreira, na *ordonnance* francesa de 1522 e, posteriormente, complementada pelas de 1553 e de

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 189.

1586¹³⁷, quando sua existência permanecia ligada à defesa dos interesses *du Roi*, na França, na Idade Média.

Podemos observar, como já referido no item 3.3., que o Ministério Público possui um conjunto de atribuições que não são, simplesmente, o somatório de encargos; mas, sim, um conjunto harmonioso de atribuições conferidas a uma instituição que tem um fim a realizar no meio social, fim este que torna o Ministério Público brasileiro inconfundível e único no mundo inteiro, com muito bem salienta e demonstra um de seus maiores pensadores, Hugo Nigro Mazzilli.

O Ministério Público não é mais um órgão do Estado destinado a intransigentemente defender a Coroa, ou a correspondente Fazenda Pública de hoje, nem, com maior razão, é hoje destinado à defesa dos governantes. Agora a Constituição deu liberdade e autonomia ao Ministério Público; a seus agentes deu independência funcional, inamobildade e vitaliciedade, para que defendam intransigentemente os interesses da coletividade como um todo, para que zelem pelas liberdades públicas, para que defendam os direitos do cidadão até mesmo em face do Estado e dos governantes, ainda que para isto tenham que contrariar os interesses desses últimos.¹³⁸

A ele se reservou o lugar da defesa da ordem jurídica e social, quando a Constituição Federal fez dele instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e conferiu-lhe a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.¹³⁹

¹³⁷ MORAIS JR. Flávio Queiróz de. Da estrutura filosófica do Ministério Público. **Justitia – Órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo**, nº 123, p.25.

¹³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Visão crítica da formação e das funções do promotor. **Formação Jurídica/** coordenação José Renato Nalini. – 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 92.

¹³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, art. 127.

Com tal destinação constitucional, podemos afirmar que, atualmente, seus membros ocupam-se, ou deveriam se ocupar, da proteção dos valores fundamentais da sociedade politicamente organizada.

O ordenamento jurídico brasileiro optou pela constitucionalização dos direitos fundamentais, e o fez dividindo-os em cinco grandes grupos, a saber:

- a) Direitos individuais e coletivos, previstos basicamente no art. 5º e que se referem aos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e sua própria dignidade;
- b) Direitos sociais, previstos fundamentalmente no art. 6º e que correspondem aos direitos que implicam liberdade positiva e que objetivam a igualdade social.
- c) Direitos de nacionalidade.
- d) Direitos políticos, regulamentados no art 14, e que conferem o atributo de cidadania ao nacional, e que decorrem do princípio democrático insculpido no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, que afirma que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente;
- e) Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos, que são concebidos como fundamentais para a construção e preservação do Estado democrático de Direito.

Por sua constitucionalização, os direitos fundamentais não são meras declarações formais de intenções. São, no dizer de Moraes¹⁴⁰ “a plena positivação de direitos, com base nos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia”.

¹⁴⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 167.

É neste contexto que sobressai o papel do Ministério Público, pois se qualquer indivíduo **poderá** exigir perante o Poder Judiciário a efetivação de direitos fundamentais positivados por sua constitucionalização, o Ministério Público terá o **dever** de fazê-lo quando se tratar de **interesses sociais e individuais indisponíveis**¹⁴¹, em **defesa da ordem jurídica** e do **regime democrático**, já que o respeito aos direitos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, assinala Moraes¹⁴² “é pilastra mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático” que visa, em verdade, a dignidade da pessoa humana, pois, “se existe algum fundamento último para a democracia, ele não pode ser outra coisa senão o próprio reconhecimento da dignidade humana¹⁴³”.

3.5.1. Uma visão garantista.

¹⁴¹ INDISPONÍVEL. É o direito do qual o titular dele não pode abdicar, no conceito de J.J. Calmon de Passos. (DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 427)

¹⁴² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 167.

¹⁴³ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 48.

JANELA SOBRE A UTOPIA
Ela está no horizonte-
diz Fernando Birri-. Aproximo-me
dois passos. Caminho dez passos,
ela se afasta dois passos.
Caminho dez passos e o horizonte
fica dez passos mais longe.
Por muito que eu caminhe,
nunca a alcançarei.
Para que serve a Utopia?
Serve para isto: para caminhar.
(Eduardo Galeano, 1993)

O garantismo se apresenta como o modelo ideal, por isso utópico. Dele podemos, mais ou menos, nos aproximar; mas como a utopia, serve para nos fazer avançar.

Não se trata de nenhuma novidade afirmar que vivemos uma crise no Direito por falta de efetividade de parcela expressiva do texto constitucional, inclusive no que se refere aos direitos fundamentais, colocando em xeque a nossa proclamada democracia. Diante de tal realidade, a pergunta que não quer calar é: como trazer para a vida das pessoas os direitos já reconhecidos e positivados?

Conscientes dessa realidade e, ao mesmo tempo, do dever funcional de defesa do regime democrático cometido ao Ministério Público, tentaremos encontrar, no garantismo jurídico de Ferrajoli¹⁴⁴, instrumentos e mecanismos para a efetivação de direitos fundamentais na vida do povo brasileiro.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Conhecida é a passagem de *A era dos direitos*¹⁴⁵, em que Bobbio afirma, ao discorrer sobre o presente e o futuro dos direitos do homem, que uma vez solucionados os problemas de sua enunciação com as diversas Declarações Universais e na maioria das atuais Constituições, bem como solucionados também os problemas de sua fundamentação com o consenso de todos os homens, a grande questão que se coloca é a efetivação dos direitos proclamados.

No dizer de Bobbio, que prefacia com maestria a 1ª edição italiana de *Direito e Razão*, o modelo do garantismo tenta elevar-se:

a modelo ideal do Estado de direito, entendido não apenas como Estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado social, chamado a proteger também os direitos sociais; em segundo lugar, apresentando-o como uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e, por último, interpretando-o como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva.¹⁴⁶

Na *Quinta Parte* de sua obra *Direito e Razão*, Ferrajoli anuncia uma *Teoria Geral do Garantismo*. Para dar início à anunciada *Teoria Geral do Garantismo*, o autor informa que concebe o termo *garantismo* em três acepções diferentes, todavia, com significados conexos.

Em um primeiro significado, *garantismo* designa um *modelo normativo de direito* qual seja: um modelo de estrita legalidade, próprio de um Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como uma *técnica idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade*¹⁴⁷. Parte o autor do Direito penal, mas pretende atingir todo o Direito. Sob esta ótica, há que se distinguir sempre entre o modelo constitucional e a efetividade do

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. Cit. p. 10.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit. p. 684.

mesmo. Assim fala em “graus” de garantismo de um sistema, encontrando-se em grau maior aquele sistema constitucional que oferecer mecanismos que assegurem os direitos normativamente proclamados.

Já, em um segundo significado, *garantismo* designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade. Ferrajoli é claro na distinção que faz entre validade e efetividade, tratando-as como categorias distintas. Apresenta uma diferença entre “ser” e “dever-ser” no Direito, pondo como questão teórica central *a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas)*.¹⁴⁸

Por fim, de acordo com um terceiro significado o *garantismo* designa uma filosofia política que requer do Direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Nesta última acepção de filosofia política, o garantismo propõe uma doutrina laica de separação entre Direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever-ser” do Direito.

São elementos da teoria geral do garantismo¹⁴⁹: a) o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; b) a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; c) a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; d) a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

Ferrajoli usa a expressão *Estado de Direito*, como um governo *sub lege* ou submetido à lei. Para o autor, o poder *sub lege* de que trata é o

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 684.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 686.

entendido forte, ou estrito, ou substancial, no qual o poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas, também, os conteúdos. Para o autor, a expressão Estado de Direito deve ser reservada apenas aos Estados constitucionais, e, em particular, àqueles Estados de Constituições rígidas, como o caso da brasileira. Estados, assim, incorporam, nos níveis normativos superiores, limites de poder não apenas formais, mas, também, substanciais ao exercício de qualquer poder. Quanto à legalidade, é entendida em seu sentido estrito, ou, diz também o autor, de validade substancial, que exige que as matérias de competência e os critérios de decisão sejam legalmente preordenadas e circunscritas mediante obrigações e vedações. Neste sentido, o termo “Estado de Direito” é sinônimo de “garantismo”, pois designa um Estado não apenas legal ou regulado por leis, mas, sim, um modelo de Estado nascido com as modernas constituições e caracterizado:

a)no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes...;b)no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.¹⁵⁰

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Op. Cit. p. 688.

Das duas condições apresentadas, a primeira representa a fonte de legitimação formal e a segunda a legitimação substancial. Assim, graças à concepção destas duas fontes, não existe no Estado de Direito poderes sem regulamentação e atos de poder sem controle. Todos os poderes são limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma, mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores, afirma o doutrinador.¹⁵¹

Com precisão, afirma o autor, em seqüência, que a distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial, ou, em outros termos, entre as condições formais e as condições substanciais impostas ao válido exercício do poder, é essencial para esclarecer a natureza da relação entre democracia política e Estado de Direito.

Esta afirmação se torna clara se observarmos quais são os objetos das regras da democracia: “quem” pode e “como” se deve decidir (condições formais), e “o que” se deve e “o que não” se deve decidir (condições substanciais). Da natureza das primeiras depende o caráter politicamente democrático, ou não, do sistema político enquanto que da natureza das segundas depende o caráter de direito do Estado.

A exemplo da Constituição italiana que Ferrajoli analisa, a Constituição brasileira também contém regras dos dois tipos. Assim, ao menos teoricamente, não encontramos dificuldades de, sob a ótica garantista, de classificar nosso ordenamento como Estado democrático e como Estado de Direito. Temos, na Constituição Federal de 1988, regras claras que disciplinam as formas de soberania popular definindo “quem” decide e “como” se decide e estabelecendo para tal fim competências e procedimentos, e que se consubstanciam nas regras de democracia política. Já as regras do Estado de Direito encontram-se sobretudo, mas não unicamente, nos cinco capítulos do Título II da Carta de 1988 (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Op. cit., p. 688.

prescrevem os direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecendo “o que deve” e o “que não deve” se decidir, e assinalando para tal fim vedações legais e obrigações aos poderes do Estado. De um lado, as vedações legais de suprimir ou limitar, senão nos casos taxativamente previstos, a liberdade pessoal e a inviolabilidade de domicílio, por exemplo, e de outro, a obrigação de garantir direitos sociais como educação e saúde, por exemplo.

Lembra Ferrjoli que:

...a violação das regras do primeiro tipo é causa de inexistência ou não-vigor, enquanto aquela das regras do segundo tipo é causa de invalidade das normas produzidas; e que a característica estrutural do Estado de direito com relação ao mero Estado legal é a possível divergência entre validade e vigor, ou seja, a existência de normas vigentes mas inválidas porque conformes às regras do primeiro tipo e desconformes às do segundo.¹⁵²

De qualquer maneira o Estado de Direito sempre conviverá com uma certa ilegitimidade jurídica, tanto maior quanto maior for a distância que separa as promessas normativas das realizações do governo. Essa aporia insuprimível de todo Estado de Direito era desconhecida do Estado absolutista que desconhecia deveres e não realizava promessas.

Assim, o progresso do Estado de Direito e, em conseqüência, a democracia substancial, que nos negamos a parar de perseguir, consiste, por óbvio, bem mais que no crescimento das promessas, no desenvolvimento de garantias capazes de realizá-las.

A divergência entre promessas normativas e efetividade é a principal força oferecida aos titulares dos direitos proclamados, mas insatisfeitos, pois, à medida que tais direitos são insatisfeitos, estes cidadãos podem, graças às garantias, tirar a legitimação dos poderes, invalidando-lhes as ações e omissões, vinculando-os às prestações correspondentes.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Op. cit., p. 689.

Mas o que seria o Direito ilegítimo? Se aceitarmos a tese de que o “garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio da sua positivação no Estado de direito”¹⁵³, encontramos-nos no campo teórico do positivismo jurídico. Neste ponto, cabe uma digressão: ao elaborar sua teoria do direito, Ferrajoli afirma que norma (direito como norma - normativismo) e fato (direito como fato-realismo), bem como, normatividade e efetividade devem ser concebidas como dois pontos de vista, parciais e complementares de cada fenômeno jurídico normativo.

Cada um destes – ao menos nos ordenamentos minimamente complexos, e tipicamente naqueles próprios do Estado de direito – é ao mesmo tempo norma, relativamente aos fatos (também normativos) que ele regula, e fato (mesmo se normativo), relativamente às normas que o regulam.¹⁵⁴

Assim, “direito vigente” não coincide com “direito válido”: é vigente, ainda que inválida, uma norma efetiva que não se sujeita a todas as normas que regulam a sua produção. Nem coincide, de outra parte, com “direito efetivo”: é vigente, ainda que não efetiva, uma norma válida não obtemperada pelas normas às quais regula a produção.¹⁵⁵

Ferrajoli chama de “juspositivismo dogmático” cada orientação teórica que ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade. Para o autor, é “juspositivismo dogmático” a orientação teórica que assume como vigente apenas as normas válidas como também as orientações teóricas que assumem como vigentes apenas as normas efetivas. Afirma que:

Uma abordagem exclusivamente normativa, limitando-se à análise (o significado) das normas, permite apenas descrever o “dever ser”

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Op. cit, p. 689.

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Op. cit, p. 698.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Op. cit., p. 699.

normativos dos fenômenos jurídicos regulados, e não também o seu “ser” efetivo. Inversamente, uma abordagem exclusivamente realista, limitando-se à observação daquilo que ocorre de fato, consente apenas descrever os fenômenos jurídicos como efetivamente “são”, e não como normativamente “devam ser”. Em ambos os casos resultam favorecidos modelos unidimensionais de ciência jurídica: no primeiro caso a contemplação acrítica e edificante da imagem legal (mas desafortunadamente irreal), que, com suas normas, um sistema jurídico dá de si mesmo e a sua identificação com o “ser” do direito; no segundo caso, o registro acrítico e resignado dos seus modos de funcionamento reais (mas desafortunadamente ilegais) e a sua troca com o “dever ser” do direito.¹⁵⁶

Ferrajoli propõe uma “teoria do direito de impositação garantista” que pretende realizar a crítica do direito positivo vigente de forma externa e política, *de iure condendo*, e também de forma interna, jurídica, *de iure condito*, voltada aos seus delineamentos de não efetividade e de invalidade. O próprio autor denomina sua teoria de “positivismo crítico”. Esta orientação se reflete na forma de conceber o trabalho dos operadores do direito, e põe em questão dois dogmas sagrados do positivismo dogmático, quais sejam: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e valorativa do jurista na observação do direito positivo vigente. De forma surpreendente, o autor contesta os dogmas do positivismo Kelseniano. Diz Ferrajoli que, em um Estado de direito dotado de Constituição rígida, onde leis vigentes são passíveis de invalidade, não existe, nem mesmo para os juízes, a obrigação de aplicá-las, pois lei em vigor é apenas a lei que está expressa por um texto legislativo não anulado e que pode ser aplicada, ou não aplicada, se o juiz a considerar inválida. Assim é na Itália de Ferrajoli e, também, no caso brasileiro, em que o juiz, no caso concreto, poderá declarar qualquer ato normativo inválido em contraste com a Constituição Federal (art. 102, I,a). Por outro lado, dizer que uma norma tenha sido sempre aplicada não implica dizer que seja válida. É apenas efetiva. O segundo dogma do positivista de Kelsen,

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Op. cit., p. 699.

refere-se à postura do jurista e à função da ciência jurídica no tocante ao direito positivo. Ao contrário da teoria “pura” do Direito, que não aceita “juízos subjetivos de valor”, Ferrajoli prega como tarefa, não só civil e política, mas primeiramente científica, “do jurista valorar a validade ou invalidade das normas sob a base dos parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas a elas superiores”.¹⁵⁷

No terceiro significado ao termo garantismo, Ferrajoli designa uma doutrina filosófica e política que permite a crítica e a perda da legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento.

Ao contrário das doutrinas idealistas e realistas que vêem o Estado como um fim (ponto de vista unicamente interno do Estado) e que encarnam valores ético-políticos de característica supra-social e supra-individual, a doutrina utilitarista (através de suas várias correntes filosóficas-políticas) entende o Estado como um meio (ponto de vista externo da sociedade e das pessoas que a compõem), legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não o garante, ou pior, se ele mesmo os viola.

O direito, em geral, é concebido como um “artifício” criado pelo homem e para o homem, como seu instrumento. O que para este é *natural* não é, com rigor, o Estado ou o poder, mas as pessoas e as suas necessidades vitais; enquanto o que para este é *artificial* não é a liberdade ou a vida, mas as suas garantias jurídicas e em geral os deveres e poderes instituídos pela norma positiva para tutelá-los ou limitá-los. Direitos “ínatos” ou “naturais”, para além da metafísica jusnaturalista onde foram concebidos, significam precisamente

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Op. cit, p. 701.

direitos “pré-estatais” ou “pré-políticos”, no sentido em que não são fundados por aquela criatura que é o Estado, mas são “fundamentais” ou “fundadores” de sua razão de ser, como parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional.¹⁵⁸

Sob tal ponto de vista, não é a fonte ou a forma das normas, mas os seus conteúdos concretos que justificam ou não, politicamente, a sua produção.

Para o autor acima citado, “ponto de vista externo” ou “de baixo”, quer dizer o ponto de vista das pessoas, de todas as pessoas e de cada uma delas. Assim, o valor é a pessoa. Decorrente do “ponto de vista da pessoa” é a moderna concepção de tolerância, a qual consiste no respeito de todas as possíveis identidades pessoais. Ferrajoli chega a definir a tolerância como “a atribuição a cada pessoa do mesmo valor, enquanto a intolerância é o desvalor associado a uma pessoa qualquer em força de sua particular identidade”.¹⁵⁹ Acrescenta que o primado axiológico da pessoa como valor e o conexo princípio da tolerância formam, a seu ver, “os elementos constitutivos do moderno princípio da igualdade jurídica... o qual inclui as diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais”, fazendo, “de qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras”.¹⁶⁰

Para as pessoas o Estado existe, e a elas cabe o papel fundamental de delineamento do conteúdo substancial do Estado.

O garantismo não é apenas um modelo teórico. É, também, e neste ponto muito útil para a reflexão que se seguirá em item subsequente, um programa de ação para a transformação das práticas dos operadores jurídicos da atualidade e, em especial, do promotor de justiça, no que se refere à

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Op. cit., p. 707.

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Op. cit., p. 726.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Op.cit., p.726.

promoção da efetivação da democracia, capaz de realizar transformação social no mundo real, quando compreendida como:

fruto de uma constante tensão entre poder político—representativo, que se identifica com o Estado, e poder social-direito, que se identifica com o exercício da liberdade em função de permanente alteridade e oposição.¹⁶¹

A proposta garantista não se apresenta acrítica e não se rende a soluções falaciosas e simplistas. Lembra que não basta a força de um “poder bom” para satisfazer as funções de tutela atribuídas ao direito (falácia política), como também não é a simples presença de um “direito bom” dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, suficiente para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de distorções (falácia garantista).

Se a primeira falácia representa um vício ideológico induzido habitualmente pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valoração *a priori* do poder político na desvalorização das garantias, a segunda falácia representa uma tentação recorrentemente induzida pela mesma estrutura garantista do Estado de Direito. Acresço que o primeiro vício é mais difuso no meio político, e o segundo, entre os juristas.¹⁶²

Contra reduções simplistas e falaciosas, ensina Ferrajoli que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas e que nenhum direito fundamental pode se concretizar se não for apoiado pela luta por sua implementação, por parte de quem é seu titular, e pela solidariedade com esta, das forças políticas e sociais. Em suma, lembra que “um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada”.¹⁶³

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Op. cit., p. 757.

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Op. cit., p. 752.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Op. cit., p. 753.

É...de lutas individuais e coletivas para a sua defesa e para o seu desenvolvimento, do empenho civil e intelectual contra as carências e distorções dos poderes em todos os níveis do ordenamento-que forma a praxe do garantismo e das iguais garantias *externas*, não menos importantes do que aquelas *internas* ou jurídicas, da efetividade dos direitos fundamentais.¹⁶⁴

Dessas reflexões, podemos afirmar que a luta por um direito insatisfeito ou violado é uma luta de resistência e que esta também é o espaço para a reivindicação de novos direitos, já que podemos registrar, no primeiro capítulo, que na história da afirmação dos direitos fundamentais nunca houve um que não tivesse sido fruto de conflitos e conquistado a custa de lutas, resistências, revoluções, sofrimentos e dor.

Retomando nosso fio condutor, qual seja a defesa do regime democrático, lembramos que a democracia é um regime político que permite o dissenso interno, que oferece instrumentos para o desenvolvimento e a resolução pacífica de conflitos, permitindo, assim, constantes transformações sociais e institucionais. Assim, temos que a democracia prevê espaço para a constante luta pelo direito, ao tempo que os direitos garantem a democracia.

Concluimos, aceitando as palavras de Bobbio, em prefácio a obra de Ferrajoli, que afirma que, paradoxalmente, até o mais perfeito sistema do garantismo não pode encontrar em si mesmo sua própria garantia e exige a intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos na defesa dos direitos que, ainda que se encontrem normativamente declarados, nem sempre estão definitivamente protegidos.¹⁶⁵

Considerando a necessidade da intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos organizados da sociedade na defesa de direitos, e compreendendo que não pode defender direitos aquele que sequer conhece os direitos que possui, propomos que o Ministério Público, ao ser erigido, pela

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Op. cit., p. 753.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Op. cit., p. 10.

CF/88, a guardião do regime democrático, que para nós significa, garantia de efetividade de direitos fundamentais, fez dele co-responsável pela educação para o direito e para a democracia de cada cidadão, já que impossível a defesa de direitos das pessoas que sequer conhecem os direitos que possuem.

3.5.2. A dimensão pedagógica do Ministério Público

No ano de 2000, iniciamos curso de Mestrado em Educação, cuja conclusão se deu em 22 de março de 2002, com a defesa da dissertação perante a banca examinadora formada pelos professores doutores Marli Geralda Teixeira, Alda Pepe e Eduardo Ramalho Rabenhorst. Naquela pesquisa, que teve como tema “A função pedagógica do Ministério Público objetivando educar cidadãos para a defesa de direitos de educação de crianças e adolescentes”¹⁶⁶, estudamos a prática funcional do promotor de justiça com o intuito de torná-la cada vez mais útil na transformação social preconizada pela Constituição Federal¹⁶⁷ que afirma:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I. Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II. Garantir o desenvolvimento nacional;
- III. Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV. Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Uma sociedade assim não se constrói sem a garantia da efetividade dos direitos fundamentais na vida de cada cidadão brasileiro. Defender o regime democrático impõe a exigência de respeito a esses direitos. Ocorre que, em nosso País, é histórica a desobediência, pelo poder público, das leis e a inação da população prejudicada.

Sob a ótica garantista de Ferrajoli, o modelo constitucional brasileiro é decididamente elevado caso se considere os seus princípios constitucionais e seu catálogo de direitos fundamentais, enquanto é posto em níveis

¹⁶⁶GÓES, Maria Amélia Sampaio. **Educação e Cidadania: A Dimensão Pedagógica do Ministério Público na Guarda do Direito à Educação de Crianças e Adolescentes**. 2002. 168 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal da Bahia, 2002.

¹⁶⁷BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

baixíssimos, caso se considere a sua prática efetiva e, apesar disso, a população não os exige como se poderia esperar que o fizesse.

É exatamente essa falta de exigibilidade de direitos, de exercício de cidadania do povo brasileiro que faz com que vivamos em um regime de democracia dual de que nos falava Wefford. É democrática em seu sistema constitucional e excludente e marginalizante em sua prática. Como entendíamos que um dos caminhos para a mudança de tal realidade é a educação para a cidadania, o trabalho que se realizou procurou demonstrar que o Ministério Público Brasileiro possuía um papel pedagógico a desempenhar na mudança da cultura da não exigibilidade de direitos do povo brasileiro no caminho da efetivação dos direitos fundamentais e do regime democrático; pois, quando lhe destinou a função de guardião do regime democrático e a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, fez dele co-responsável pela formação de cidadãos, já que é impossível a defesa daquele que sequer conhece o direito que possui.

Assim, a pesquisa realizada teve como princípio/pressuposto que:

Se o Ministério Público exercer sua função pedagógica, (trabalhando com o objetivo de possibilitar a conscientização dos sujeitos quanto ao direito à educação de crianças e adolescentes), então favorecerá aos cidadãos, (de comunidades de periferia e de distritos do Município de Ilhéus), o reconhecimento e defesa daquilo que têm como direito e observância de seus deveres (que incluem, também, o de velar pelo seu direito).

Definimos como universo da pesquisa as comunidades rurais contíguas de Mamoan e Ponta da Tulha, e o Bairro periférico do Teotônio Vilela.

Todas as famílias que, à época da pesquisa, residiam nos povoados de Mamoan e Ponta da Tulha e que possuíam, dentre seus

membros, com residência no povoado, crianças e/ou adolescentes de idades entre 7 e 17 anos, constituíram-se sujeitos da pesquisa e assim foram ouvidos. Já com relação ao bairro Teotônio Vilela, deveria haver outro critério para o levantamento dos dados, levando-se em consideração o número elevado de seus moradores (cerca de 27.000 pessoas).

Assim a escolha da técnica para a definição da amostra teve que levar em conta dados históricos e sociais que condicionaram a formação desse bairro. Enquanto as comunidades rurais de Mamoan e Ponta da Tulha correspondiam a *comunidades territoriais*, a do Teotônio Vilela teve que ser definida enquanto *comunidade de interesses*. Buscou-se, dentro da comunidade territorial, um grupo preexistente que se interessasse por manter a associação que já possuíam e a colocasse à disposição de objetivos e interesses comuns de defesa de direitos de educação de crianças e de adolescentes, objeto da pesquisa.

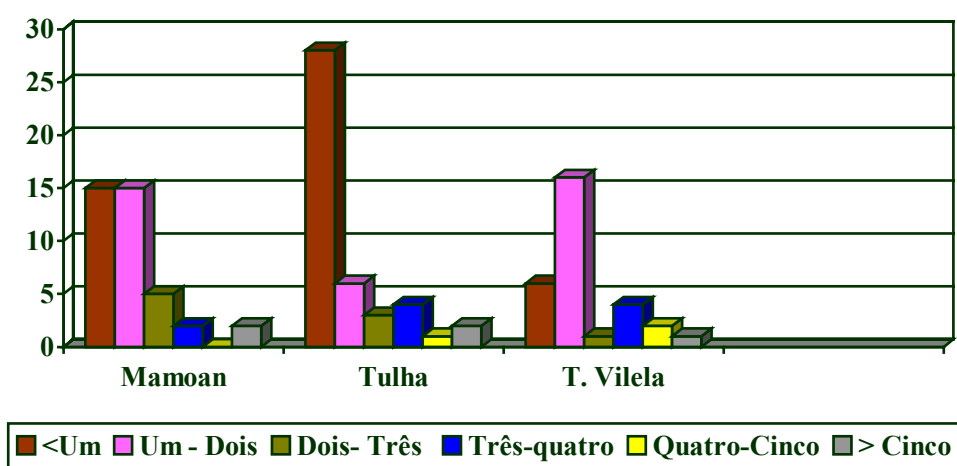
Buscamos informações sobre a existência de prováveis grupos e, após contatos com grupos organizados com trabalho no bairro, optamos pelo grupo da Escola de Artes Emília de Brito, mantido por religiosas residentes no Bairro, grupo este formado por mães e por jovens, quase todos moradoras do bairro, que desenvolvem atividades de aprendizado de várias técnicas de trabalhos manuais como fabricação de cestas de fibras vegetais, bordados, costura e pintura com a finalidade primeira de aumentar a renda familiar. Ocorre que as religiosas que coordenam esse trabalho utilizam os encontros semanais para propor discussões sobre questões que envolvam as mulheres, cidadania, além de temas espirituais.

Com o perfil desejado de residência no bairro e filhos com idades de 7 a 17 anos, encontramos e envolvemos na pesquisa 30 famílias, que passaram a compor a amostra relativa ao bairro Teotônio Vilela.

Assim, estruturamos um universo total de 230 pessoas, pertencentes a três localidades diferentes, mas que possuíam muitos traços em comum como a renda familiar inferior a 2 (dois) salários mínimos em sua grande maioria (77% do Mamoan, 77,2% da Ponta da Tulha e 73,3% do

Teotônio Vilela), sendo que 38,5% das famílias do Mamoad, 63,6% das da Ponta da Tulha e 20% daquelas pesquisadas no Teotônio Vilela viviam com uma renda familiar inferior a 1 (um) salário mínimo, conforme gráfico 1.

GRÁFICO 6 – CLASSIFICAÇÃO DOS SUJEITOS SEGUNDO A RENDA FAMILIAR



Fonte: Dados da pesquisa "A dimensão pedagógica do Ministério Público", p. 62.

Esses rendimentos provinham, preponderantemente, de atividade autônoma, 51,3% no Mamoad e 54,5% na Ponta da Tulha, enquanto que, no Teotônio Vilela, provinha, preponderantemente, do trabalho assalariado (43%3) como demonstra o gráfico de número 2.

TABELA Nº 2 – NÚMERO TOTAL DOS ENTREVISTADOS NA FASE EXPLORATÓRIA.

Responderam aos formulários	Mamoad	P. da Tulha	T. Vilela	Total
Pais/responsáveis	39	44	30	113
Criança/adolescentes	59	35	23	117

Total	98	79	53	230
--------------	-----------	-----------	-----------	------------

Fonte: Dados da pesquisa “A dimensão pedagógica do Ministério Público”, p. 107.

Sabíamos apenas que se tratavam de comunidades muito pobres e que deveriam estar vivenciando desrespeitos aos direitos de educação de suas crianças e de seus adolescentes. E mais, sabíamos que mesmo assim não os exigiam como seria de se esperar de um grupo que fosse consciente desses mesmos direitos. Apenas com a aplicação dos formulários é que pudemos verificar, com certa segurança quais eram, realmente, as carências das comunidades no que se refere ao exercício de direitos à educação de crianças e de adolescentes. Tratava-se de grupos pobres, economicamente e politicamente. Utilizamos o termo de pobreza política como concebido por Pedro Demo¹⁶⁸:

Politicamente pobre é a pessoa ou grupo que vive a condição de massa de manobra, de objeto de dominação e manipulação, de instrumento a serviço dos outros. Isso se dá na esfera do poder, onde o pobre aparece como matéria de dominação, na senzala da vida, coibido em sua autodeterminação. Uma face aguda dessa pobreza é a falta de consciência dela mesma, porque uma das condições fundamentais de superação é tomar consciência dela e partir para um projeto de autopromoção. A pobreza política extrema é aquela que é percebida como condição histórica natural e normal, onde a manipulação não somente é desapercibida, mas até mesmo desejada, porque incorporada ao ritmo da vida tida como normal.

Assim, saber se direitos à educação de crianças e adolescentes eram conhecidos; se conhecidos, eram exercidos; e, se desconhecidos ou conhecidos, não eram exercidos e o porquê da não exigibilidade dos mesmos, passou a ser a nossa primeira preocupação.

¹⁶⁸ DEMO, Pedro. **Avaliação Qualitativa**. 3. ed.- São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1991. (Coleção polêmicas do nosso tempo; v. 25), p. 22.

Dessa maneira e na fase exploratória, em conversa com cada um dos sujeitos da pesquisa, a pesquisadora informou a ele quais eram os direitos já positivados e lhe foi perguntado se já havia, ao menos, ouvido falar que tais direitos existiam. Pudemos constatar que os grupos pesquisados, com pequenas diferenças entre eles, possuíam muito mais informações sobre a existência de direitos do que os exercia. Mesmo que superficialmente, estes grupos disseram que *já haviam ouvido falar que esse direito existia em lei*.

Buscamos listar, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, e sob o enfoque estrito do conteúdo material, quais seriam os direitos à educação escolar de crianças e adolescentes conforme acima, sempre tentando adaptar a linguagem legal ao vocabulário coloquial utilizado pelos pesquisados, embora tenhamos a certeza de nem sempre termos conseguido fazer-nos entender completamente.

Assim, a cada entrevista feita, a pesquisadora informava ao pesquisado, pai/mãe ou responsável por criança ou adolescente, que estes eram direitos já positivados, ou seja, já existentes em nosso ordenamento jurídico e pedia a eles que dissessem se já haviam ouvido falar da existência daquele direito anteriormente ou se apenas, naquele momento, estavam tomando conhecimento de sua existência. Após ouvir-se sua resposta, a pesquisadora, perguntava também se o exercício daquele direito encontrava-se presente na vida de seus filhos, em sua comunidade. Por fim, indagava, para o caso de ocorrência positiva, para o exercício de direito, se o serviço posto à disposição da comunidade era de boa, regular ou ruim qualidade.

As respostas obtidas encontram-se nas tabelas 3, 4 e 5, localizadas às folhas seguintes.

TABELA 3 – CONHECIMENTO DOS SUJEITOS, DO MAMOAN, QUANTO AOS DIREITOS À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES JÁ NORMATIZADOS; DOS CONHECIDOS, OS ADQUIRIDOS E A QUALIDADE DOS DISPONIBILIZADOS.

Direitos	Conhecidos	%	Adquiridos	%	Bom	%	Regular	%	Ruim	%
Universalidade do acesso e permanência.	38	97.43	1	2.56	01	100				
Gratuidade e obrigatoriedade do	31	79.48	2	5.12	02	100				

ensino fundamental.											
Atendimento especializado.	31	79.48	00	00	00	00					
Atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos.	31	79.48	00	00	00	00					
Oferta de ensino noturno regular e adequado às condições do adolescente trabalhador.	31	79.48	00	00	00						
Atendimento no ensino fundamental através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;	32	82.05	07	17.94	05	71.4	1	14.28	1	14.28	
Direito de ser respeitado pelos educadores;	37	94.87	35	89.74	33	94.28	02	28.57	00		
Direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias superiores;	30	76.9	24	61.53	23	95.83	01	4.16	00		
Direito de organização e participação em entidades estudantis;	35	89.74	12	30.8	09	75.00	03	25	00	00	
Acesso à escola próximo à residência.	35	89.74	12	30.8	09	72.00	03	25	00	00	
CIÊNCIA DOS TITULARES DO PÁTRIO PODER DO PROCESSO PEDAGÓGICO E PARTICIPAÇÃO NA DEFINIÇÃO DA PROPOSTA EDUCACIONAL.	24	61.53	12	30.8	10	83.3	01	83.3	01	8.3	

Fonte: Dados da pesquisa "A dimensão pedagógica do Ministério Público", p. 74.

TABELA 4 –CONHECIMENTO DOS SUJEITOS, DA PONTA DA TULHA, QUANTO AOS DIREITOS À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES JÁ NORMATIZADOS; DOS CONHECIDOS, OS ADQUIRIDOS E A QUALIDADE DOS DISPONIBILIZADOS.

Direitos	Conhecidos	%	Adquiridos	%	Bom	%	Regular	%	Ruim	%
Universalidade do acesso e permanência.	44	100	28	63.63	09	32.14	10	35.71	10	35.71
Gratuidade e obrigatoriedade do ensino fundamental.	43	97.72	24	54.54	11	45.83	05	20.83	07	29.16

Atendimento especializado.	43	97.72	00	00	00	00	00	00	00	00
Atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos.	43	97.72	04	9.0	01	25	03	75	00	00
Oferta de ensino noturno regular e adequado às condições do adolescente trabalhador.	43	97.72	02	4.54	01	50	00	00	01	50
Atendimento no ensino fundamental através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;	43	97.72	15	34.09	00	00	04	26.66	11	73.33
Direito de ser respeitado pelos educadores;	43	97.72	37	84.09	32	86.48	05	13.51	00	00
Direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias superiores;	35	79.54	07	15.90	05	71.42	02	28.57	00	00
Direito de organização e participação em entidades estudantis;	39	88.63	02	4.54	01	50	01	50	00	00
Acesso à escola próximo à residência.	43	97.72	31	70.45	12	38.70	07	22.58	12	38.70
Ciência dos titulares do pátrio poder do processo pedagógico e participação na definição da proposta educacional.	43	97.72	23	52.27	19	82.60	02	8.69	02	8.69

Fonte: Dados da pesquisa "A dimensão pedagógica do Ministério Público", p. 75.

TABELA 5 - CONHECIMENTO DOS SUJEITOS, DO TEOTÔNIO VILELA, QUANTO AOS DIREITOS À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES JÁ NORMATIZADOS; DOS CONHECIDOS, OS ADQUIRIDOS E A QUALIDADE DOS DISPONIBILIZADOS.

Direitos	Conhecidos	%	Adquiridos	%	Bom	%	Regular	%	Ruim	%
Universalidade do acesso e permanência	29	96.66	24	80.0	10	41.66	10	41.66	04	16.66
Gratuidade e obrigatoriedade do ensino	30	100	26	86.6	09	34.61	14	53.84	03	11.53

fundamental.										
Atendimento especializado.	27	90	00	00.0	00	00	00	00	00	00
Atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos.	26	86.66	14	46.6	03	21.42	05	35.71	06	19.35
Oferta de ensino noturno regular e adequado às condições do adolescente trabalhador.	29	96.66	20	66.6	08	40	10	50	02	10
Atendimento no ensino fundamental através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;	23	76.66	12	40.0	06	50	05	41.6	01	8.33
Direito de ser respeitado pelos educadores;	28	93.33	21	70	15	71.42	04	19.04	02	9.52
Direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias superiores;	17	56.66	03	10.0	02	66.6	01	33.33	00	00
Direito de organização e participação em entidades estudantis;	19	63.33	07	23.3	02	28.57	04	57.14	01	14.28
Acesso à escola próximo à residência.	27	90	21	70.0	13	61.90	05	23.80	02	9.52
CIÊNCIA DOS TITULARES DO PÁTRIO PODER DO PROCESSO PEDAGÓGICO E PARTICIPAÇÃO NA DEFINIÇÃO DA PROPOSTA EDUCACIONAL.	22	73.33	11	36.6	08	72.72	01	9.09	02	18.18

Fonte: Dados da pesquisa "A dimensão pedagógica do Ministério Público", p. 76.

A próxima pergunta realizada foi: Por que alguns direitos não são adquiridos? Agrupando-se essas respostas pelo critério da predominância, conseguiu-se realizar a seguinte tabela:

Tabela 6 – POR QUE ALGUNS DIREITOS NÃO SÃO ADQUIRIDOS?

RESPOSTAS	MAMOAN %		TULHA %		VILELA %		TOTAL %	
Não sei	11	30	02	4,54	09	30	22	19,46
Falta de associação	08	20	10	22,72	07	23,34	25	22,12
Falta de informação	04	10	05	11,36	06	20	15	13,41
Falta de maior número de lideranças	02	5	01	2,27	00	00	03	2,64
Culpa da Prefeitura/Governo	10	25	22	50	05	16,66	37	32,64
Sentimento imobilizador de exclusão social	04	10	04	9,11	03	10	11	9,73
Total	39	100	44	100	30	100	113	100

Fonte: Dados da pesquisa “A dimensão pedagógica do Ministério Público”, p. 88.

Muitas das falas demonstraram que as pessoas se sentem esmagadas pela realidade, pelos fatos e dominados por eles. Encaram questões de simples opção política como fatos imutáveis, como se decisão política fosse um fato natural e não culturalmente determinada. Como diria Paulo Freire: “possuem uma crença difusa e mágica da onipotência e no poder do opressor” que os impede, sequer, de imaginar uma outra realidade que não a vivenciada. Assim, assumem uma atitude fatalista em relação à sua própria situação.

Percebe-se, também, em muitos casos, o desprezo que nutrem por si mesmos, o desvalor a que se atribuem. Paulo Freire explica tal

característica como proveniente da interiorização da opinião que os opressores expressam sobre os oprimidos¹⁶⁹.

Já a consciência crítica, onde os fatos são apreendidos e explicados por suas relações causais, pelas determinações e pelos condicionamentos, conduz a uma unidade constante entre reflexão e ação.

O caminho para a consciência crítica é o conhecimento.

O conhecimento produz a tomada de consciência, e o que transforma a tomada de consciência em conscientização é a opção pela ação transformadora.

Se a realidade de educação de uma comunidade é a ausência de cursos de ensino fundamental, realidade esta apenas compreendida como existente, e mesmo assim sentida como indesejável, após a tematização, ou seja, após tomar a própria realidade como objeto de estudo, tal realidade deixará de ser apenas sentida e poderá ser compreendida e explicada racionalmente, como nos diz Ilda Rihgi Damke, ao se referir às idéias de Freire, Fiori e Dussel¹⁷⁰.

O conhecimento mais profundo da realidade se faz presente em nossa consciência, modificando-a. A consciência modificada modifica o ser humano. O mundo exterior, a realidade, não muda pelo fato de nós a conhecermos, nós é que mudamos pelo fato de tê-la conhecido.

Neste ponto, impõe-se como decisivo o momento da opção: manter a realidade ou transformá-la. A ação transformadora é que muda a realidade, e esta ação pressupõe conscientização. Diz Paulo Freire citado por Damke:

a conscientização é isto: tomar posse da realidade”, podemos não compreender tudo o que o conceito encerra. Se tomar posse da

¹⁶⁹ FREIRE, Paulo. **Conscientização. Teoria e prática da libertação**. São Paulo: Moraes, 1980, p. 60 e seguintes.

¹⁷⁰ DAMKE, Ilda Righi, **O processo do conhecimento na pedagogia da libertação. As idéias de Freire, Fiori e Dussel**. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 62.

realidade significa apenas o desvelamento ou o olhar mais crítico possível sobre a mesma então nos situamos no nível da tomada de consciência e não no nível de conscientização. Esta não pode ser considerada autêntica se parar aí. Como o ciclo gnosiológico, que não termina na aquisição do conhecimento existente, mas se prolonga e se completa na produção do novo conhecimento, a conscientização não pára na tomada de consciência. Só a ação objetiva para transformar a realidade pode completá-la.

Se a conscientização indica o processo de inserção crítica dos seres humanos na ação transformadora da realidade, ligam-se a ela duas tarefas fundamentais: desmistificar a realidade e agir sobre ela para modificá-la. Portanto, não pode prescindir da ação, porque alcançar um conhecimento crítico da situação opressora na qual estamos inseridos nem sempre é suficiente para libertar¹⁷¹.

A conscientização é um processo, por essa razão sempre inacabada, porém sempre em expansão. A coleta dos dados na fase exploratória serviu de ponto de partida para a elaboração dos seminários.

A investigação prosseguiu em forma de Pesquisa-Ação concebida e realizada em estreita associação com uma ação para a solução de um problema coletivo, na qual pesquisador e participantes representativos da situação ou do problema, estiveram envolvidos de modo cooperativo e participativo.

Em verdade, a necessidade de realizarmos esta pesquisa nasceu de um compromisso que temos com a prática, que sabemos ser ação política desenvolvida pelo Ministério Público, quando maneja as ações judiciais necessárias à garantia de direitos.

A realidade, as necessidades prementes do povo excluído não cabem nos limites das metodologias empiristas e positivistas, já que a ausência de neutralidade, nestes casos, é um valor.

¹⁷¹ FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação**. São Paulo: Moraes, 1980, p. 102.

Reconhecemos, porém, como ensinado por Thiollent¹⁷², que há a necessidade de manter a pesquisa-ação no âmbito da pesquisa-social de caráter científico e, logo, submetê-la a uma forma de controle metodológico-epistemológico. Não uma metodologia empirista convencional que se limita a observar, medir e quantificar. Mas que, **além** disso, tenha espaço para os procedimentos de argumentação e interpretação com base na discussão coletiva.

Foi com base nos dados levantados na fase exploratória, que revelaram a realidade de efetivação de direitos de educação de crianças e de adolescentes das comunidades pesquisadas, bem como o nível de consciência dessas comunidades sobre seus direitos e de seu dever de exigência, que se montou o restante da pesquisa-ação. Como forma de continuidade do processo de mobilização social iniciado meses atrás, a realidade levantada foi apresentada para análise nos seminários que se seguiram (VER); serviram de conteúdo para a reflexão sobre a mesma (JULGAR) e, conseqüentemente, balizaram as decisões tomadas (AGIR).

Tabela nº 7 – DATA DE REALIZAÇÃO E NÚMERO DE PARTICIPANTES DE CADA SEMINÁRIO.

Seminários	Mamoan	P. Da Tulha	T. Vilela	Total
Data	26/04/2001	29/04/2001	21/05/2001	
Nº de Participantes	21	53	26	100

¹⁷² THIOLENT, Michel. **Metodologia da Pesquisa-Ação**. São Paulo: Cortez Editora, 2000. p. 98.

Fonte: Dados da pesquisa “ A dimensão pedagógica do Ministério Público”, p. 107.

Como resultado final da terceira fase de cada um dos seminários (AGIR), naturalmente foram sendo elaboradas, pelas comunidades, as propostas de ação. Essas propostas, além do valor intrínseco de cada uma delas, demonstrava a clara opção pela ação que buscasse transformar o mundo real, já que poderiam ter escolhido nada fazer.

A tabela 8 revela o acerto de se somar às duas comunidades rurais, ao menos uma urbana, dada a desconfiança de que diferentes seriam suas necessidades de educação e, em conseqüência, distintas suas reivindicações.

TABELA Nº 8 – PAUTA DE REIVINDICAÇÕES DEFINIDAS EM CADA SEMINÁRIO

COMUNIDADE	MAMOAN	P. DA TULHA	T. VILELA	TOTAL
1ª Construção de prédios escolares	®*	®		®®
2ª Transporte gratuito ou passe escolar regular, com horários próprios.	®	®		®®

3ª Merenda escolar, água potável, funcionária para a limpeza e preparação da merenda, ventiladores, material escolar e livros didáticos.	®	®		®®
4ª Reparo nas estradas para que o aluno tenha acesso à escola	®	®		®®
5ª Segurança policial na entrada e na saída dos alunos para coibir uso de drogas, assaltos e violências físicas.			®	®
6ª Ampliação do espaço das escolas para lazer e recreio.	®	®	®	®®®
7ª Construção de creches e pré-escolas.	®	®	®	®®®
8ª Reunião com o Prefeito e representantes das comunidades	®	®	®	®®®

(*) R = reivindicação

Fonte: Dados da pesquisa "A dimensão pedagógica do Ministério Público", p. 123.

Na Tabela de nº 8, verifica-se a grande diferença vivenciada pelas comunidades rurais e a comunidade urbana que fizeram parte da pesquisa.

As comunidades rurais vivenciam um estado CONCRETO de impedimento de cumprimento de sua obrigação constitucional de manter seus filhos, crianças e adolescentes, na escola, no mínimo até que concluam o ensino fundamental (de 1ª a 8ª séries).

Se não bastasse a ausência de prédios escolares, (as turmas existentes ocupam casas alugadas, pequenas e inadequadas para a finalidade), da ausência de todas as séries (não há pré-escola, no Mamoan, existem apenas da 1ª à 3ª série e, na Tulha, apenas da 1ª a 7ª série), ainda há que se driblar a dificuldade de acesso até as turmas existentes, já que

grandes são as distâncias, não há transporte escolar, os passes estudantis distribuídos pela Secretaria de Educação do Município são insuficientes e chegam sem regularidade, os horários dos ônibus não atendem às necessidades dos estudantes e as estradas passam grande parte do ano intransitáveis.

Os adolescentes trabalhadores são levados a desistir de estudar, já que não há curso regular para eles próximo de suas casas e não há transporte para que se desloquem até a escola mais próxima, à noite.

Essa realidade é que determina a 1ª, a 2ª e a 4ª reivindicação do Mamoad e da Ponta da Tulha, quais sejam: a construção de prédios escolares, transporte escolar gratuito ou passe escolar regular para ônibus de linha com horários adequados aos estudantes, reparo e conservação das estradas para que os alunos tenham acesso às escolas existentes.

Já o bairro do Teotônio Vilela não se ressentia da ausência de prédios escolares e de oferecimento de cursos do ensino fundamental e ensino médio. Suas necessidades se voltam para a qualidade desses prédios, da qualidade do ensino e se preocupam com a segurança na escola e na ida e regresso da escola.

A 3ª reivindicação das comunidades rurais denota o quão desaparelhadas estão essas escolas. As crianças e adolescentes ouvidos, ressentem-se desde o básico direito de possuir água potável para beber à vontade até o desejo de manusear um computador, como demonstra a tabela 12.

Já o desejo de se ter uma escola mais ampla e com área para a prática de esportes e lazer unifica os três grupos pesquisados, conforme demonstra a 6ª reivindicação.

A 7ª reivindicação (creches e pré-escolas) é ponto de unificação dos grupos. A necessidade de a mãe sair de casa para buscar o sustento da família ou sua complementação é realidade incontestável.

Por fim, também se unificaram em decidir que deveriam levar ao conhecimento do prefeito municipal suas reivindicações, conforme o 8º ponto.

O desenvolvimento da Pesquisa-Ação contou com ações que visavam o acatamento, pelo poder público, das reivindicações das comunidades pesquisadas. Aos seminários se seguiram: a) reunião com o prefeito; participação de comissões de cada comunidade no “Fórum compromisso com Ilhéus”; Projeto “Ministério Público vai às ruas” e Ação Civil Pública para a garantia de transporte escolar.

Já no período de avaliação, foram colhidas manifestações de alguns dos participantes. Embora outros membros do grupo tivessem expressado suas experiências, foi escolhido este depoimento por estar marcado por vivência íntima, espontaneidade, abrangência de questões tratadas e realizar um retrato com suficiente fidedignidade (não absoluta) do processo que uniu comunidades e Ministério Público na solução de problemas concretos de educação.

Eis o seu teor:

Meu nome é Almir Porto Carapiá, mais conhecido como Carapiá. Moro na Barra do Mamoan, sou motorista e viúvo, vivo com quatro dos meus quinze filhos, Airan de 21 anos, Zaira de 18 anos, Taine de 16 anos e Júlia de 15 anos, todos estudam, Airan é que sempre interrompe os estudos por causa de emprego, que deveria estar fazendo a 8ª série. As meninas só estudam. Que estudam na Ponta da Tulha.

Que não tive educação. Que hoje eu imagino como é para os outros, para meus filhos. Que há muito tempo me preocupo com isso e luto por escola. Que acho que a dificuldade que temos é desleixo dos governos municipais. Que fico feliz com cada coisa que dá certo, com cada programação que dá certo, com alguma coisa que chega. Dizem: porque você corre de graça? Eu digo: cada vitória é mais alegria, é saúde que chega para meu corpo. Que as pessoas são muito acomodadas, que ficam esperando por outro para fazer. Que como eu tenho essa natureza eu adianto para eles. Que hoje já

temos mais apoio dos moradores, até lideranças de outros povoados como o Retiro e o Oiteiro. Também temos um grupo bom de estudantes que se mexe para fazer as coisas. Que no começo foi mais difícil, mas agora com o apoio de Ministério Público o povo está muito animado. Antes a gente não tinha estímulo, não sabia o que fazer e o que era certo. Que antes o único movimento era em época eleitoral, depois tudo sumia e o povo caía na desilusão. Agora é uma alegria dos meninos de 8 e 9 anos recebendo passe de transporte para ir estudar. Antes era impossível. Que esses meninos que estão crescendo vendo reunião, conversa sobre direito, vão crescer com outra mentalidade. Que eu sempre digo para eles: quando tiver uma reunião, vocês têm que ir façam uma pergunta qualquer, participem do assunto, assim vocês vão aprender a cobrar seus direitos. Que a comunidade já tem feito coisas para adquirir seus direitos de educação. São abaixo assinados, denúncias ao Ministério Público, ida à Secretaria da Educação para reivindicar, fazendo reunião. A dificuldade é que os governantes usam o poder que têm de informação. As pessoas procuram seus direitos e eles (do governo) não informam. A população é desinformada sobre as verbas que vem para educação porque os governantes não informam. Se nós não tivesse o Ministério Público conosco nossa situação era muito pior. Não tinha conseguido nada, nada mesmo. Eles fazem mais é forçado por lei, porque sabem que o Ministério Público diz para agente nossos direitos. Eles fazem forçado. Que desde 1995 a gente tem procurado e encontrado apoio no Ministério Público no que se refere a direitos de crianças a estudo, é transporte, é material e novas turmas. Também na parte da informação, só o Ministério Público é que nos informa quais são nossos direitos. Que na época da pesquisa a gente estava em falta de muito material nas escolas, que com a pesquisa o Ministério Público ficou sabendo de nossas carências e mandou a secretaria arrumar, aí conseguimos muita coisa, o ginásio com salas de 5ª, 6ª série em 2000 e 7ª em 2001, que depois do trabalho tem é aparecido menino, que começamos com 20 meninos que precisam de escola, foi aparecendo, aparecendo, já são 90 só da Tibina para a Ponta da Tulha. Tudo porque se conseguia a escola e os vales transporte. Eram meninos que se não fosse essa luta não iriam estudar. Eram meninos que moravam pelos matos e não podiam pagar os ônibus, que quando o ônibus passava eles pediam carona, o motorista não podia dar porque podia perder o emprego, não deixava os meninos entrar, eles, revoltados, xingavam

o motorista, jogavam pedras no ônibus e corriam atrás, era muito triste para esses meninos. Agora não, é felicidade para eles tomar o ônibus porque têm os passes fornecidos gratuitamente. Muito iam até a 2ª série, porque não tinha nem a 3ª e a 4ª série. No Moman ainda não tem a 4ª série. Mas já conseguimos a 4ª série para 2002 e também para Retiro, Tibina, Oiteiro, todos da Região da Tulha. Que se conseguiu a merendeira. Que as lutas prioritárias para daqui pra frente é o transporte escolar, pelo dia e pela noite, pois tem muita gente, de adolescente trabalhador a mãe de família que não estuda por falta do transporte. Outra prioridade é a pré-escola porque o menino de 7 anos quando chega na escola, sem saber pegar no lápis não tem como acompanhar a 1ª série. Que a comunidade está consciente. Que a comunidade vai continuar a luta. Que agora fizeram um novo abaixo assinado, foram as próprias mães de família que foram tomar as assinaturas. O outro abaixo-assinado foi feito pelos estudantes sobre as estradas. Que a ida do ônibus do Ministério Público para a comunidade foi uma vitória, que muitas palestras surgiram como a responsabilidade dos rapazes com as moças, foram resolvidos muitos problemas, e a comunidade viu que alguém se importava com seus direitos. Que gostaram da palestra de meio ambiente. Que gostaram quando a promotora disse que devia colocar a autoridade responsável pelo transporte para fazer o percurso que os estudantes fazem a pé para se conscientizar que precisam de estrada.

Esse depoimento fala de ganhos, de vitórias, de crescimento e de processo. Pode-se destacar da fala acima exposta que o Ministério Público foi parceiro na luta por garantia de direitos e que concretamente, do muito perseguido, conseguiu-se o fornecimento de vales transporte, material didático e equipamento para as escolas, turmas de 5ª e 6ª série na Ponta da Tulha (para atender à região) no ano de 2000 e 7ª série em 2001, turmas de 4ª série para as localidades de Mamoan, Retiro, Tibina e Oiteiro e, ainda, merendeira para o “ginásio” da Ponta da Tulha.

O depoimento relata que esses ganhos concretos se deram por causa de ações concretas dos sujeitos, que foram articuladas de forma consciente para atingirem um determinado resultado. Fala de *programação*.

Os seminários foram fundamentais para que se traçasse uma *programação* das ações com vistas a atingir determinados resultados queridos. Outro aspecto ressaltado foi o de aparecimento de novas lideranças, *lideranças de outros povoados como o Retiro e a Tibina*. Ora, inicialmente essas comunidades não foram previstas como participantes da pesquisa-ação, mas com a mobilização das comunidades vizinhas foram atraídos e, como vivenciavam problemas de educação semelhantes, passaram, também, a reivindicar direitos seus e, realmente, em vários casos, foram atendidos pelo poder público. Pode-se ainda constatar o interesse dos próprios jovens pelo desenrolar da pesquisa, *um grupo bom de estudantes que se mexe para fazer as coisas*, e essa participação foi constatada desde a fase exploratória, onde faziam fila para responderem aos questionários; o interesse com que participavam dos seminários; a organização e presença no “Fórum Compromisso com Ilhéus” e sua frustração por não terem sido ouvidos; os questionamentos que fazem nas reuniões e a iniciativa em angariar assinaturas para reivindicações de seus interesses. Também se constatou a presença significativa *das próprias mães de família* em todos os momentos de ação. Os instrumentos de conscientização e de lutas coletivas também foram registrados: *reunião, conversa sobre direitos* (informais, no dia-a-dia da convivência), *abaixo-assinados, denúncias ao Ministério Público, ida à Secretaria da Educação para reivindicar* (em comissões), planejamento de *lutas prioritárias para daqui para frente*, porque *a comunidade está consciente, a comunidade vai continuar a luta*.

A presença do Ministério Público também influenciou o estado de ânimo dessas comunidades, resultando em significativa alteração. *Que no começo foi mais difícil, mas agora com o apoio do Ministério Público o povo está muito animado. Antes, a gente não tinha estímulo, não sabia o que fazer e o que era certo. As pessoas procuram seus direitos e eles (o governo) não informam. A população é desinformada sobre as verbas que vêm para a educação, porque os governantes não informam. Eles fazem mais é forçado por lei, porque sabem que o Ministério Público diz para a gente os nossos direitos. Eles fazem forçado. Que com a pesquisa o Ministério Público ficou sabendo de nossas carências e mandou a Secretaria arrumar, aí conseguimos*

muita coisa. Esses trechos de depoimentos falam por si só. Dizem do abandono de informações a que é relegado o povo e de como os opressores utilizam o monopólio da informação como forma de dominação. Mostra como o simples conhecimento da verdade é capaz de desencadear um processo irreversível de conscientização que se manifestará através de ações que buscam a transformação da realidade. Que, aliada à luta desenvolvida pela comunidade, a presença da figura do membro do Ministério Público dá o caráter de legitimidade que os oprimidos desconhecem por estarem se sentindo desvalorizados (sem valor) pela interiorização da opinião que os opressores expressam sobre eles.

Dos resultados extraídos da Pesquisa-Ação acima relatada, que pretendeu provar que o Ministério Público para cumprir com sua destinação constitucional de defesa de direitos de educação necessita exercer a função pedagógica de informar aos sujeitos sobre seus direitos e colaborar com sua formação no que diz respeito às competências e habilidades requeridas para a vigilância e exigência dos seus direitos. A forma de provar que tal função pedagógica tinha sido exercida era a de buscar transformações que beneficiassem a crianças e a adolescentes das comunidades participantes, no que se refere ao atendimento de suas necessidades de educação.

Assim, se entendemos competência como a capacidade que o sujeito tem em aplicar o conhecimento que possui a uma situação concreta, visando a dar provimento a uma necessidade do grupo, ou como definida por Perrenoud¹⁷³ como “sendo uma capacidade de agir eficazmente em um determinado tipo de situação, apoiada em conhecimentos, mas sem se limitar a eles”, podemos afirmar que os sujeitos adquiriram a competência para a identificação e a exigência de direitos de educação de crianças e adolescentes, tendo em vista terem alcançado transformações no mundo real com suas ações.

O que tivemos a oportunidade de realizar pode ser descrito, itemizado, como a seguir:

¹⁷³ PERRENOUD, Philippe. Trad. Bruno Charles Magne. **Construir as competências desde a escola**. Porto Alegre: Artimed Editora, 1999, p. 7.

- a) Priorizamos, na fase exploratória, levar o maior número possível de informações sobre direitos de educação de crianças e adolescentes às comunidades participantes, já que tínhamos a desconfiança de que esses direitos não eram exercidos pelos sujeitos por não serem postos à sua disposição e, mesmo assim, não eram exigidos pelos titulares desses direitos subjetivos, por não serem conhecidos. De fato, o conhecimento da existência de direitos se transformou em alavanca para o início de todo o processo de conscientização.
- b) Tanto para a comunidade participante como para a pesquisadora/membro do Ministério Público, a realização preliminar de um diagnóstico da realidade local se mostrou fundamental. Para a comunidade porque, quando da análise dos dados trabalhados, a colocou frente a frente com a sua própria realidade, vista de forma crítica e coletiva; para a pesquisadora/promotora de justiça, porque deixou claro o desrespeito a direitos positivados que não poderiam ser desrespeitados e a necessidade de interferência ministerial.
- c) A intermediação que a pesquisadora/ promotora de justiça exerceu no processo de entendimentos entre as populações pesquisadas e as autoridades (detentores do poder), facilitando a chegada das reivindicações a essas mesmas autoridades, abrindo canais de discussão antes não existentes e exercendo a fiscalização das decisões tomadas, além de participar da avaliação realizada pela comunidade de todo o processo e auto-avaliação de seu próprio desempenho, mostrou-se também pedagógica. Durante todo o processo, o poder público constituído (personificado exemplarmente pelo Sr. Prefeito Municipal) demonstrou claramente que não se interessa pela conscientização dos sujeitos. Cada movimentação da comunidade (reuniões, audiência na Prefeitura, “Fórum Compromisso com Ilhéus”, reivindicações enviadas etc.), que denotava expansão de consciência, de cidadania, de humanização, não era entendida pelo poder como a procura de tratamento igualitário, de busca da justiça, de crescimento pelo conhecimento, e, sim, como ato de subversão, que deveria ser contido, desestimulado, desqualificado, e mais, tentaram personificar as lideranças para lhes rogar a pecha de

intrometidos, desrespeitosos, irresponsáveis e inimigos, tentando, com isso, afastar as comunidades deles. Felizmente, ainda não temos ciência de terem conseguido, já que as lideranças continuam aumentando em número e em consciência.

Mas como esse Promotor de Justiça pode tornar-se um ser social, misto de Promotor de Justiça e educador?

Primeiramente, deve saber se entregar ao diálogo com as populações carentes, principalmente, e com os órgãos governamentais. Mas que tipo de diálogo? Não o dito neutro e descompromissado, mas, sim, o diálogo capaz de levar, ao promotor de Justiça, conhecimento crítico da realidade vivida e de direitos das populações, já que falar de neutralidade da educação é expressar uma vontade de mistificação. Neste sentido Gadotti adverte:

A questão da educação nunca esteve separada da questão do poder. Os que ainda insistem que a educação é uma questão técnica, na verdade estão ocultando, atrás da razão técnica, um projeto político. A educação sempre foi o prolongamento de um projeto político. É assim que a encontramos tanto em Platão quanto em Jean-Jacques Rousseau, como em John Dewey.¹⁷⁴

Diz, ainda, Gadotti, que o diálogo visa a atingir diretamente o coração das relações sociais e que a autogestão pedagógica objetiva preparar para a autogestão social. Assim, o diálogo não pode excluir o conflito, sob pena de se transformar em um diálogo ingênuo como dito por Paulo Freire. Assim, o Promotor de Justiça deve ainda estar preparado para lançar mão dos instrumentos processuais postos à sua disposição para garantir a efetivação de direitos, para também submeter o Estado ao império da lei.

¹⁷⁴ GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da Praxis**. São Paulo: Cortaz: Instituto Paulo Freire, 1998, p.22.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No momento da conclusão de um trabalho de dissertação, a sensação que nos acomete é a de que algo ainda deve ser lido, de que há umas páginas ainda a serem reescritas, que determinadas afirmações devem ainda passar pelo crivo de reflexão mais aprofundada, enfim, que não é chegado o momento do ponto final. Mas os limites impostos por prazos fixados

fazem com que digamos que, pelo menos por enquanto, o trabalho encontra-se finalizado.

Adotamos, a posição exposta por Karl Popper, que todo o conhecimento é sempre conjectural. Que o avanço do conhecimento depende, sempre, da refutação de teses generalizadamente aceitas.

Daqueles que prezam, com absoluta sinceridade, o avanço do conhecimento para servir à causa da defesa da humanidade, espera-se a honestidade intelectual e a abertura à crítica da comunidade científica.

Por essa razão, este trabalho não renderá loas às teses apresentadas como se elas houvessem sido expostas de maneira a serem aceitas como as detentoras da *verdade*, apenas exporemos, em apertada síntese, as idéias que possuímos, e que representam apenas o nosso estado intelectual atual a respeito do assunto estudado.

Lembrando o que foi dito no item 3.2, o Ministério Público brasileiro plantou muito nas décadas que vivemos sob o regime militar. Assim, em 1988 chegou a hora da colheita. Grande e definitiva colheita. É o momento de lançar novas sementes ao solo. De reinventar práticas nos planos institucionais e funcionais capazes de darem conta da defesa do regime democrático.

A pesquisa realizada entre os membros do Ministério Público de São Paulo, e que não se mostrou incapaz de ter seus resultados estendidos aos outros Ministérios Públicos, trouxe à tona dados que indicam que já há a consciência da necessidade de adaptação da estrutura orgânica e administrativa ao já não tão novo perfil constitucional, a realização de planos de atuação, o controle externo da atividade policial, a racionalização do exercício funcional e o aprimoramento da democracia interna.

Para além das transformações acima citadas, entendemos ser necessária ainda a mudança de mentalidade, tanto dos membros do Ministério

Público como de toda sociedade. Superar o positivismo dogmático, adotando uma postura garantista que, na nossa forma de compreender, se dá à luz da teoria do direito exposta por Ferrajoli, implica assumir um compromisso com a realização de determinados valores, quais sejam, os valores da democracia e os concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana. Porém, nessa luta, não deve o *parquet* estar só. Exercendo seu papel pedagógico, contribuirá com a conscientização dos sujeitos. Os sujeitos conscientes poderão passar a exigir que se cumpram as regras do jogo democrático.

Durante a redação da presente dissertação, pudemos sentir que cada passo em direção à afirmação dos direitos do homem foram marcados por lutas, sangue e a firmeza daqueles que acreditaram e que acreditam, ainda, na construção de uma sociedade de livres e iguais. Se as lutas pretéritas garantiram o reconhecimento e a positivação dos direitos humanos, chamados agora fundamentais, a luta pela concretização deles, ao menos no caso brasileiro, impõe-nos diária preocupação e cuidado. Pensamos poder lançar mão da Teoria Geral Garantista, como instrumento adequado para a defesa do regime democrático.

REFERÊNCIAS

1. LIVROS

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Trad. João Roberto Martins Filho. São Paulo: Brasiliense, 1995.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: informações e documentações: referências: elaboração**. Rio de Janeiro, 2000.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 28. ed., São Paulo: Editora Globo, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Futuro da Democracia; uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. (Coleção Pensamento Crítico, v: 63).

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compilação de Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e a Lição dos Clássicos**. Organização Miclelanger Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAMKE, Ilda Righi, **O processo do conhecimento na pedagogia da libertação. As idéias de Freire, Fiori e Dusse!**. Petrópolis: Vozes, 1995.

DEMO, Pedro. **Avaliação Qualitativa**. 3. ed.- São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1991. (Coleção polêmicas do nosso tempo; v. 25).

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FABRINI, Renato Nascimento. DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. **O MINISTÉRIO PÚBLICO NA VISÃO DE SEUS MEMBROS – Consulta sobre temas institucionais**. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREIRE, Paulo. **Conscientização. Teoria e prática da libertação**. São Paulo: Moraes, 1980.

GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da Práxis**. São Paulo: Cortaz: Instituto Paulo Freire, 1998.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: A. Amado editor-sucessor, 1979.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **O Acesso á justiça e o Ministério Público**. 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MENEZES, Aderson. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed., revista e atualizada por José Lindoso, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

PASSOS, Darcy Paulillo dos. **Livro de teses do 13º Congresso nacional do Ministério Público**. Curitiba : Editora Núcleo, 1999.

PERRENOUD, Philippe. Trad. Bruno Charles Magne. **Construir as competências desde a escola**. Porto Alegre: Artimed Editora, 1999.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. **A Democracia Liberal segundo Alexis de Tocqueville**. São Paulo: Mandarim, 1998.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

THIOLLENT, Michel. **Metodologia da Pesquisa-Ação**. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

WEFFORT, Francisco. **Qual Democracia?** São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

2. MONOGRAFIAS, DISSERTAÇÕES E TESES

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. 2000. 248 f. Tese (Doutorado em Ciência Política)- Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2000.

GÓES, Maria Amélia Sampaio. **Educação e Cidadania: A Dimensão Pedagógica do Ministério Público na Guarda do Direito à Educação de Crianças e Adolescentes**. 2002. 168 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal da Bahia, 2002.

3. ARTIGOS

MAZZILLI, Hugo Nigro. Visão crítica da formação e das funções do promotor. **Formação Jurídica/** coordenação José Renato Nalini. – 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 92.

_____. Ministério Público e a defesa do regime democrático. In VIGLIAR, José Marcelo Menezes. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coordenadores). **Ministério Público II - Democracia**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

MELO, F. J. M..O Passado Ameaça o Presente. Tocqueville e a Perspectiva da Democracia Individualista. **Revista Tempo Social**, v. 12, n. 1, p. 141 – 164, 2000.

MORAIS JR. Flávio Queiróz de. Da estrutura filosófica do Ministério Público. **Justitia – Órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo**, nº 123, p.25.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Democracia E Direitos Fundamentais. Em Torno da Noção de Estado de Direito. In: ZENAIDE, M.; DIAS, L. (Org.). **Formação em Direitos Humanos na Universidade**. João Pessoa: Editora Universitária, 2001.

4. LEGISLAÇÃO

BAHIA. Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Bahia. **Lei Complementar n. 11** de 18 de janeiro de 1996.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei Federal 8.069** de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

