

MINISTÉRIO PÚBLICO

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA

Eduardo Ritt^(*)

Não se pode olvidar que o objetivo mais importante e primordial dos constituintes de 1988, na qualidade de legítimos representantes do povo brasileiro, eleitos democraticamente como tal, foi de transformar o Brasil num verdadeiro Estado Democrático de Direito, vale dizer, um Estado que garantisse os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, concebidos estes como os valores supremos de nossa sociedade, o que consignaram no Preâmbulo da atual Carta Magna.

E mais além disto, fizeram constar os mesmos constituintes, mas já no texto constitucional promulgado, de forma direta, como prova do sentimento nacional que ali era traduzido, que este Estado Democrático de Direito teria como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana, constituindo seus objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos (artigos 1º, inciso III, e 3º, incisos I, III e IV).

E ao Ministério Público, como instituição permanente, autônoma e independente, foi determinado, no artigo 127, “caput”, da Carta Magna, a incumbência da defesa da ordem

^(*)Promotor de Justiça-RS.

jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ou seja, a defesa dos fundamentos e valores deste Estado Democrático de Direito que se tentou criar.

Todavia, embora o manifesto desejo que foi perpetuado pelos constituintes, em pouco mais de dez anos de existência, a Constituição Federal de 1988 não foi capaz de transformar o Estado, dando a este a característica pretendida, sequer trazendo um pouco de dignidade ao ser humano integrante de nossa sociedade, ainda tão injusta e perversa com os menos desfavorecidos.

E pior - embora as inúmeras e significativas alterações no texto constitucional ao longo destes anos -, vem sofrendo a Carta Magna de 1988, de forma permanente, o descrédito e a desconfiança de boa parte da sociedade brasileira, quase sempre originado pelos esforços da grande mídia, que não se cansa em tentar demonstrar a pouca efetividade dos dispositivos constitucionais ou, ainda, a impossibilidade de aplicá-los no mundo atual.

O Ministério Público, por sua vez, embora o crescimento inegável da instituição e a melhora no preparo funcional de seus órgãos de execução (Promotores e Procuradores de Justiça), ainda não conseguiu encontrar exatamente qual a sua tarefa neste novo mundo pretendido, auxiliando, pois, para o descrédito constitucional.

Na realidade, muitas são as tentativas para reformular totalmente nossa Carta Magna, sob a idéia de adaptá-la para a modernidade, deixando-a, dessa forma, mais enxuta e menos rígida, onde o Estado deixa de ser o promotor de um mundo melhor, retornando àquela concepção de Estado “guarda-noturno”.

Tal concepção, dominante, é, indubitavelmente, produto do ideal neoliberal que busca o chamado Estado mínimo e a primazia do mercado, mesmo contra alguns dos direitos mais

fundamentais do homem e do cidadão, abdicando, assim, da independência econômica em prol dos mercados globais, e da própria democracia, tão cara ao povo brasileiro, através de um consenso forjado e da manipulação econômica.

Compreender o atual momento histórico brasileiro, portanto, é compreender as bases do aparente fracasso dos ideais democráticos do constituinte de 1998, em sua tentativa da criação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que protegesse os direitos humanos e fundamentais. É compreender, mais além, como poderemos efetivamente instalar uma sociedade mais justa e solidária, ultrapassando as barreiras que impedem a transformação social.

É certo, neste sentido, que parte da desconfiança que recai sobre a Constituição e sobre o próprio Estado é fruto da crise de identidade que se abateu sobre o Estado Contemporâneo, em razão de grave crise de recursos financeiros, mas, fundamentalmente, pela incompreensão dos operadores jurídicos em suas atuações frente ao novo modelo jurídico determinado na Carta Magna de 1988.

E os órgãos de execução do Ministério Público precisam compreender tal situação e sua importância para a transformação social que precisa ser implantada no Brasil, por expressa disposição constitucional, e utilizar, cada vez mais e melhor, os instrumentos jurídicos a disposição para tal objetivo, como a ação civil pública, a ação penal pública, as manifestações processuais, objetivando a efetivação e garantia dos direitos humanos e fundamentais, fazendo com que o Ministério Público seja, de forma real, o guardião do Estado Democrático brasileiro.

Esta é, pois, a importância do tema para um país que se pretende democrático e garantidor dos direitos humanos e fundamentais.

É importante, para isto, que se faça uma correta análise da atual situação social e jurídica brasileira, a fim de vencer a séria

crise de paradigma pelo qual passam os operadores jurídicos, que não compreenderam as transformações do mundo e o esgotamento do modelo de direito liberal-individualista, resultando na incapacidade do discurso oficial do Direito em lidar com a realidade social. Neste sentido, professa Lenio Luiz Streck que

“Com efeito, preparado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica que o instrumentaliza não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa. O paradigma (modelo de direito ou modo de produção) liberal-individualista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais reclama novas posturas dos operadores jurídicos. Daí a necessidade de (re)discussão das práticas discursivas dos juristas.”¹.

Esta crise de paradigma faz com que nossa atual Carta Constitucional, embora traduza um nítido desejo garantista, de proteção aos direitos humanos e fundamentais, com a criação de um Estado Democrático de Direito, seja relegada a um segundo plano, trazendo indiferença e ineficácia aos preceitos constitucionais. É Paulo Bonavides quem afirma que

“Até hoje no Brasil a preocupação maior tem sido, após a queda de cada ditadura, apenas legitimar um chefe de governo, um presidente da República, um caudilho, um aventureiro político; jamais um sistema de poder, uma pauta de regras e princípios, uma ordem jurídica moderna ou uma nova estrutura da economia.”².

¹ Lenio Luiz Streck, *Dogmática e Hermenêutica: aportes críticos acerca da crise do Direito e do Estado*. Cadernos de Pesquisa. São Leopoldo: UNISINOS, Caderno n. 2, ago. 1997, p. 5.

² Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 346.

Na verdade, esta crise ideológica, enfrentada pelos operadores jurídicos, precisa ser melhor compreendida, e uma análise histórica faz-se necessária.

A origem do Estado moderno, o que deve ser lembrado, ocorreu com o triunfo político e doutrinário dos princípios ideológicos liberais, em especial com a Revolução Francesa, consubstanciando-se na idéia fundamental da limitação da autoridade governamental, mediante a separação de poderes e a declaração dos direitos humanos. Para tanto, o constitucionalismo – como previsão solene e estatal de organização do sistema de separação dos poderes e elenco de direitos e garantias individuais oponíveis ao próprio Estado – foi erigido como necessidade imperiosa de garantia do poder do regime liberal.

E o constitucionalismo clássico, neste sentido, traduz o ideal liberal, consoante bem explica Paulo Bonavides, mais uma vez, ao declarar que

“O liberalismo fez, assim, com o conceito de Constituição aquilo que já fizera com o conceito de soberania nacional: um expediente teórico e abstrato de universalização, nascida de seus princípios e dominada da historicidade de seus interesses concretos. De sorte que, exteriormente, a doutrina liberal não buscava inculcar a sua Constituição, mas o artefato racional e lógico, aquele que a vontade constituinte legislava como conceito absoluto válido de Constituição, aplicável a todo o gênero humano, porquanto iluminado pelas luzes da razão universal”³.

O Estado passa a ser a única fonte de poder numa unidade territorial, que é estabelecida pela noção de soberania, que representou a transformação da pluralidade de forças até então

³ Cf. Paulo Bonavides, *Ibid*, p. 23.

existentes numa única e centralizada organização. É o chamado Estado liberal ou constitucional, base da sociedade capitalista, muitas vezes denominado, com felicidade, como Estado “guarda-noturno”, eis que sua função não seria maior do que garantir o individualismo, a propriedade privada e o próprio sistema capitalista.

O Direito, por sua vez, passa a ser entendido como produto exclusivo deste Estado, inexistindo outros espaços de poder e de produção de direito. E este, numa concepção legalista de Justiça, não tem função de eliminar os conflitos, mas apenas resolvê-los.

Portanto, a sociedade, o Estado e o Direito moderno são, todos, frutos do mesmo ideal liberal, cujos valores dominantes são a liberdade e a propriedade privada, sendo os dois últimos utilizados como técnica jurídico-institucional de dominação econômica. Neste sentido, esclarece Carlos Roberto Siqueira Castro que

“Não se conseguirá também, na mesma trilha de raciocínio, vislumbrar com um mínimo de exatidão histórica o desabrochar desse Estado Liberal pela via revolucionária se não se considerar que tal acontecimento assinala uma espécie de acerto de contas da burguesia já emancipada com a própria monarquia absolutista, que nessa fase do desenvolvimento capitalista torna-se empecilho ao casamento fiel e indissolúvel entre o Poder econômico e o político, o que vale dizer, empecilho à conquista definitiva do Estado pela burguesia”⁴.

E, mais que isto, o ideal liberal não permitiu corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado, sob a concepção de que o homem, para atingir a sua plena liberdade, não poderia

⁴ Carlos Roberto Siqueira Castro. Por um ensino crítico do Direito Constitucional. *In: Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro; Graal, 1984, p. 138.

ser subordinado a grupos, que tolheriam sua livre e plena manifestação, consoante explica José Luis Bolzan de Moraes, ao referir que isto

“implicou, de início, uma interrupção no processo associativo que vinha se desenvolvendo ao longo de alguns séculos. Neste contexto, o aparato legal-racional do Estado Liberal, que passa a centralizar toda a produção jurídica, avaliza o surgimento desta nova ordem, proibindo, primeiramente, que as corporações praticassem determinados atos (proibição de dispor livremente de seus bens) para, em um segundo momento, determinar o seu fechamento por completo”⁵.

O modelo capitalista, para obtenção de êxito na implantação de seu modelo sócio-político, determinou que todas as pessoas fossem, formalmente, livres e iguais, surgindo a chamada dominação legal, com a utilização do Direito como instrumento ideológico, consoante atesta, mais uma vez, José Luis Bolzan de Moraes, que explica que

“percebe-se, pois, que a dominação deixa de ocorrer pela existência de vínculos pessoais, como na sociedade medieval, para caracterizar-se como dominação legal, desconhecendo, desse modo, quaisquer tipos de desigualdades entre os pólos responsáveis pela produção”⁶.

O Direito era forjado para resolver disputas/conflitos interindividuais, no chamado modo de produção do Direito de cunho liberal-normativista-individualista, onde todo o arcabouço

⁵ José Luis Bolzan de Moraes. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 89.

⁶ Cf. José Luis Bolzan de Moraes, *Ibid*, p. 89.

jurídico era criado e direcionado aos indivíduos, e aos bens individuais (como a propriedade privada, por exemplo), sem qualquer preocupação social. É Lenio Luiz Streck quem explica, a partir das lições de Yves Dezalay e David M. Trubek, que

“modo de produção de Direito entende-se a política econômica de regulamentação, proteção e legitimação num dado espaço nacional, num momento específico, que inclui: a) o modo com que a profissão jurídica e a prestação de seus serviços são organizados; b) a localização de papéis entre as várias posições no *campo jurídico* (praticantes, aplicadores da lei, guardiães da doutrina, acadêmicos etc.); c) o modo com que o campo produz o *habitus*, incluindo variações na educação e a importância das vantagens sociais (antecedentes e relações pessoais) para o recrutamento no campo; d) as modalidades para a articulação da doutrina preponderante e os modos com que estas incidem em relações entre jogadores e posições ; e) o papel que os advogados, juntamente com os protagonistas globais e regimes transnacionais representam num dado *campo jurídico*; f) a relação entre regulamentação e proteção; e g) o modo dominante de legitimação.”⁷.

E embora o mundo tenha se transformado, como de fato se transformou, com a mutação da sociedade, do Estado e do Direito, até hoje percebemos o mundo a partir das concepções do ideal liberal, ainda que inconscientemente, reproduzindo um modelo superado. Interessante é a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro, mostrando que isto afeta o próprio ensino do Direito, ao referir que

“Tal fez com que o ensino do Direito Constitucional nas Faculdades de Direito se ocupasse com exclusividade, se

⁷ Lenio Luiz Streck. *Tribunal do júri – símbolos & rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 41-42.

não com esmagadora predominância, do Estado Liberal, e este glorificado pela mentalidade conservadora dos grandes centros de cultura europeia e norte-americana, que, pela via do imperialismo cultural, aportaram na América Latina. É assim se deu sem que se tecesse a oportuna e devida crítica, com ou sem compromisso ideológico e preocupação regionalista, do Estado Liberal e do regime capitalista que o mesmo encarna e chancela”⁸.

E o mundo mudou em face das crises cíclicas constantes do sistema capitalista, que fizeram surgir os conflitos entre o capital e o trabalho, sendo que tais tensões principiaram uma nova ordem. Com a crise social do século XX, e as guerras mundiais, a sociedade ultrapassou aquele sistema ideal capitalista, voltando-se para um lado mais humanitário e social. O keynesianismo, utilizado como política econômica, torna-se a nova doutrina deste mundo em transformação e o Estado de Bem-Estar Social passa a ser o novo modelo de organização estatal. Esclarece José Luis Bolzan de Moraes, mais uma vez, que

“O Estado Liberal – em especial aquele próprio a alguns países ocidentais, particularmente os casos europeu e americano (EUA) –, como já salientado, responde a esta onda de transformações buscando, na modificação de suas próprias funções e na reformulação de sua principiologia original, um refúgio que evite o colapso, passando, mais em virtude de reclamos dos cidadãos do que por iniciativa própria, então, a garantir níveis mínimos de renda, de saúde, escolaridade e de benefícios, através de intervenções maciças na vida econômica e social dos indivíduos, por intermédio de programas de políticas públicas”⁹.

⁸ Cf. Carlos Roberto Siqueira Castro, *Ibid*, p. 135-136.

⁹ Cf. José Luis Bolzan de Moraes, *Ibid*, p. 92.

Com nova orientação social, o Estado Protetivo passa a ter preocupação com a coletividade, com princípios básicos do cidadão, promovendo o bem-estar social, em especial através da intervenção no mercado e pelas políticas públicas. José Luis Bolzan de Moraes explica que

“Enquanto o modelo liberal incorporava uma idéia de soberania como poder incontestável, próprio a uma sociedade de ‘indivíduos livres e iguais’ para os quais importava apenas o papel de garantidor da paz social atribuído ao Estado, o modelo de *Welfare state* adjudica a idéia de uma comunidade solidária onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea”¹⁰.

Com este novo padrão de Estado, o próprio Direito lentamente transformou-se, passando a ter maior natureza social, a favor de um maior equilíbrio social, incorporando uma nova dimensão de Direitos Humanos: dos trabalhadores, das minorias, da paz, da fraternidade etc. O Direito, assim, passa do individualismo tradicional do modelo liberal para o coletivo, metaindividual, promocional, de natureza transformadora. Paulo Bonavides explica esta diferença entre o Estado de Direito da burguesia liberal do passado e o novo Estado de Direito, ao referir que

“Naquele os valores fundamentais – vida, liberdade e propriedade – gravitavam, segundo Shambeck e Huber, no centro da ordem jurídica, ao passo que com o advento do Estado social os novos valores fundamentais produzidos pela sociedade industrial abrangem o pleno emprego, a segurança existencial e a conservação e a força de trabalho”¹¹.

¹⁰ José Luis Bolzan de Moraes. *As Crises do Estado Contemporâneo*. América Latina. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 42.

¹¹ Cf. Paulo Bonavides, *Ibid*, p. 344.

De Direito excludente, negativo e repressivo, pois, para um Direito verdadeiramente comunitário.

O próprio constitucionalismo, nesta esteira, modificou-se também, passando a ser muito mais abrangente, e a incluir, de forma formal, ao lado dos direitos e garantias individuais de cunho liberal, os direitos sociais, os direitos de solidariedade, ultrapassando, pois, aquela idéia de neutralidade do constitucionalismo clássico e tornando-se, efetivamente, a base de toda a sociedade moderna (e não só da classe burguesa). Quanto aos valores deste novos constitucionalismo, lembra Paulo Bonavides que

“Com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a sociedade”¹².

Mas a intervenção do Estado e o crescimento de sua máquina, bem como da maior utilização do Direito em todos os campos da sociedade, causaram um custo de operacionalidade do Estado e do próprio Direito, que não conseguem resolver o aumento das demandas sociais e as tensões desta sociedade naturalmente conflituosa. Embora as relações humanas tornam-se mais complexas, não é criado um novo modelo de Justiça, mantendo-se, ainda, aquela estrutura individualista do Estado liberal, que fora criado para solucionar conflitos de interesses meramente individuais.

Como conseqüência deste fenômeno abrangente e inadiável, o próprio constitucionalismo, como base filosófica do Estado, também é tomado por uma crise de paradigma,

¹² Cf. Paulo Bonavides, *Ibid*, p. 345.

colocando-se, assim, em xeque todo o arcabouço constitucional construído em dois séculos de história da humanidade, a ponto de questionar-se os valores e a própria necessidade do constitucionalismo.

Lenio Luiz Streck afirma que

“Estamos, pois, em frente de um sério problema: de um lado, temos uma sociedade carente de realizações de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos de forma mais ampla possível. *Este é o contraponto.* Daí o acerto de Ribas Vieira em dizer que ‘*a crise do Judiciário deriva ao descompasso existente entre sua atuação e as necessidades sociais, considerando-se totalmente insuficiente a afirmação formal da existência de determinados direitos, uma vez que o Direito só tem real existência a partir de uma agência coativa disposta a aplicar as normas jurídicas.*”¹³.

E os operadores jurídicos (acadêmicos, professores, magistrados, promotores de justiça, advogados) não se aperceberam das mudanças ocorridas na sociedade, hoje muito mais complexa, onde os conflitos possuem caráter transindividual, pensando, ainda, sob o contexto do paradigma liberal-individualista de produção do direito, embasados, certamente, na herança da ideologia liberal e no sentido comum teórico dos juristas. É Lenio Luiz Streck quem explica, a partir de Warat, que,

“em termos gerais, o sentido teórico envolve todo o saber acumulado e toda a ideologia dos juristas, permitindo-lhes, assim, imprimir um caráter científico a seu discurso técnico norma. É o conhecimento que, difusamente se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito.”¹⁴.

¹³ Cf. Lenio Luiz Streck, *Tribunal do Júri: símbolos & rituais*, p. 43.

¹⁴ Lenio Luiz Streck. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 245.

Descrédito, pois, com relação ao Direito, ao Estado e, principalmente, ao constitucionalismo, numa sociedade em transformação, mas que ainda se pensa, em grande parte, em termos individualista e libera. Lenio Luiz Streck, neste sentido, aduz que

“...Com efeito, do Estado Liberal, em que o Direito, de cunho ordenador, protege o indivíduo contra a interferência do Estado, garante a proteção da propriedade privada e visa a assegurar a regulação espontânea da sociedade, já passamos – formalmente – por um Estado Social, em que o Direito tem uma feição promovedora/reguladora, interferindo na sociedade para diminuir as distâncias sociais decorrentes do Estado Liberal, buscando realizar uma ‘versão social do Direito’ (não realizada no Brasil) e, a partir de 1988, passamos a ter uma Constituição que instituiu o Estado Democrático e Direito...”¹⁵.

Assim, é necessário que se inaugure “uma nova ética, não individualista e prisioneira de um projeto de mundo construído por mônadas laborais, mas a partir de uma ética que poderíamos denominar de solidária ou comunitária”¹⁶, onde os operadores jurídicos possuam valores diversos do paradigma liberal-individualista, direcionados à solidariedade humana e à proteção dos direitos humanos. Rogério Gesta Leal esclarece que os operadores jurídicos devem observar:

“(1) de que todos somos responsáveis por todos; (2) que é preciso pensar globalmente sim, porém, agir localmente; (3) que só se pode propagar uma idéia (ético-política) vivendo de acordo com ela; (4) que o processo de

¹⁵ Cf. Lenio Luiz Streck, *Tribunal do Júri: símbolos & rituais*, p. 44.

¹⁶ Rogério Gesta Leal. *Direitos Humanos no Brasil: desafios à Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997, p. 168.

concretização e proteção dos direitos fundamentais é também o objetivo de sua consolidação definitiva; (5) que os meios de atuação com os direitos humanos sejam tão dignos quanto os fins que pretende alcançar; (6) que o que não for feito aqui e agora não cria um outro estado do mundo, que é muito mais futuro do que presente”¹⁷.

Na verdade, é necessário que a sociedade, e especialmente os operadores jurídicos, compreendam o atual momento histórico em que vivemos, buscando um verdadeiro Estado Democrático de Direito, onde, não só os direitos de cunho individualistas sejam preservados, mas onde os direitos sociais sejam efetivamente aplicados e garantidos.

Os operadores jurídicos, neste sentido, devem se aperceber de sua utilidade na concepção deste novo modelo social e jurídico, abandonando a velha dogmática jurídica. Rogério Gesta Leal afirma, com precisão, que

“...percebe-se que a ciência jurídica tradicional e seus operadores não estão aptos para dar conta dos ditos novos direitos e novos conflitos, porque (1) por um lado, centrou a problemática jurídica no âmbito dos Estados-Nação e de suas soberanias, e isto precisa ser relativizado; (2) por outro lado, em nome da democracia e do relativismo valorativo, fundou-se num isolamento disciplinar que hoje não se sustenta, pois os conflitos que o direito tem que dar conta requerem uma visão inter ou transdisciplinar”¹⁸.

Os integrantes do Ministério Público, como parte da soberania deste novo Estado, também necessitam entender o novo papel da instituição, que passa a desempenhar uma função primordial na cidadania, protegendo o regime democrático e garantindo os direitos humanos e fundamentais.

¹⁷ Cf. Rogério Gesta Leal, *Ibid*, p. 168-169.

¹⁸ Cf. Rogério Gesta Leal, *Ibid*, p. 165.

Como refere José Afonso da Silva, a instituição do Ministério Público é cada vez mais importante, afirmando que

“O Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos”¹⁹.

Hugo Nigro Mazzili, comentando as funções constitucionais do Ministério Público, dá bons exemplos de atividades importantes que os órgãos de execução precisam desempenhar, declarando que

“Ora, para tornar concreto o mandamento constitucional de que o Ministério Público está a serviço da defesa do regime democrático, mister é que tome ele, por exemplo, a iniciativa de propor mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, como, por exemplo, a falta de regulamentação da participação popular nas decisões políticas, quer pelo plebiscito, quer pelo referendo, quer pela iniciativa do processo legislativo (arts. 14 e 61, § 2º); mister é que intervenha na fiscalização de todo o processo eleitoral, bem como nas hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos, e no zelo do livre funcionamento dos partidos políticos.”²⁰.

E complementa tal doutrinador, que

“Ora, atualmente destinado pela lei a funções tão elevadas, com maiores e necessárias garantias para defender os

¹⁹ José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional positivo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 510.

²⁰ Hugo Nigro Mazzilli. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 50-51.

interesses sociais, o Ministério Público deve passar a ser um órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais, da defesa de direitos individuais ou coletivos, da garantia do próprio contraditório penal.”²¹.

Antonio Alberto Machado e Marcelo Pedro Goulart, Promotores de Justiça de São Paulo, comentando a importância da instituição, a partir da Carta Magna de 1988, afirmam que

“Na defesa do regime democrático, não se compreende que a atuação funcional dessa instituição – tão adequadamente ubicada no seio da sociedade civil – possa privilegiar a aplicação do direito concebido numa perspectiva positivista e distanciado da realidade sócio-econômica, apoiado em princípios racionalistas que visam perpetuar a ideologia da minoria dominante com a exclusão e o sacrifício da imensa maioria integrante das classes dominadas.”²².

E referidos autores concluem, que

“A atuação do Ministério Público, então, na defesa da ordem jurídica há de buscar a efetivação do direito como instrumento de transformação social levada a efeito segundo a ótica da ideologia reinante na sociedade como expressão de sua hegemonia, de forma a concretizar os anseios de participação das classes dominadas no processo político.”²³.

É preciso, portanto, que a Constituição Federal seja efetivamente considerada e aplicada, contaminando todo o

²¹ Cf. Hugo Nigro Mazzili, *Ibid*, p. 14.

²² Antonio Alberto Machado e Marcelo Pedrosa Goulart. *Ministério Público e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 42.

²³ Cf. Antonio Alberto Machado e Marcelo Pedrosa Goulart, *Ibid*, p. 42.

ordenamento jurídico e os próprios aplicadores jurídicos, sendo de importância vital que os direitos fundamentais, nela juridicizados, adquiram uma validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, transformados em princípios de eficácia imediata²⁴, concretizando, assim, os direitos humanos, inclusive prevendo instrumentos para garantir tais direitos. Norberto Bobbio afirma, como autoridade, que

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”²⁵.

Somente, assim, com um novo modelo organizacional²⁶, ainda embrionário, poderemos alcançar uma nova sociedade, mais solidária que, sem perder o individualismo de cada um, tão caro em nossa história, possa privilegiar o social, trazendo os objetivos, nunca esquecido, da paz e igualdade social. Um verdadeiro Estado Democrático de Direito, onde a ordem jurídica gere a sociedade, com função social.

Para isso, os operadores jurídicos, em especial os integrantes do Ministério Público devemos superar o ideal liberal e o constitucionalismo clássico, que não mais correspondem ao modelo atual de sociedade, repensando a sociedade, o Estado e o Direito.

Dessa forma, necessário se faz uma análise profunda da natureza jurídica constitucional da instituição do Ministério Público,

²⁴ Cf. Paulo Bonavides, *Ibid*, p. 541.

²⁵ Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

²⁶ Neste sentido, o garantismo, corrente filosófica surgida na Itália com Luigi Ferrajoli, aparece, na visão de Lenio Luiz Streck, como “importante mecanismo na construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade”, *in: Tribunal do Júri: símbolos & rituais*, p. 26.

onde esta, com certeza, não pode ser classificada como um direito fundamental, mas, talvez, em razão do “status” jurídico conferido pela Carta Magna, de defensora do regime democrático e dos direitos fundamentais, como uma verdadeira garantia institucional. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, comentando as garantias fundamentais previstos na Carta Magna de 1988, afirma que

“Ao lado de uma grande maioria de direitos-garantia, caracterizados pela sua função dúplice como direitos subjetivos e sua natureza instrumental, encontramos no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição também algumas garantias institucionais típicas. Estas – de acordo com a tradição da publicística latino-americana – costumam ser enquadradas no âmbito das garantias em geral, não tendo encontrado, ao menos no direito pátrio, um tratamento autônomo e sistemático. **Também no direito lusobrasileiro, as garantias institucionais podem ser definidas, de forma ampla, como “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”.** Esta concepção radica nas formulações originais dos juristas da época de Weimar M. Wolf e, principalmente, C. Schmitt, tendo como elemento comum o reconhecimento da necessidade de resguardar o núcleo essencial de determinadas instituições jurídicas (públicas ou privadas) da ação erosiva do legislador e até mesmo de uma eventual supressão por parte deste e dos demais poderes públicos, revelando que a função primordial das garantias institucionais é a de preservar a permanência da instituição no que diz com os seus traços essenciais, em outras palavras, naquilo que compõe sua identidade.” (grifo nosso)²⁷.

²⁷ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 181.

Dessa forma, o Ministério Público poderia ser considerada autêntica garantia institucional, ainda que esteja fora do rol dos direitos e garantias fundamentais, previstas no Título II da Carta Magna, pois garantias institucionais podem ser localizadas em todo o texto constitucional²⁸.

Já o doutrinador José Afonso da Silva, ao apresentar a Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem²⁹, separa, a partir da concepção de Ruy Barbosa, direitos e garantias³⁰. Todavia, adverte que, ao analisar as várias concepções de garantias apresentadas em nossa Constituição, ser difícil “distinguir as diferenças ou semelhanças entre o que sejam garantias fundamentais, garantias individuais e garantias constitucionais”³¹, aduzindo, por fim, que

“A doutrina não auxilia muito no descortinar o sentido dessas expressões. Ela emprega a expressão *garantias constitucionais* em três sentidos: 1º) reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais; assim, a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos, “que não provêm de lei alguma senão diretamente da qualidade e dos atributos naturais do ser humano”; parte-se da idéia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma idéia vinculada à concepção do direito natural ou da supra-estatalidade dos direitos fundamentais; 2º) “prescrições que vedam determinadas ações do poder público”, ou “*formalidades* prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos *os direitos constitutivos da*

²⁸ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *Ibid*, p. 182.

²⁹ Cf. José Afonso da Silva, *Ibid*, p. 158-173.

³⁰ Cf. José Afonso da Silva, *Ibid*, p. 169-170.

³¹ Cf. José Afonso da Silva, *Ibid*, p. 171.

personalidade individual”; 3º) “proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia” ou “recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura.”³².

Ele, assim, apresenta sua própria classificação, declarando que

“Interessam-nos apenas as *garantias dos direitos fundamentais*, que distinguiremos em dois grupos: I – *garantias gerais, destinadas a assegurar a existência e a efetividade* (eficácia social) daqueles direitos, as quais “se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais”; o “conjunto dessas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais”; trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagrada agora no art. 1º, de que já falamos; II – *garantias constitucionais*, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos, mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. São, por seu lado, de dois tipos: a) ***garantias constitucionais gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio, com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantias e respeito aos direitos fundamentais***; são garantias gerais precisamente porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão: b) *garantias constitucionais*

³² Cf. José Afonso da Silva, *Ibid*, p. 171.

especiais, que são prescrições constitucionais estatuindo técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial; são técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos” (grifo nosso)³³.

Na realidade, qualquer análise sobre a mudança de paradigma da produção do Direito pretendida e sobre a importância da instituição do Ministério Público num Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma visão garantista do Direito. E é Sérgio Cademartori quem esclarece que

“Além disso, o garantismo, enquanto método, oferece não só ao teórico do Direito como ao operador – juiz, advogado, membro do Ministério Público – um instrumental poderoso para realizar uma crítica das normas positivas *dentro* da teoria jurídica. Isto obviaria a discussão sobre a justiça ou injustiça das normas positivas que é realizada somente a partir de enfoques situados no campo da moral, como têm-se visto em nosso país ultimamente, a partir de algumas postulações realizadas desde um alternativismo ingênuo. A crítica e a deslegitimação jurídicas passam a ser assim a ser *internas* à matriz teórico-jurídica.”³⁴.

Compreender toda esta situação é tarefa das mais complexas. Mas, como conclui Luigi Ferrajoli, ao comentar a importância do Direito no futuro da Democracia,

“Compreende-se que uma ciência jurídica assim entendida confina e entrelaça-se com a política do Direito; melhor,

³³ Cf. José Afonso da Silva, *Ibid*, p. 171-172.

³⁴ Cf. Sérgio Cademartori. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 179-180.

com a luta pelo Direito e pelos direitos levados a sério. Pode também dar-se o caso de uma tal perspectiva basear-se numa excessiva confiança no papel garantista do Direito. Mas eu penso que, independentemente do nosso otimismo ou pessimismo, para a crise do Direito não há outra resposta senão o próprio Direito; e que não existem, para a razão jurídica, alternativas possíveis. Ela é a única via para responder à complexidade social e para salvar, com o futuro do Direito, também o futuro da democracia.”³⁵.

Portanto, vital é a importância do Ministério Público como garantidor dos direitos humanos e fundamentais, em especial nesta visão garantista do Direito, onde objetiva-se um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

³⁵ Cf. Luigi Ferrajoli. O Direito como sistema de garantias. Trad. de Eduardo Maia Costa. In: Oliveira Junior, José Alcebiades de (Org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 109.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998. 755 p.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Por um ensino crítico do Direito Constitucional. In: PLASTINO, C.A. (org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro; Graal, 1984. p. 135-143.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997. 168 p.
- MACHADO, A. A., GOULART, M. P. *Ministério Público e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992. 46 p.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. 192 p.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado Contemporâneo*. América Latina. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 37-50.
- _____. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 247 p.
- OLIVEIRA JÚNIOR, J. A. et al. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 200 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. 768 p.
- STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri – símbolos & rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 173 p.
- _____. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade consuetudinária do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 298 p.
- _____. *Dogmática e hermenêutica: aportes críticos acerca da crise do Direito e do Estado*. Cadernos de Pesquisa. São Leopoldo: UNISINOS, Caderno n. 2, ago. 1997. 48 p.