

PODER JUDICIÁRIO, MINISTÉRIO PÚBLICO E A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antonio Celso Baeta Minhoto

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Professor do IMES de Teoria Geral do Direito Público.

Advogado atuante em São Paulo.

RESUMO

Os direitos fundamentais conseguiram, ao longo do tempo, um reconhecimento e uma sistematização legal de fato admiráveis. Todavia, a prática ou a tentativa de aplicação desses mesmos princípios na vida das pessoas mostra que mudanças profundas de caráter social, político e psicológico devem ocorrer a fim de que a sua aplicação eficaz possa ser constatada de fato.

ABSTRACT

The fundamental rights achieves, all long the history, a remarkable recognizing and legal sistematization on the globe. However, the *praxis* or the application attempt of this very principles on the peoples lives, shows that deeply changes in social, political and psychological areas are demands, in order to truly notice that this principles could be applied in a effective form.

I INTRODUÇÃO

O campo de estudo delineado pelo tema contempla vários aspectos da tutela dos chamados direitos fundamentais, vez que abarca tanto a parte ativa, de intervenções efetiva na esfera do Direito pelo Ministério Público, bem como a receptividade e interpretação do que seja de fato amparar os direitos fundamentais.

Cumprir notar, ademais, que o presente trabalho teve e tem o escopo assumido de trazer alguma contribuição prática para a temática em questão, tratando de não se ater a questões menores que, conquanto possam ser importantes, podem levar a um afastamento de pontos relevantes e conduzir o tema para uma certa

aridez. Ademais, veremos com maior detimento as implicações relevantes que o exercício dos direitos fundamentais enfrenta no mundo atual, e nesse campo poderemos, aí sim, analisar aspectos mais detalhados da questão em pauta.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: HISTÓRICO E CONSOLIDAÇÃO

Mostra-se como procedimento inviável, ou pelo menos temerário, proceder a uma análise dos direitos fundamentais, seja ela em que sentido ou aspecto for, sem que se insiram noções básicas no que toca à contextualização do tema na história humana moderna.

O termo moderno é apropriado porque se poderia aqui até introduzir noções do mundo antigo ligadas à temática dos direitos fundamentais mas, naquela época, não havia sistematização de tais previsões e muito menos de sua tutela, seja junto ao Poder Judiciário como hoje conhecemos, seja de qualquer outra forma de amparo prestado pelo Estado.

Muito embora se possa, academicamente, apontar-se o Código de Hamurabi como um ponto de partida para a sistematização de diversos direitos, o fato é que este rol de normas não possuía a sutileza necessária para prever e tutelar o que podemos entender, mesmo que em uma acepção extensa, como direitos fundamentais.

O mais certo seria dizer que os gregos, certamente sem perceber ou pelo menos sem ter tal consciência, lançaram as bases do futuro Estado liberal e, filosoficamente, acabaram por também lançar importantes conceitos hoje encontráveis nos direitos fundamentais, tais como igualdade e liberdade em uma abordagem cívica.

Mais à frente, uma vez dominados por Roma, os gregos findaram por emprestar ou mesmo entregar aos romanos o sistema de conhecimento que já haviam criado, incluindo aí toda sua sistemática de tutela e proteção dos direitos do ser humano, notadamente frente ao Estado, a cujo estudo se dedicaram, ainda que se utilizando de outros nomes e conceitos.

Como todos sabemos, na Roma Antiga, senão por toda a duração do império romano, ao menos por um bom período de sua existência, praticamente não se falava em direitos fundamentais – mesmo com a recepção de todo o arcabouço grego de conhecimento nesse campo –, existindo meramente uma divisão que, didaticamente, poderíamos dispor entre dois grupos:

os que têm direitos (patricios) e os que têm muito poucos direitos (plebeus), sejam esses direitos fundamentais ou não.

Nesse sentido, frise-se que somente os patricios formavam o *populus romanus*, capazes de editar textos que ou tinham a forma e conteúdo do que hoje entendemos por lei, ou tinham ao menos a força de lei. Aos plebeus restava apenas a *plebiscita*, considerada, porém, como forma anômala de fonte do Direito.¹

A queda do império romano deixou um largo período de vácuo no campo do Direito e das garantias cívicas fundamentais, especialmente pela natureza dessa queda, provocada por povos bárbaros, politicamente dispersos e com um sentido de organização estatal rigorosamente fugidio ou mesmo inexistente. Eram os primórdios da Idade Média.

Nesse passo tem-se, com poucas possibilidades de divergência, como marco inicial de texto legal que efetivamente se prestou a ser receptáculo e albergue das garantias individuais e direitos fundamentais, a Magna Carta inglesa de 1215, promulgada sob o império de João, rei da Inglaterra, duque da Normandia, senhor da Irlanda ou, como restou conhecido, simplesmente João Sem-Terra. Trata-se, assim, do primeiro documento oficial que, muito embora erigido em plena Idade Média, contém os elementos formadores de todos os outros textos legais mais modernos que lhe foram seguidores, dentro ou fora da Inglaterra.

Em apreço a um dos direitos fundamentais mais conhecidos, o artigo 40 da Carta Magna diz que “to no one will we sell, to no one will refuse or delay right or justice”, lançando aí a idéia fundamental de que todos devem ter acesso à Justiça e ao Poder Judiciário, um dos

¹ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Saraiva, p. 18.

aspectos mais relevantes da chamada igualdade de condições. Mas, outro fato histórico marcante, a Revolução Francesa, constitui-se verdadeira pedra-de-toque dos direitos fundamentais, movimento em que Robespierre, advogado francês e um dos mais destacados líderes do movimento revolucionário, declarava:

“Lutemos pela liberdade e se por isso não lutarmos, de nada valerá nossa luta, sendo melhor que voltemos à escravidão”.

Nesse mesmo sentido, importante lembrar a lição mais antiga de John Locke, que em uma de suas mais conhecidas obras dizia que “a liberdade natural do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior na Terra, e não sob a vontade ou autoridade legislativa do homem, tendo somente a lei da natureza como regra”,² pensamento que, muito embora exprima uma certa ingenuidade própria de sua época, esta sob o império do Direito natural em suas diversas formas e modos de expressão, é importante marco no ideário da doutrina sobre o tema das garantias e dos direitos fundamentais.

Como a liberdade é considerada o direito fundamental do homem por excelência, as declarações citadas merecem atenção especial. Todavia, não se pode igualmente negar reconhecimento à evidência de que, ao falarmos em direitos fundamentais, estamos nos referindo a estes de maneira sistematizada, uma vez que o homem, claro, sempre almejou de um modo ou outro a liberdade ou a igualdade porém, somente em tempos mais modernos, mais especificamente ao romper do movimento popular que desaguou na Revolução Francesa, é que os direitos fundamentais tomaram a importância

de valor intrínseco de uma nação, imortalizados, no caso francês, em um dos lemas mais conhecidos do mundo moderno: liberdade, igualdade e fraternidade.

3 NOÇÃO MODERNA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de iniciarmos análise do Ministério Público como instituição promotora e defensora dos direitos fundamentais, ou dos modernamente chamados direitos fundamentais, convém que tracemos ao menos uma noção breve de como se dá a visão humana contemporânea dos direitos que lhe parecem essenciais. É que necessário se faz entender os direitos fundamentais em si, para que depois possamos analisar com um mínimo de informações sua aplicação e, mais especificamente, a problemática de sua aplicação – portanto, de sua efetividade.

Como vimos, com o advento da Magna Carta e outros textos de cunho constitucional que a secundaram, pouca dúvida restou quanto à importância vital da Constituição de um dado país ou, em certos casos, de uma nação ou povo que, mesmo sem uma base geográfica definida – como os judeus até 1948 e os palestinos até hoje – possuía um documento fundamental, um corpo de diretrizes a serem seguidas ou pelos menos observadas. Nesse ponto, uma indagação bifurcada toma espaço: o que é um direito fundamental e como se dá seu exercício e proteção nos Estados de direito?

A primeira parte da indagação parece ser mais simples. Direito fundamental é aquele considerado por um determinado povo, por uma nação, por um grupamento humano qualquer, como essencial ao desenvolvimento e manuten-

² LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. *Os pensadores*. São Paulo: Abril, 1978, p. 43.

ção da vida civilizada tal como a conhecemos. Se quisermos ser mais léxicos na definição do tema, poderíamos dizer que é “o direito inerente à pessoa humana, válido em qualquer regime jurídico”;³ mas se quisermos introduzir definição ou, em melhor português, conceituação mais técnica em termos jurídicos, diríamos que “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.⁴ Assim, uma base comum é adotada como essencial para qualquer ser humano em qualquer situação, como o próprio direito à vida, talvez o mais evidente e incontestável dos direitos fundamentais.

Claro que se poderia invocar como exceção a essa regra tida por incontestável o enfermo em estado terminal que busca deliberadamente pôr um fim em sua própria vida e, ao menos em alguns países, é amparado. Ocorre que estamos aqui falando de direitos fundamentais no âmbito da sociedade civil e em um caráter generalizante. Algo como se disséssemos que o ser humano em *condições normais*, ou regularmente, exige o respeito e a promoção destes determinados direitos ou garantias.

Desse modo, o que constatamos, em um primeiro aspecto, é que os direitos fundamentais insculpidos nos textos constitucionais muitas vezes refogem da estrutura legislativa ordinária, em que se cria um comando e a respectiva sanção por seu descumprimento, estando tal sanção disposta na mesma norma ou em norma diversa. Daí por que se afirmar que os direitos fundamentais vêm dispostos como um conjunto de *pretensões* de um dado povo ou grupamento humano.

Se pensarmos no caso brasileiro, vemos em nossa Constituição Federal, logo no preâmbulo

do texto constitucional, a veiculação desse chamado rol de pretensões, de desejos de uma nação para si própria:

“Nós, representantes do povo brasileiro (...) destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus (...).”

Convém, agora, analisar essas disposições e outras que lhe fazem eco no mesmo texto constitucional. Com efeito, por mais otimistas que possamos ser, não parece mesmo ser prudente que acreditemos que o preâmbulo do texto constitucional teve ou tem o condão de transformar a sociedade brasileira, fazendo sumir os preconceitos e, por outro lado, trazendo a harmonia e a paz. Menos ainda faria sentido se, ao final desse texto, encontrássemos os dizeres, “sob pena de...”, uma vez que, como já dito, trata-se de inserção tópica, pretensional, até mesmo conceitual, mas acima de tudo algo que funciona como um *princípio* de desenvolvimento político-social, indicador de quais são as linhas mestras que determinam o modo de um dado povo se autogovernar em face de dados princípios.

O que na verdade se observa é que não é exigido, como se exige em um comando legislativo ordinário, que se cumpra essa ou aquela tarefa ou que se tome essa ou aquela atitude

³ Grande dicionário Larousse cultural.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 517.

sob as penas ou os rigores da lei, mas, e aí temos um elemento importante, que se *tolerem* as diferenças já existentes e que ainda possam vir a existir, a fim de que o bem maior e coletivo possa ser alcançado.

No caso brasileiro, a sociedade escolheu dados princípios – dentre estes direitos fundamentais – que entende devam ser observados, mas não impõe esta ou aquela sanção (arts. 3º e 4º da Constituição Federal), muito embora tenha o mesmo texto constitucional promovido um deliberado casuísmo no caso do preconceito racial, nominando-o expressamente de crime, e ainda inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII), situação que, todavia, não é regra e visou muito mais dar uma resposta normativa às minorias raciais do que oferecer uma solução ao problema em si mesmo.

A tolerância, porém, é mesmo a idéia-tema quando se trata de analisar, comentar e principalmente aplicar os direitos fundamentais na prática diária de uma sociedade que tenha pelo menos a intenção de ser democrática. Na verdade, podemos mesmo dizer que tal comentário vale não só para o caso brasileiro mas para a sociedade humana moderna de um modo geral, que, excepcionando as teocracias fundamentalistas islâmicas mais radicais (como, por exemplo, a guerrilha Taleban e os radicais do Hamas Palestino), interessa-se pela tolerância como forma de coexistência pacífica entre os povos.

Adotando um exemplo, não se exige, na verdade, que um brasileiro seja livre de preconceito. Qualquer um do povo pode, portanto, vir

a público e dizer solenemente “sou preconceituoso”, sem sofrer qualquer sanção, muito embora vá enfrentar problemas se completar sua frase e dizer que não suporta negros ou asiáticos, ainda que – por uma questão do tipo penal envolvido (Leis ns. 7.716/89; 8.081/90 e 9.459/97) que precisa estar presente de maneira explícita – tal manifestação tenha que forçosa e obrigatoriamente envolver *discriminação*.⁵

Mas, a idéia central dos direitos fundamentais é mesmo a tolerância, entendendo-se essa como uma atividade ou, melhor, uma postura que visa *compreender* e não simplesmente *suportar*. Tolerar, destarte, é aceitar que nenhuma razão é boa o bastante para justificar uma lesão a direitos tidos por fundamentais, além de se postar frontalmente contra qualquer forma de violência, física ou psicológica. Adotar a tolerância, pois,

“não é suportar passiva e resignadamente o erro, mas aplicar uma atitude ativa de confiança na razão ou na razoabilidade do outro, uma concepção do homem como capaz de seguir não só seus próprios interesses, mas também de considerar seu próprio interesse à luz do interesse dos outros, bem como a recusa consciente da violência como meio para obter o triunfo das próprias idéias”.⁶

Por outro lado, evidentemente que a tolerância não explica tudo e nem pode ser vista como um bálsamo ou, pior, uma panacéia que solve e resolve todos os entraves e obstáculos

⁵ Para se caracterizar a discriminação efetivamente, portanto, e tomando-se o exemplo destacado no texto, se teria que adotar uma máxima do tipo “não gosto de asiáticos e não lhes dou emprego em minha empresa por isso”. É preciso, pois, haver preconceito e discriminação na mesma conduta, sem o que, nenhuma sanção formal receberá o autor da suposta conduta preconceituosa. De todo modo, ser preconceituoso não é crime em si, não é tipo penal, mas é social e moralmente indesejável pela sociedade brasileira e isso vem disposto na Constituição Federal.

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1987, p. 207.

ligados à aplicação dos direitos fundamentais, como se, havendo tolerância em uma determinada nação, haveria forçosamente respeito e apologia formal dos direitos fundamentais. A questão é bem mais complexa, integrando outros elementos e, principalmente, outros interesses.

Prosseguindo com alguns ilustrativos exemplos, podemos destacar a acanhada ajuda internacional ao Timor Leste, cuja reconstrução – não só física, mas também e principalmente política, já que o país se encontra literalmente em pleno desgoverno, com várias facções de caráter guerrilheiro e ideologia niilista, agindo como salteadores, notadamente no interior – vem a passos lentos e com injeções de recursos econômicos igualmente tímida, pelo fato de que este país, em oposição ao Kuwait e sua Guerra do Golfo de 1990 (reeditada em 2003 com razões pouco dessemelhantes de 12 ou 13 anos atrás), não exhibe qualquer atrativo mercadológico financeiro à comunidade mundial, especialmente EUA e União Européia.

A manutenção ou promoção dos direitos fundamentais pode enfrentar barreiras até mesmo naturais, como a disponibilidade de água ou terras agricultáveis a povos limítrofes que ocupam um espaço geográfico comum ou próximo. Isso é particularmente preocupante quando pensamos na Ásia, uma vez que lá está mais de 1/3 da população mundial (só Índia e China, somadas, ultrapassam 2 bilhões de habitantes).⁷ Portanto, em condições de disputa por necessidades básicas de sobrevivência, a satisfação de direitos fundamentais e toda a sua nobreza

certamente ocupam espaço mínimo e secundário, mesmo em sociedades bastante desenvolvidas.

Todavia, e sem embargo desses comentários, é de se ver que a natureza desse trabalho não permite uma análise sociológica ampla o bastante para abarcar todos os aspectos atinentes ao tema dos direitos fundamentais, daí por que a escolha deliberada da tolerância como base de discussão possível e importante no que toca à efetividade desses mesmos direitos. A tolerância serve aqui quase que como um palco em que os atores componentes do universo social em sua conotação mais abrangente se inter-relacionarão.

Não se presta este estudo, ante o que já se afirmou, todavia, à tentação de romantismos ou ingenuidades, forçando-nos a ver, inclusive, que a aplicação da tolerância certamente “pode abrigar a afirmação e o reconhecimento do outro, desde que ele permaneça em condição subalterna e não colida com o núcleo central das identidades sociopolíticas, como prega a perversidade relativista e diferencialista” mas, por outro lado, essa mesma tolerância pode “significar abertura para novas conexões, estilos societários e processos de transformação cultural”⁸ e é nesse último aspecto que ela aqui toma espaço analítico.

A presente digressão sobre os caracteres intrínsecos dos direitos fundamentais e principalmente a idéia ora em exposição, a da tolerância, são fundamentais para que se entenda o que vem a seguir ou no passo seguinte desse trabalho, ou seja, a efetividade dos direitos fun-

⁷ A esse respeito, ver KAPLAN, Robert D. *À beira da anarquia: destruindo os sonhos da era pós-guerra fria*. São Paulo: Futura, 2000, que à p. 71 faz o seguinte comentário: “À medida que a irrigação se intensifica na bacia do rio Indo para servir a duas populações em crescimento, o conflito hindu-muçulmano sobre os decrescentes lençóis freáticos poderá ser inevitável”.

⁸ Ambos os trechos mencionados são de CARVALHO, Edgard de Assis. *Mal-estar civilizatório e ética da compreensão, em Violência e mal-estar na sociedade*, *Revista Perspectiva*, São Paulo: Fundação Seade, n. 3, v. 13, jul./set. 1999.

damentais, e isso por que, sem a análise presente, não se entenderá de modo algum as razões que levam os direitos fundamentais a serem ou não respeitados e/ou aplicados. Sem esse estudo preambular, haveria algo com tons de equação sem solução, algo como: os direitos fundamentais são reconhecidos por todos – ao menos todos de uma dada nação – e, paradoxalmente, sua efetividade é bastante frágil e de difícil aplicação.

A utilidade justifica-se também para que se analise, com um mínimo de isenção, o verdadeiro papel dos mecanismos de defesa e promoção dos direitos fundamentais, dentre eles o Ministério Público e o Poder Judiciário, evitando-se juízos de valor apressado e críticas desprovidas de maior profundidade.

No próximo tópico, veremos alguns delineamentos do Ministério Público enquanto instituição, seu surgimento e desenvolvimento ao longo da história e seu papel nos Estados democráticos modernos.

4 SURGIMENTO, CONSOLIDAÇÃO E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Se o trato do surgimento do Direito sistematizado, tal como conhecemos hoje, ou mesmo do Estado ou, ainda, do Poder Judiciário, mostra-se como razoavelmente tranqüilo e cauda-

loso em termos de trabalhos que versem sobre tais temas, situação diversa é a referente ao surgimento e consolidação do Ministério Público como instituição de Direito, como hoje o conhecemos. Na verdade, não é o escopo desse trabalho esmiuçar a natureza política, sociológica, filosófica e até psicológica⁹ do Ministério Público de forma exaustiva, mas tão-somente delinear alguns pontos importantes e característicos para que possamos enfrentar o capítulo seguinte e ali vislumbrarmos as dificuldades de existência e aplicação dos direitos fundamentais.

Assim, há doutrinadores que defendem uma vetusta aparição do Ministério Público como instituição, indicando que já no Egito antigo, há mais de 4.000 anos, “teria existido a figura do ‘magiaí’ – procurador-do-rei – que agia na esfera da repressão penal, tendo ainda por funções castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, formalizar acusações e participar das instruções probatórias”.¹⁰ Outros, ainda, afirmam que só se pode falar em Ministério Público a partir da Grécia e Roma antigas, esta última na figura dos *praefectus urbis* e dos *procuratores caesaris*, estando aí os precursores no que toca às funções que hoje temos como modernas do Ministério Público.

Mas, a corrente doutrinária majoritária se inclina por uma postura mais técnica, mais ligada à positivação efetiva, fixando, assim, como embrião da idéia moderna do que seja o Minis-

⁹ A respeito do caráter afetivo e emocional da nação e do Ministério Público, este último como item componente dessa nação – anterior ao surgimento do próprio Estado – ver as obras de MOREIRA, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974; SIMAS, Henrique de Carvalho. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, especialmente p. 16 e MACHADO, Nilton José. O interesse público como determinante da intervenção do Ministério Público na ação, em *Teses do V Congresso do Ministério Público*. Recife: Mousinho, 1977; sendo que o primeiro declara, à p. 2, que “uma nação é uma alma, um princípio espiritual” e o último, especificamente em relação ao Ministério Público, à p. 620, diz não ter dúvida que “o Ministério Público antecede à instituição jurídica da Nação, ou seja, o Estado”.

¹⁰ GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia*. São Paulo: De Direito, 1998, p. 70.

tério Público, o século XIII, mais especificamente em 1269, com a consolidação dos Estatutos de São Luís e, como sacramentação definitiva do instituto, a própria Revolução Francesa, cuja assembleia Nacional Constituinte procedeu a uma ampla reforma política, definindo o Ministério Público como agente do Poder Executivo.¹¹

Trazendo a parte histórica para o caso brasileiro e, ao mesmo tempo, dando-lhe um fecho inicial, vemos que no Brasil imperaram por longo período as Ordenações Afonsinas (1456), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), as últimas servindo como norte jurídico-legal, inclusive, após a Independência de 1822, especialmente ante o silêncio da Constituição Federal de 1824 sobre o Ministério Público.¹² A partir da Proclamação da República em 1889, o Ministério Público alternou participações democráticas e não democráticas nas sucessivas cartas constitucionais, já desde a primeira do período republicano em 1891.

Pouco antes da Constituição de 1891, em 1890, o Decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890, é tido como o primeiro documento legislativo moderno – especialmente da época republicana – que expressamente consagrou “(...) o Ministério Público como instituição autônoma, atribuindo-lhe as funções de fiscalização da execução das leis, interesses gerais, assistência aos mendigos, alienados e asilados, assistência dos sentenciados e” – ponto importante nos tempos atuais – “a promoção da ação

pública contra todas as violações de direito”.¹³

Mas, paradoxalmente, a Constituição Federal de 1891 silenciou sobre a instituição,¹⁴ limitando-se a prever a figura do procurador-geral da República, que, nada obstante, era escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal Federal. Já a Constituição de 1934, na qual a instituição em análise ganhou destaque especial, com previsões normativas distintas em face dos poderes do Estado (Legislativo, Judiciário e Executivo), conferiu estabilidade na carreira e regulamentou o ingresso na carreira por concurso público e, de um modo geral, contemplou amplo espírito de independência e autonomia aos seus membros.¹⁵

Como todos sabemos, a Constituição Federal de 1934 teve vida curta e a sua substituta, a Carta de 1937, erigida com o propósito expresso de subsidiar os desideratos do Estado Novo de Vargas, não podia outra coisa fazer a não ser apresentar um forte retrocesso no que toca ao Ministério Público, prevendo, inclusive, que “o procurador-geral funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República”, o que mostra bem o intuito limitador do texto, o que, convenha-se, não podia mesmo de outra forma ser se rememorarmos os objetivos de Vargas.

A carta de 1946, criada no clima eufórico da queda de Vargas, retomou as disposições auspiciosas do texto maior de 1934 e, inclusive,

¹¹ Cf. GOULART, *op. cit.*, p. 73-75.

¹² Neste mesmo sentido, mas com o tema sendo tratado com mais extensão, CAMPOS, Benedicto de. *O Ministério Público e o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1976, p. 12-14.

¹³ MARQUES, *Tratado de direito processual penal*, v. II, p. 257-259, *apud* GOULART, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴ O silêncio citado é particularmente paradoxal, uma vez que o próprio Ministro da Justiça de então, futuro Presidente da República, Campos Salles, disse expressamente, ainda em 1890, na exposição de motivos do Decreto n. 848, que “o Ministério Público é instituição necessária em toda organização democrática, e imposta pelas boas normas de Justiça”, *apud* AYRES, Venâncio. *O MP e a extensão de sua fiscalização no processo civil*, *op. cit.*, p. 610.

¹⁵ Cf. GOULART, *op. cit.*, p. 79-80.

elevou alguns princípios institucionais à categoria de princípios constitucionais, como:

- a) ingresso na carreira mediante concurso público;
- b) estabilidade após 2 anos de exercício no cargo;
- c) inamovibilidade; e
- d) criação do sistema de promoção e entrância.¹⁶

A Constituição Federal de 1967, promulgada em pleno Regime Militar e, claro, criada com o nítido escopo de legitimar as ações dos militares então no poder, seguiu como em uma cartilha os passos da Carta Magna de 1937, colocando, assim, o Ministério Público ao lado do Poder Judiciário (capítulo VIII, seção IX), rompendo com a idéia de independência até então vigente. Ainda que se possa lamentar, não se pode negar a coerência dos militares que, por volta de 1969, já governando o país na base de atos institucionais (em 1969 já estávamos no de n. 16), só podiam mesmo restringir a atuação do Ministério Público e isso por motivos bas-

tante semelhantes aos de Vargas em 1937, com a diferença de que Vargas era sozinho, portanto, um tirano, ou caudilho como preferem alguns, e os militares criaram um sistema de opressão e ausência de democracia, ou seja, uma ditadura.

Chegamos, enfim, à Carta Constitucional de 1988 que, muito embora sofra críticas em diversos aspectos, no que tange ao Ministério Público não exhibe maiores lacunas ou pontos a serem modificados. A instituição em tela foi ali amplamente legislada, contemplando-se sua independência, sua autonomia, suas funções e sua essencialidade à manutenção do estado de direito e à promoção da Justiça (art. 127 e §§ c/c 129). Foi extinta a possibilidade de demissão sumária do procurador-geral pelo Presidente da República (art. 128, § 2º) e criada a proposta orçamentária do Ministério Público a partir de sua exclusiva manifestação (art. 127, § 3º).

Finalizando este ponto, tem-se ainda a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), que organiza a carreira do promotor e estabelece algumas outras atribuições de forma elencada (art. 3º).¹⁷

¹⁶ Todo esse avanço, porém, não evitou a preservação de situações que comprometiam a independência do Ministério Público, especialmente a possibilidade de demissão *ad nutum* do procurador-geral pelo Presidente da República, cf. GOULART, *op. cit.*, p. 82.

¹⁷ Para nos colocarmos de forma mais didática, antes de enfrentarmos as questões ligadas à atuação do Ministério Público à frente de sua tarefa na defesa dos direitos fundamentais, abordemos de forma arrolada as atribuições do chamado *Parquet*, notadamente à luz da Constituição Federal. Tal atuação se dará no seguinte âmbito, cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: APMP – Série Cadernos Informativos, 1995, p. 9-15: a) Ação Penal Pública: é, talvez, a atividade mais conhecida do Ministério Público ou, pelo menos, a que mais se coloca em evidência; b) Defensor do povo: aqui assenta um dos pontos de maior destaque da atuação da instituição em foco, quando se pensa em direitos humanos e direitos fundamentais, como, p. ex., fiscalização de vagas em escolas públicas e condições humanas de presidiários, dentre outras; c) Promoção do inquérito civil e ação civil pública; d) Ação de inconstitucionalidade e representação interventiva: a primeira (AI), só pode ser proposta pelo procurador-geral da República ou, nos Estados-membros, pelo procurador-geral de Justiça, diretamente nos tribunais (arts. 129, IV e 103, VI da Constituição Federal). A representação interventiva pode se dar por solicitação do poder coacto ou após requisição de tribunal (arts. 35, IV; 36, I/IV e 84, todos da Constituição Federal); e) Defesa das populações indígenas; f) Controle externo da atividade policial; g) Representação da Fazenda Pública: tal possibilidade vem prevista no artigo 29, § 5º, das ADCT, e muito embora tenha sido a representação da Fazenda Pública a causa mesmo do surgimento do Ministério Público como instituição (Opinião de Antonio Araldo Ferraz del Pozzo, *apud* MAZZILLI, *op. cit.*, p. 13), o fato é que essa mesma instituição é um órgão de defesa do cidadão e, portanto, apresenta-se incompatível o exercício pelo Ministério Público da advocacia da Fazenda.

Como acima se viu, na parte formal, legal e jurídica, a atuação do Ministério Público não exhibe maiores dificuldades mas, da aplicação dessas previsões – e de algumas outras, como veremos – não se pode dizer o mesmo. Isso é que trataremos a seguir, abrindo espaço também para as questões que circundam o Poder Judiciário.

5 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de analisarmos o Poder Judiciário e o Ministério Público no exercício de suas funções em defesa dos direitos fundamentais, convém deitar olhos sobre a situação mundial atual no que se refere, especialmente, à democracia como expressão da doutrina liberal e suas implicações no que concerne à efetividade de tais direitos. Isso também se justifica porque não há como falar em direitos fundamentais sem falarmos em democracia, sendo esta o verdadeiro alicerce daqueles, ao menos na visão preponderante de mundo com a qual deparamos hoje.

Falar em democracia moderna significa falar em Estado liberal e liberalismo, e, também, ver-se obrigado a fazer uma ligação forçada entre estes elementos e o progresso civilizatório. A democracia é, ao menos no receituário liberal, irmã do progresso, ou vice-versa. Justamente por isso, ações interventivas externas como as realizadas no Haiti, na Somália ou na Bósnia, todas pelos EUA, foram – ainda são e certamen-

te ainda o serão por algum tempo – escoradas na idéia de promoção da civilização através da preservação da democracia e, nessa esteira, como meio de defesa dos direitos fundamentais do homem e, por fim, como componente fundamental, espécie de *sine qua non*, algo que redundaria forçosamente no progresso. Como se pudéssemos confeccionar um adágio: *sem democracia não há progresso*.

Contudo, e tendo-se em vista que, como dizia Heródoto, *a história ensina com dureza*, o fato é que a perspectiva histórica mostra que a defesa dos direitos fundamentais do homem, como pináculos da democracia moderna, sempre apresentou resultados discutíveis, ao menos pela forma como se deu. Em outras palavras, a democracia não é tão simples como parecia ser ou como supõe o ideário liberal.

A democracia sempre foi vista, modernamente, como o jogo de composição dos conflitos, residindo aí, como muitos doutrinadores asseveram, a energia de sua própria existência e até mesmo sua razão de ser, muito embora traga também o germe potencial de sua destruição.¹⁸

E o que garante o jogo democrático na sociedade? A certeza de cada um de seus componentes manifestos ou manifestados de que sua vontade, de que suas idéias, de que seus anseios e de que suas pretensões serão ouvidos e, havendo razoabilidade, serão acatados, muito embora isso possa se dar muito mais em torno de interesses do que de idéias.¹⁹

¹⁸ FARIAS, José Eduardo Campos de Oliveira. *Retórica política e ideologia democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal*, Tese de livre-docência apresentada no Depto. de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, São Paulo, 1982. Nesta obra, na p. 325, diz o autor em tela acerca do conflito social em uma sociedade democrática: “o conflito se transforma numa inesgotável fonte de energia do sistema social, provocando sua destruição, quando não controlado, ou sua transformação, quando canalizado pela efetividade de determinadas regras formais de procedimento”.

¹⁹ Cf. SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Madri: Tecnos, 1996, p. 5-6: “o que qualifica a democracia não é a pluralidade de forças, obtendo-se na diversidade o consenso, mas sim a homogeneidade de interesses” e, prosseguindo, o autor alinhava de forma até mesmo surpreendente que “poderia haver democracia sem liberdade e representação sem eleição”, para logo depois arrematar dizendo “haver pouca utilidade na discussão pública”, o que pode ser um tanto quanto árido, mas, ao menos, denota uma visão bastante peculiar e lúcida do tema.

“A democracia, pois, só será um argumento legitimador da vida pública se a própria formação, desempenho e manifestação ideológica de cada ator político for garantida.”²⁰

Ocorre que essa garantia seria, segundo pugnado pelo Estado liberal moderno, dada pelo próprio jogo do liberalismo, pelo próprio *laissez faire* social que, ao revés do que muitos crêem, não está sepultado e nem moribundo, mas apenas com roupagem nova no século XXI – vide o *new labour* inglês versão 2001 (com Tony Blair arrebanhando mais um mandato de forma inapelável) e os regimes neoliberais do Terceiro Mundo (“tigres” asiáticos e América Latina).

Surge, pois, uma questão: a democracia é mesmo o sistema ideal para todos os povos? Lições recentes e outras nem tanto parecem lançar dúvidas consideráveis a tal indagação. Os exemplos são bastante variados.²¹

Na verdade, os regimes de Lee em Cingapura e Qureshi no Paquistão, para citar apenas alguns, dão sentido a um pensamento que pode até ser criticado, mas mostra-se realista o bastante para merecer atenção, traduzível em *o que é bom para os homens de negócio frequentemente é bom para o cidadão médio*. E isso causa maior espécie quando se insere outro dado: para gozar as benesses trazidas pelo progresso material, freqüente e regularmente se observa que as pessoas comuns estão dispostas a sacrificar certas liberdades cívicas e individuais, fato que demonstra ser o ser humano mais obediente e menos combativo do que ele próprio deseja admitir.²²

Mas, exatamente por que, em um trabalho que visa tratar da efetividade dos direitos fundamentais, se introduz noções como a validade da democracia e o servilismo inato no homem? Justamente para que a questão não permaneça na superfície do tema, dando azo para que se

²⁰ FARIAS, *op. cit.*, p. 326;

²¹ O Paquistão, que em 1993 experimentou sensível progresso e tranquilidade sob o comando do primeiro-ministro Moin Qureshi – este nomeado pelo presidente e apoiado por militares, portanto sem qualquer participação popular –, viu esse mesmo progresso quase virar pó nas mãos de Benazir Bhutto, uma mulher tida por moderna e progressista, eleita democraticamente pelo povo que, nada obstante, levou a situação ao extremo de ensejar sua própria deposição pelo mesmo presidente; Cingapura, país que é adotado como modelo e citado como exemplo de progresso e superação da crise cambial mundial de 1999, prosperou em um regime neoliberal agressivo implantado por Lee Kuan Yew, com total desrespeito aos direitos trabalhistas (turnos de 14 a 16 horas de trabalho e 3 dias de férias por ano) bem como ausência total de eleições democráticas há alguns anos; a África, cujo continente foi devidamente esquadrihado pela Europa nos séculos XIX e XX seguindo os interesses dos europeus, como, aliás, parece ser óbvio, nos exibe demonstrações cabais de que a democracia não é para todos e isso não é e nem pode ser motivo de lamento. Para situarmos dois exemplos recentes, podemos citar a África do Sul, conhecida e até afamada democracia, destacada sempre como exemplo e a ser seguido pelo continente africano que, nada obstante tal situação, vem se tornando um dos lugares mais violentos do mundo (6 vezes mais assassinatos que a Rússia) com 10 seguranças particulares para cada policial. A Rússia se cindiu no início dos anos 90 do século passado e assim o fez em nome da democracia que lhe batia às portas. Dizia-se que os *ventos da liberdade* ali haviam soprado. Pois bem, a Rússia, como maior república soviética, enfrenta tensões sociais grandiosas na atualidade, com grupos mafiosos ocupando os espaços que antes pertenciam ao colossal Estado russo, dificuldades para equacionar suas finanças e, de um modo geral, se vê como que aturdida com a imposição, que alguns dizem ser histórica, de inserção no mundo capitalista. A *Perestroika* de Gorbachov e uma seqüência de governos democráticos parecem não ter conseguido debelar as dificuldades mencionadas. Todos os exemplos foram retirados de KAPLAN, Robert D. *op. cit.*, p. 43-150.

²² CARVALHO, *op. cit.*, p. 26, afirma, sobre o tema em análise, “ser o homem mais galinha (...), ciscando aqui e ali sua razão cotidiana, do que águia, que voa para o infinito indeterminado até confundir-se com o azul do firmamento”; KAPLAN, *op. cit.*, p. 111, vai no mesmo sentido, dizendo que “bens materiais não apenas direcionam o foco das pessoas para vida privada e o afastam da vida em sociedade, mas também encorajam a docilidade. Quanto mais bens se tem, mais acordos se fará para protegê-los”.

adote colocações panfletárias ou “estimulantes” que, sem embargo sejam recorrentes na literatura técnica, nada respondem quanto ao cerne da problemática dos direitos fundamentais, infinitamente mais complexa que o inegável esforço para se acomodar interesses e erigir textos legais ou que façam as vezes de leis, visando garantir esses mesmos direitos.

Portanto, quando se pensa em efetividade dos direitos fundamentais, Ministério Público e Poder Judiciário, logo se imagina que mecanismos serão criados ou o que será defendido e de que modo, mas pouco se questiona sobre o substrato que dá suporte à própria existência desses mesmos direitos, ou seja, a vontade do homem no sentido de ser sujeito de direitos. Como dificilmente pode-se imaginar uma atuação livre e autônoma do Ministério Público e do Poder Judiciário em regimes não democráticos, tem-se o dilema acerca da própria fundamentalidade dos direitos fundamentais, já que são postos de lado por interesses outros que, como vimos, podem ser perfeitamente defensáveis, como conforto e bem-estar material.

O que se colocou é especialmente importante para o Ministério Público, e isto porque grassa entre os membros dessa instituição a idéia de que o Ministério Público não possui uma natureza jurídica, mas é anterior ou mesmo superior a ela, ou mesmo anterior ao Estado, como algo nascido junto com a nação, com o povo em si mesmo. Adotar uma idéia de Ministério Público inerente ao homem pode ser, sem em-

bargo de outros potenciais incômodos, postura até mesmo perigosa, uma vez que se tem como natural e, portanto, auto-executável, uma defesa dos valores fundamentais do homem civilizado, depositando-se excessivas expectativas na instituição que, por fim, também é mero instrumental e não um fim em si mesmo.

Portanto, ao lado das discordâncias técnicas que fortemente se impõem a tal visão,²³ temos ainda todo o bojo crítico até aqui argüido, informando que o próprio homem está disposto, e por vezes bastante disposto, a abrir mão do que é dito e visto como fundamental mas que, na prática, não se mostra com tal fundamentalidade, como se viu. Parece que, por mais que queiramos nos distanciar, o fato é que Thomas Hobbes continua atual e, com sua visão crua, nos diz que “antes que o justo e o injusto possam acontecer, deverá existir algum poder coercitivo”,²⁴ como nos alertando para nossa própria natureza volúvel, esta uma defensora dedicada de nossos interesses pessoais e quase sempre pequenos, em detrimento de outros, ao menos supostamente coletivos ou sociais.

É preciso, pois, admitir que a criação de sistemas, de procedimentos e de leis não é suficiente para o exercício dos direitos fundamentais, sendo que estes já existem em perfeita consagração em nosso sistema jurídico. Não vivemos, no Brasil, em um regime de exceção ou autoritário. Muito ao contrário, pode-se até criticar alguns excessos democráticos, como a leniência com a invasão de prédios públicos ou propriedades rurais produtivas.

²³ O artigo 1º da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público), diz, de forma expressa: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (...)”. Jurisdição, por seu turno, significa, em estreita acepção, *poder de dizer o direito*, o que levanta sérias dúvidas sobre o nascimento simultâneo, como irmãos gêmeos, de Ministério Público e da nação que, como sabemos, prescinde do Estado para existir. A tese em foco, todavia, é defendida por doutrinadores de peso como Hugo Nigro Mazzilli, Antonio Araldo del Pozzo, Diogo de Figueiredo Moreira, Henrique de Carvalho Simas e Nilton José Machado, para citar alguns.

²⁴ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. São Paulo: Abril, 1978, p. 283.

Não obstante, a ofensa aos direitos fundamentais é diuturna, inegável, regular e permanente.

Por questão de didática, convém eleger alguns direitos fundamentais para que se comente sobre sua aplicação, problemática e efetividade no caso brasileiro, até porque os direitos fundamentais possuem linhas comuns em que a análise de um deles alcança a dos outros.

5.1 Direito à Prestação Jurisdicional ou Direito ao Devido Processo Legal

Um dos direitos fundamentais do homem é ser julgado por um tribunal regular e legalmente constituído, com direito à ampla defesa e ao contraditório. Isso, na verdade, inspirou a Constituição Federal de 1988 e não dela se originou, sendo garantia já prevista na Declaração de Direitos do Homem.²⁵

Art. 10. Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações, ou para a defesa de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal.

Ocorre que esse direito está garantido, possui *status* constitucional, mas sua aplicação é tormentosa e isso por questões variadas, dentre as quais a mais comum a ser nominada é a falta

de estrutura do Poder Judiciário. Claro está, porém, que tal falha, por si só, não explica a deficiência da prestação jurisdicional. Na verdade, tornou-se lugar-comum criticar o Judiciário,²⁶ seja pela pré-citada estrutura deficiente, seja por sua lentidão, mas itens como formação dos juízes, cultura popular (visão do Judiciário pela população) e estrutura normativa são deixados de lado.

Assim, a lentidão, por exemplo, por si mesma nada responde de efetivo. A questão é o que ela traz consigo e esse butim é, inegavelmente, caótico.

Há não muito tempo, em 1987, o VIII Congresso Mundial de Direito Processual emitiu, por ocasião da finalização dos debates, uma carta de intenções e nesta fez constar, resumidamente, três itens: assegurar direito pleno de ação; manutenção e promoção de medidas que possibilitem a tutela efetiva dos direitos; e por fim e textualmente, “solução razoavelmente rápida do litígio por órgão independente e mediante correta aplicação do direito”.²⁷

De fato, a situação já alcança um tal grau de atravancamento da prestação jurisdicional, que já se inicia a colher os reais frutos malignos da lentidão judicial e um desses frutos é certamente a perda da efetividade do processo, a um tal ponto que o Estado determina um certo comando através do Magistrado mas, dada a existência de recursos processuais, aliada à mentalidade enciclopédica do próprio Poder Judiciário e de seus membros e, ainda, a inegável falta de

²⁵ Também a Magna Carta, em seu artigo 39, já trazia disposição assemelhada.

²⁶ Neste sentido, respeitado mestre constitucionalista afirma que “dos órgãos de soberania que compõem o poder do Estado, o mais vulnerável, o mais exposto às vicissitudes e fraquezas da organização política, o mais sujeito a reparos, nem sempre justos, é, por sem dúvida, o Poder Judiciário”. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 73.

²⁷ Cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia de cidadania, em *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 72-79.

estrutura e recursos destinados a esse poder, o que se vê é que o comando estatal cai no vazio, torna-se letra morta que não alcança o fim colimado, qual seja, solucionar a lide.²⁸

Evidentemente, a lentidão alcança também o Ministério Público, que é obrigado a suportar, tal qual o cidadão comum, as mesmas vicissitudes indicadas, além das suas próprias, peculiares.

Há que se destacar, também, a questão da cultura jurídica brasileira, que foi toda erigida sobre pilares como o amplo direito a recurso (muito mais que o “simples” direito de defesa ou respeito ao devido processo legal) e na própria idéia popular de que *processo rápido é processo mal julgado*, como já comentou Moreira Alves, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

A parte estrutural é outro ponto de estranhamento nesse processo. No Brasil tem-se 1 magistrado para cada 25.000 habitantes, em oposição, para efeitos comparativos, à Alemanha, que possui uma relação de 1 magistrado para cada 3.000 habitantes. Há mais nesse campo, porém. Muito embora se tenha, de fato, conseguido modernizar o Poder Judiciário, com possibilidade de envio de petições por *e-mail* ou *fax* e adquirir

andamento de ações judiciais via Internet ou mesmo computadores instalados nos saguões dos fóruns, o fato é que não só essa estrutura ainda permanece aquém do necessário, mas a própria estrutura de nosso Direito, notoriamente formalista, colabora com esse estado de coisas.

Outro ponto que freqüentemente é deixado de lado é a linguagem. A linguagem culta e formal não só é desejável como se mostra verdadeira necessidade de valorização do idioma, articulado de forma clara e escorreita. Contudo, a adoção de maneirismos e de um linguajar rebarbativo por juízes, advogados e promotores torna a Justiça algo distante do povo, formando uma espécie de elite que se diferencia por uma linguagem que os “normais” não dominam. A terminologia técnica, frise-se, é necessária, mas o excesso quanto ao que circunda essa terminologia merece ao menos uma reflexão. Na esteira da linguagem rebuscada mencionada, a própria postura de autoridades, sejam elas juízes, promotores ou delegados, que, ao lado de uma linguagem diferenciada, francamente elitista, postam-se de forma igualmente distante e freqüentemente autoritária.²⁹

²⁸ Muitos são os que tratam dessa problemática da lentidão judicial no Brasil. Fritz Baur é citado na *Revista Brasileira de Direito Processual* (7:57), como autor da frase: “só um procedimento célere pode dar efetividade ao processo”. Outra autora diz, de forma mais completa: “Com efeito, a demasiada duração do processo compromete a sua própria efetividade, ao ensejar durante o seu decorrer o acontecimento de certos eventos que impeçam seu resultado útil, bem como a submissão do titular do direito invocado a um prolongado estado de insatisfação, do qual resultem prejuízos irreversíveis capazes de tornar inócua a tutela jurisdicional ao final prestada (...) a morosidade na entrega da prestação jurisdicional acaba por suprimir o direito fundamental da proteção judiciária, posto que tutela ineficaz equivale a tutela denegada”. SILVA, Clarissa Sampaio. A efetividade do processo como um direito fundamental: o papel das tutelas cautelares e antecipatórias, em *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 180.

²⁹ O Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, visando ao menos diminuir a grande quantidade de queixas dirigidas aos magistrados de primeira instância, no sentido de postarem-se de forma distante e autoritária do público, vem determinando que os concursos para provimento de vagas na magistratura paulista leve mais em conta a vocação do candidato e a capacidade de interagir com o público do que aspectos técnicos somente. Um dos mais influentes juízes da magistratura paulista, com importante obra na área da ética profissional, em um de seus textos diz que “o julgador deve ser homem de equilíbrio e sensatez. Inadmitte-se o juiz de irascibilidade acentuada, vulnerável às oscilações de humor, a confundir com seriedade e temperança a sua escassa reserva de paciência. Nem sempre o destempero verbal caracteriza o Magistrado destemido, assim como as feições sombrias acompanham o juiz impoluto. A lucidez de caráter não é xipófaga da amargura”. Cf. NALINI, José Renato. O juiz e suas atribuições, em *Deontologia da magistratura*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 2.

Portanto, Justiça célere se obtém não apenas com extinção de leis tidas por inócuas, simplificação de procedimentos ou injeção de recursos no Poder Judiciário, mas com a somatória destes elementos a uma ampla e árdua mudança cultural, que atinge inclusive e principalmente os próprios membros e partícipes do Poder Judiciário.

5.2 Direitos das Minorias

Defender os direitos das minorias é mais conturbado e complexo do que normalmente se acredita. Uma primeira dificuldade é a dose de paixão com que o tema é tratado, inclusive por profissionais especializados na temática. Assim, grupos de defesa dos interesses dos negros ou dos índios, para situarmos dois exemplos clássicos, freqüentemente são tratados com uma espécie de pseudoconcordância total com relação aos seus pleitos, e isso muito mais por um complexo de culpa ou busca de sintonia com o que se crê seja a modernidade social, do que por convencimento real quanto à razoabilidade ou pertinência das pretensões desses grupos.

Desse modo, índios são freqüentemente tratados como se tivessem sido descobertos há pouco, tal é a luta para se preservá-los em seu estado natural. Ocorre que o contato entre a dita civilização e os grupamentos indígenas, salvo raríssimas exceções, há muito já se concretizou, havendo, inclusive, o registro histórico de um

parlamentar indígena (deputado federal), o cacique xavante Mário Juruna, bastante atuante em sua legislatura, diga-se de passagem.

Mais não bastasse, vêem-se em diversas regiões, como a de Carapicuíba em São Paulo e a da Praia da Coroa, em Porto Seguro, Bahia, exemplos de índios que nem querem mais voltar a viver exatamente como viviam seus antepassados, mas querem, e isso merece sincera e profunda reflexão além de atitude da sociedade “civilizada” e a intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário, o direito a uma vida digna. Os índios atuais, chamados remanescentes, não têm mais condições de viver como seus antepassados, uma vez que estes eram, em sua imensa maioria, nômades que exploravam uma área para sua subsistência e, após os primeiros sinais de desgaste, se mudavam para outro local. Não há mais espaço disponível para esse procedimento hoje.³⁰

Cada vez mais, nota-se que o argumento *índio quer terra*, na verdade mais chavão que argumento de fato, perde sentido. O índio, e isso é extremamente difícil de aceitar nos meios especializados, é brasileiro e pertence ao povo brasileiro. A preservação de sua cultura não pode levar a um embalsamamento, a um engessamento de sua vivência em moldes folclóricos. Portanto, o índio não quer terra somente. Os povos indígenas encontram-se, em sua imensa maioria, já estabilizados fisicamente. O que os índios precisam é de recursos e condições de desenvolvi-

³⁰ No caso dos índios se tem ao menos um outro caso de distorção quando se trata de tutelar seus direitos. No Estado de Roraima, foi criada uma reserva indígena imensa que acabou por abranger, também, uma área de garimpo já estabilizada, com exploração em curso e comunidades instaladas. O que se viu foi que essa reserva criou problemas para todos os envolvidos. O governo do Estado sentiu-se manietado fisicamente uma vez que viu boa parte de seu território transformar-se em área intocável. Os garimpeiros, por razões óbvias, sentiram-se lesados, entraram em conflito com os índios em um momento inicial e, já ao final, migraram para a capital do Estado, Boa Vista, criando ali um problema social imenso, ao se alojarem em favelas por eles mesmos criadas. O povo indígena em questão é o Ianomâmi, cuja reserva foi aprovada em nível ministerial em 15.11.1991 (Portaria n. 580/359) e sancionada pelo Presidente da República em 25.5.1992. Informações colhidas no *site* da FUNAI: www.funai.gov.br.

mento, desenvolvimento que eles próprios desejam e que será feito e dosado à sua maneira.

A situação dos negros, *mutatis mutandis*, guarda algumas similaridades com a indígena. Muito embora o Brasil seja notoriamente uma nação constituída por um povo mestiço, e que a participação da raça negra – na verdade grupo étnico, já que raça só há uma: a humana – na formação desse povo seja bastante significativa, os negros ainda são vistos e tratados como minoria.

Todavia, a similaridade entre índios e negros pára por aqui.

Uma primeira diferenciação entre os dois grupos é que os índios, como se viu, têm todo um tratamento jurídico diferenciado, com uma tutela específica alçada a nível constitucional e proteção legal ampla (Lei n. 6.001/73, estatuto do índio e condição de *relativamente incapaz* – art. 6º, Código Civil). Com os negros isso já não se verifica. O negro, legal e juridicamente falando, está em pé de igualdade com o branco (e com os demais grupamentos étnicos). Ao menos em tese, ou seja, formalmente.

Essa igualdade, porém, não é real. Em recente estudo, ainda não publicado, pesquisadores da Universidade da Bahia apuraram que, para cada R\$ 100,00 ganhos por um homem adulto branco, a mulher adulta branca recebe R\$ 76,00, o homem negro adulto recebe R\$ 58,00 e a mulher adulta negra recebe R\$ 38,00, para desempenho de funções semelhantes ou análogas.

Portanto, há uma efetiva disparidade. Se essa desigualdade é inegável, os métodos para combatê-la merecem uma boa dose de atenção crítica. Não apenas no Brasil, mas ao longo do globo terrestre e mais especialmente nos EUA, tem-se tentado a adoção do regime de cotas para ocupação de vagas em universidades e postos de trabalho, tendo por critério o grupamento

étnico. É a chamada *política das cotas*, que já chegou ao Brasil também. Essa forma de combate à desigualdade, porém, enfrenta já alguns problemas.

Em nações como Dinamarca ou Japão, em que a formação do povo ao menos tende a ser mais homogênea, com um ramo étnico tendo notória e prevalente ascensão sobre os demais de forma natural e não forçada, estabelecer cotas torna-se tarefa relativamente fácil. Inclusive em termos numéricos, uma vez que um censo populacional comum poderá indicar com facilidade que grupos étnicos minoritários foram identificados.

Já em nações como EUA e Brasil, a situação é rigorosamente distinta. Os norte-americanos têm uma formação populacional bastante semelhante à do Brasil, com grupamentos europeus vindo em um primeiro momento (no caso, ingleses), escravos africanos (negros) e nova imigração européia heterogênea tempos depois. O Brasil se distingue dessa formação por apresentar um contingente de participação indígena na sua formação mais significativo do que a sociedade norte-americana. Pois bem, em todo caso, em sociedades com essa formação, como fixar cotas étnicas?

No caso brasileiro, os negros teriam direito a dadas cotas por serem notoriamente tratados com desigualdade. Isso não se discute, é estatístico. Ocorre que mulatos, cafusos, mamelucos, pardos, asiáticos e até alguns grupos latinos, como os bolivianos, e mesmo grupos internos regionais, como os nordestinos instalados no sul do país, também sofrem notórias restrições mesmo em uma nação multiétnica como o Brasil. Isso sem contar as diferenciações preconceituosas que sofrem indeterminadas pessoas, brancas ou negras, por serem pobres, por exemplo. Criar cotas para todas as possíveis diferenças, além de tarefa trabalhosa, exigiria justifica-

tivas do tipo caso-a-caso que inviabilizariam sua aplicação.

Além do que, a democracia exige igualdade de tratamento e a cota fere essa exigência.³¹ De fato, em uma sociedade multifacetada, mostra-se bastante discutível que um dado grupo, por diferenciação étnica somente, pretenda determinadas benesses. Claro que não se olvida aqui que a igualdade se dá pelo tratamento desigual dos desiguais, mas o critério de aferição dessa desigualdade e especialmente a forma como será equacionada não se mostram tão singelos a ponto de se verem resolvidos pela distribuição de cotas.

No Brasil vem tomando força, por outro lado, uma aplicação peculiar de um movimento surgido nos EUA dos anos 90 do século XX, movimento esse que busca a igualdade dos negros justamente pela adoção de um critério único, algo como *ignoremos que se tratam de negros e tratemo-los como se brancos fossem*. O curioso é que há até negros apoiando esse tipo de postura.

Nos Estados Unidos, os prosélitos dessa corrente acreditam que há muito “queixume” por parte dos negros, tendo um doutrinador americano indagado, com indisfarçável veemência e até alguma parcialidade:

“até quando o fracasso dos americanos negros da atualidade pode ser desculpado e explicado em razão dos erros do passado?”³²

Contudo, esse raciocínio não pode ser aplicado em terras brasileiras de forma cabal. No

Brasil esse movimento se mostra bem evidente na juventude negra que busca acessar os bens de consumo e conforto geral da sociedade branca, sem se importar com a defesa política dos direitos dos negros. Os grupos de pagode, revistas especializadas (*Raça*, por exemplo), jogadores de futebol negros, todos são exemplos de uma nova postura que visa a igualdade pela ascensão social e ignora os sofrimentos passados.

Mas, os dados, como os citados, não permitem a adoção simplista de que os negros podem vencer exatamente como os brancos. Mais uma vez os fatos mostram que não podem, não. Muito embora as cotas tenham se mostrado inviáveis em outras partes do mundo, o fato é que não se pode fechar os olhos para a situação de flagrante desigualdade experimentada pelos negros. Estamos aqui falando de desigualdade nas oportunidades, de desigualdade no acesso ao estudo, ao trabalho digno, ao crédito, enfim, acesso a tudo o que a sociedade oferece para todos os grupos étnicos indistintamente.

Em todo caso, a mera positivação de restrições aos preconceitos (Leis ns. 7.716/89; 8.081/90 e 9.459/97) não fará a igualdade tomar assento em nosso dia-a-dia de forma imediata. Bem antes de tais leis, mais exatamente em 1823, o chamado “Projeto de Proteção aos Escravos”, de autoria de José Bonifácio de Andrada e Silva e apresentado à Assembléia Constituinte, já tutelava a questão. O projeto,³³ em seu artigo 10, dizia:

“Todos os homens de cor, que não tiverem ofício, ou modo certo de vida, receberão do

³¹ “A democracia implica igualdade, mas quando ela é superimposta numa sociedade desigual, permite que algumas pessoas contem mais do que outras.” PHILIPS, Anne. *Democracy and difference: some problems for feminist theory. The rights of minority cultures*, Oxford University Press, 1997, p. 289-299 (tradução livre do autor).

³² LOURY, Glenn C. *Questões de cor: os negros e a ordem constitucional. A constituição e a diversidade americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 185.

³³ CARNEIRO, Edison. *Antologia do negro brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1998, p. 22-25.

Estado uma pequena sesmaria de terra para cultivarem e receberão, outrossim, dele, os socorros necessários para se estabelecerem, cujo valor irão pagando com o andar do tempo.”

Tivesse tal projeto sido aprovado e hoje teríamos, com grandes possibilidades, um outro quadro socioeconômico e político, no Brasil, porque a história da população afro-brasileira teria uma outra conformação. Infelizmente, isto não aconteceu, firmando-se, em verdade, uma outra opção pela imigração européia, a despeito da mão-de-obra negra recém-liberta.

Como no caso da Justiça e do acesso a ela, aqui também é preciso adotar-se um amplo programa educacional, cultural, para que o povo brasileiro se olhe e se aceite como é, com todos os seus componentes e respectivas nuances, o que é sempre difícil, pois nenhuma lei ou programa pode modificar uma convicção tão pessoal como o preconceito racial, já que esta se enraíza no coração das pessoas, mas pode ser modificada pelo trabalho contínuo e paciente ao longo do tempo.

5.3 Direitos Políticos ou Participação Política do Cidadão

O Brasil em política, como em diversos outros segmentos, prima pela instabilidade e pela irregularidade em seus diversos momentos políticos. Ao longo da história republicana, ora tivemos um pluripartidarismo, ora nada tivemos, ora tivemos apenas dois partidos. Essa situação decorre da – ou exhibe a – irregularidade apontada, claro, também nos textos constitucionais que ora contemplam garantias demo-

cráticas até bastante modernas (Constituição Federal de 1934), ora alternam momentos de absoluta exceção, com supressão de garantias políticas já consagradas (Constituições Federais de 1937 e 1967).

Alguns críticos alegam que o que falta ao Brasil é mesmo um sistema partidário forte. Parece que a própria história lhes dá razão. De fato, sem um norte definido em termos partidários, o que se verifica é que o eleitor tende a personificar demais seu voto, dirigindo-o a um dado candidato de sua preferência, pouco lhe importando questões como plataforma ideológica do partido, coerência entre a vida pública pregressa do candidato e sua atual agremiação política e nem quem são os companheiros de partido do candidato escolhido. Ao eleitor brasileiro, também, tampouco interessa em que bases ou termos o partido político foi criado e que tipo de objetivos pretende alcançar enquanto grupamento político organizado. Isto afeta profundamente qualquer democracia que se pretenda séria. Como diz um estudioso do tema,

“em suma, os partidos políticos têm sido fracos por causa da fragilidade da democracia e vice-versa. A democracia teria tido mais chances de consolidação se poderosos partidos políticos lhe servissem de sustentação”.³⁴

Esse desinteresse gera quadros políticos notórios como Jânio Quadros e Fernando Collor de Mello, que, sem entrarmos em qualquer tipo de avaliação pessoal sobre as qualidades boas ou más de um e outro, chegaram ao poder através de partidos fracos ou inexpressivos, sendo o exemplo de Collor mais evidente ainda,

³⁴ Cf. MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: UFMG, 1999, p. 141.

se pensarmos que o partido que o elegeu há pouco mais de 12 anos para a Presidência da República hoje sequer existe como partido político com representação no Congresso Nacional, muito embora tenha mudado de PRN para PRTB e ainda lance candidatos regulares em eleições. Coincidência ou não, o fato é que ambos os exemplos tiveram saídas conturbadas da presidência e, especialmente Jânio, apresentando uma rigorosa ausência de formação ideológica que lhes seguissem mesmo após a saída do poder, ou seja, não formaram uma base partidária forte que lhes fosse fiel e que, também, permanecesse ativa mesmo após suas respectivas retiradas.

Uma conseqüência natural dessa situação é a formação de eleitores que, queiram ou não, sempre acabam criando uma dada expectativa em termos de uma resposta prática, freqüentemente particularizada e até pessoal, sobre seu candidato tão-somente, pouco lhe importando que tipo de alianças este irá fazer ou que tipo de concessões fará – ou mesmo já fez em campanha – para alcançar o cargo pleiteado. Ato contínuo a esse estado de coisas, como parece ser óbvio, é a sensação de frustração sentida pelo eleitor, que não consegue ver implementado tudo o que ouviu de seu candidato quando em campanha, e este último, por seu turno, lança-se em retóricas discursivas que nada respondem

de efetivo e, basicamente, visam passar à opinião pública dois tipos de resposta: tudo o que é possível está sendo feito (e às vezes está mesmo) e/ou a responsabilidade é de outrem, seja ele governante passado ou presente de outra esfera.

Como resultado do amálgama descrito, gera-se um eleitor imediatista e pouco participativo no que concerne à consecução pelo seu candidato, se vitorioso, do programa de governo estabelecido. O eleitor, em resumo, perde a credibilidade no jogo político e crê que tudo não passa de um colossal engodo.³⁵ Também o desprestígio entre os poderes da República vai desgastando não só o cidadão-eleitor, mas todo o sistema.³⁶

Um ponto final importante é a questão do voto. O discurso político atual, definitivamente, adotou o voto como uma legítima panacéia que seria capaz de resolver todos os problemas políticos existentes. Especialmente quando confrontados com um caso de político flagrantemente corrupto, os demais políticos, escorados de forma deliberada pela mídia, respondem com extrema simplicidade ao voltarem-se para a população trazendo idéias de cunho finalista e preempatório em relação ao voto, lançando verdadeiros slogans como “não votem mais nesse sujeito”, “o voto é sua maior arma”, “político corrupto se elimina pelo voto” e por aí vai.

³⁵ No mesmo sentido, ver DINIZ, Eli. Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília. UNB-ENAP, 1997, p. 37-53. Carlos Novais, comentarista político da TV Cultura de São Paulo, declarou em 2002, por ocasião da eleição do Dr. Enéias a deputado federal por São Paulo com 1.500.000 de votos, que os eleitores de Enéias são muito mais alienados em relação à política, do que propriamente descontentes (*voto de protesto*) e que, perigosamente, Enéias pode ter sido eleito por suas idéias mesmo, o que lhe conferiria alta representatividade no parlamento.

³⁶ A esse respeito, temos o exemplo das medidas provisórias, editadas às catadupas pelo Poder Executivo federal, que, em seu plano de governo bienal (2001/2002), tenta justificar tal postura, dizendo que: “(...) As reformas da década de 1990 mudaram irreversivelmente o padrão de relacionamento do Estado e da sociedade no Brasil. A intervenção direta do Estado na economia foi drasticamente reduzida pelas privatizações e, na mesma proporção, ganhou importância a capacidade do Estado de estabelecer e aplicar normas adequadas para a atividade privada. Mais que nunca, ‘governar é legislar’, na expressão antiga de Vitor Nunes Leal. Ou seja, a governabilidade pressupõe a capacidade de adotar medidas legais com presteza, sob pena do perecimento de situações que se devem preservar ou promover”.

Ocorre que tal simplicidade escamoteia aspectos bastante importantes, que não podem ser postos de lado sob a alegação pouco convincente que o voto tudo resolve, pelo simples fato de que isso não espelha a realidade.

Por primeiro se veja que uma democracia não pode ser feita de 4 em 4 anos, se adotarmos um cargo regular como deputado, vereador ou prefeito, pelo simples fato de que o candidato vitorioso recebe um mandato e não um salvo-conduto para agir como quiser e sofrer as “conseqüências” dali a quatro anos. Em segundo, o voto, em si mesmo, recebeu duras críticas desde sempre. Jean Jacques Rousseau, democrata por excelência, relativizava bastante o voto, dizendo que “a representação popular era a negação da soberania popular” e que os “mandatários tornam-se, fatalmente, prevaricadores e passam a atuar contra o interesse do mandante”.³⁷ Quer parecer óbvio que em um país de 160 milhões de pessoas, não se pode pretender o exercício direto do poder pelo povo, nos moldes da antiga Grécia, mas um mais do que autorizado doutrinador na área política sugere um meio-termo para a questão em tela:

“É inegável que a democracia hodierna, qualquer que seja o tamanho da sociedade política, exige a instituição de um sistema de decisões populares diretas, que resolvam as questões coletivas fundamentais e estabeleçam diretrizes vinculantes para os órgãos de governo.”³⁸

A modificação desse quadro é, como se pode prever, custosa e envolve, além de profundas mudanças culturais, criação de instâncias alter-

nativas de interação Estado/cidadão, papel que vem sendo desempenhado, não se pode negar, pelas organizações não governamentais (ONG's), mas que não podem ser vistas como único veículo para tanto. Por outro lado, mecanismos de controle e acompanhamento merecem uma atenção especial, como vimos nas palavras do professor Fábio Konder Comparato, sem o que democracia alguma poderá ser construída aqui, a não ser a que já temos, cujos resultados não podem ser vistos como exatamente animadores.

6 CONCLUSÃO

O trabalho apresentado, por si só e em seus entremeios, já apresenta as conclusões desejadas pelo autor. Apenas como fecho conclusivo, se poderia comentar que os direitos fundamentais estão na agenda de qualquer país que seja ou pretenda ser civilizado e principalmente democrático, porém sua aplicação, seu respeito e fortalecimento mostram-se difíceis e bastante tormentosos pelas razões que aqui se buscou trazer.

O Ministério Público e o Poder Judiciário, mesmo que não se queira adotar a lição marxista *ipsis literis*, nominando-os de super-estrutura social, não podem ser vistos como estuários de liberdade, conservação da ordem e promoção da justiça por si, para si e em si ou mesmo para a sociedade. Na verdade, são instrumentos e instâncias instrumentais que podem até amoldar e indicar caminhos à população que os acolhe e integra, mas são e estão afetos às vicissitudes estruturais, políticas ou culturais, como se viu aqui, como qualquer outro organismo, e sentem

³⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Cultrix, 1976, p. 34.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral democrático. *USP Estudos Avançados: liberalismo e escravidão*, n. 38, v. 14, jan./abr. 2000.

as modificações no tecido social – boas ou não boas – tanto quanto qualquer outro ator componente da sociedade. A população pode e deve remeter suas esperanças ao Ministério Público

e ao Poder Judiciário; deve, porém, e com igual empenho, tomar as rédeas de seu direcionamento e saber que a cidadania moderna, mais do que nunca, é construída por todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neo-colonial*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CAMPOS, Benedicto de. *O Ministério Público e o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1976.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARNEIRO, Edison. *Antologia do negro brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.
- CARVALHO, Edgard de Assis. Mal-estar civilizatório e ética da compreensão. Violência e mal-estar na sociedade. *Revista Perspectiva*, São Paulo: Fundação Seade, n. 3, v. 13, jul./set. 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral democrático. *USP Estudos Avançados: liberalismo e escravidão*, n. 38, v. 14, jan./abr. 2000.
- DINIZ, Eli. Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. *Reforma do Estado e democracia no Brasil*. Brasília: UnB-Enap, 1997.
- FARIAS, José Eduardo Campos de Oliveira. *Retórica política e ideologia democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal*. São Paulo: Edusp, 1982.
- GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia*. São Paulo: De Direito, 1998.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. São Paulo: Abril, 1978.
- KAPLAN, Robert D. *À beira da anarquia: destruindo os sonhos da era pós-guerra fria*. São Paulo: Futura, 2000.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1978.
- LOURY, Glenn C. Questões de cor: os negros e a ordem constitucional. *A constituição e a diversidade americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- MACHADO, Nilton José. O interesse público como determinante da intervenção do Ministério Público na ação. *Teses do V Congresso do Ministério Público*. Recife: Moussinho, 1977.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: APMP, Série Cadernos Informativos, 1995.
- MOREIRA, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- NALINI, José Renato. O juiz e suas atribuições. *Deontologia da magistratura*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- PHILIPS, Anne. Democracy and difference: some problems for feminist theory. *The rights of minority cultures*. Oxford University Press, 1997.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Cultrix, 1976.
- SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Madri: Tecnos, 1996.
- SILVA, Clarissa Sampaio. A efetividade do processo como um direito fundamental: o papel das tutelas cautelares e antecipatórias. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SIMAS, Henrique de Carvalho. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia de cidadania. *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.