

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

MINISTÉRIO PÚBLICO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA – PERSPECTIVAS PARA O SEU ESTUDO¹

*Cássio Casagrande**

Sumário: 1. Da “debilidade do judicialismo” à judicialização da política. 2. Cidadania e acesso à Justiça na Constituição de 88. 3. A ação civil pública e o Ministério Público. 4. Ministério Público, Estado e sociedade civil organizada

1. Da “debilidade do judicialismo” à judicialização da política

A República brasileira, na sua conformação política e constitucional, foi obra inspirada no modelo norte-americano de tripartição dos poderes e de descentralização federativa. Muito cedo, porém, o sistema republicano brasileiro deu mostras da dificuldade de transposição daquela forma de organização política para a vida nacional.

Uma dos maiores entraves à implantação do ideal político americano foi a impossibilidade de se recepcionar no país a idéia de “governo dos juizes” e, por conseguinte, a aceitação de um papel politicamente ativo do Poder Judiciário, o qual poderia intervir para solucionar as crises institucionais entre o Executivo e o Legislativo, como também aquelas entre a União e os Estados Federados, e, ainda, para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

A “debilidade do judicialismo”² no Brasil foi talvez a grande decepção de Rui Barbosa, que concebera a modernização política do País pela adoção das grandes linhas institucionais do modelo americano, com especial destaque para a função do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e das liberdades públicas. Rui acabou atribuindo este fracasso à incapacidade dos juizes da mais alta corte em assumir este papel político. Raymundo Faoro, porém, lembra que “o destino da República não dependia de quinze velhos, muitos de indiscutível desassombro. Não foi o Supremo Tribunal o órgão que falhou à República, mas a República que falhou ao Supremo Tribunal. A missão política que ele deveria representar estava destinada

* Cássio Casagrande é Procurador do Trabalho. Doutorando em Ciência Política no Instituto de Pesquisas Universitárias do Rio de Janeiro.

¹ Texto reelaborado a partir de trabalho apresentado no curso “seminário de tese” do IUPERJ, no segundo semestre de 2001. Agradeço as sugestões do professor Luiz Werneck Vianna.

² O conceito “debilidade do judicialismo” é aqui emprestado a Aliomar Baleeiro, político liberal e depois presidente do STF, que o empregou para descrever a situação das Forças Armadas como garantidoras da ordem constitucional, em substituição ao Judiciário: “Os presidentes se apoiavam nas Forças Armadas, que lhes davam força absoluta ou sumariamente os depunham. Pouco a pouco, como nas repúblicas hispano-americanas, o militarismo passou a condicionar o presidencialismo, que disso só se livrou nos EUA.” *In A Constituição de 1946. Constituições Brasileiras*, vol. V, Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Brasília, 1999.

a outras mãos, alimentadas de forças reais e não de papel”³.

Os regimes constitucionais que se seguiram ao colapso da República Velha não lograram recuperar o ideal americano de governo dos juízes. Ora enveredaram pelo autoritarismo estatal corporativo, no qual a cidadania passou a ser tutelada pelo Estado (aí incluído um Judiciário destinado a abstrair dos conflitos de interesse a legitimidade dos interesses sociais antagônicos), caso dos regimes de 1937/45 e de 1967/85, ora reprisaram o inconsistente modelo liberal desconstituído de cultura cívica, no qual o Judiciário esteve demasiado sujeito às pressões localistas e oligárquicas, como nos períodos 1934/37 e 1945/69.

A Constituição de 1988, diferentemente, representou uma mudança de paradigma tanto para o pensamento jurídico brasileiro, como para a posição do Judiciário dentro do tradicional sistema de tripartição dos poderes do período republicano.

A afirmação de um modelo de democracia participativa resultou sobretudo da criação de um amplo sistema de garantias de direitos e uma série de inovações processuais (entre as quais destaca-se a possibilidade de defesa de interesses coletivos), somada à inédita posição de independência do Judiciário em relação aos demais poderes. No mesmo sentido, a adoção do sistema de controle de constitucionalidade concentrado e difuso trouxe para a esfera pública o debate sobre os valores fundantes do regime democrático inaugurado em 1988. Ao instituir este sistema de defesa de interesses coletivos e de controle de constitucionalidade, o constituinte permitiu à comunidade de intérpretes da Constituição novas formas de participação na atividade do Poder Legislativo e do Poder Executivo, por intermédio do Judiciário.

Esta nova conformação jurídica e política do Estado brasileiro teve, como conseqüência, um grande impacto na construção da cidadania. A sociedade civil organizada volta-se agora não mais unicamente para o tradicional jogo político do sistema representativo, como a participação eleitoral e as legítimas pressões sobre o Legislativo e os administradores do Executivo. O Judiciário passa a ser um novo locus da política, abrindo-se ao que cientistas políticos e sociólogos chamam de “judicialização da política e das relações sociais”: “A intervenção normativa e a constituição de uma esfera pública vinculada direta ou indiretamente ao Judiciário, como no caso das ações públicas e dos Juizados Especiais, em vez de manterem os indivíduos à parte da República, pode se constituir, dependendo dos operadores sociais, em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas”⁴.

O constituinte de 88 criou basicamente três instrumentos processuais fundamentais para esta democracia participativa. As ações diretas de constitucionalidade, o mandado de injunção e a ação civil pública. A primeira representou uma possibilidade de participação *ex post* de movimentos organizados no processo legislativo e não é o objeto do presente trabalho. A segunda inovação não prosperou em virtude de sua baixa eficácia em face do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre seus efeitos. Finalmente, o que nos interessa, a ação civil pública, embora criada ainda no regime pré-88, recebeu delineamentos constitucionais que permitiram às associações e ao Ministério Público intervir em conflitos coletivos de natureza política e social.

³ FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder, pg. 749.

⁴ WERNECK VIANNA, Luiz Werneck e CARVALHO, Maria Alice Rezende de, A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil

A destacada posição do Ministério Público neste campo, como reconhecido pela bibliografia, suscita uma gama de questões sobre os efeitos para a cidadania e para a organização política do surgimento deste novo ator na arena pública.

2. Cidadania e acesso à Justiça na Constituição de 88

Cidadania, em uma acepção vulgar, pode ser definida como o direito a ter direitos de um determinado Estado. Isto significa que há um direito de cidadania como também direitos da cidadania. Ou, em outras palavras, o direito à cidadania brasileira confere aos brasileiros os direitos civis, políticos e sociais reconhecidos pelo sistema jurídico nacional. Para que se possa falar em cidadania plena, no entanto, não basta o simples reconhecimento daqueles direitos pela Constituição; é preciso que eles sejam também assegurados através do acesso à Justiça e às suas instituições, bem como por meio de instrumentos e garantias processuais.

O tema da cidadania foi a preocupação central da Assembléia Nacional Constituinte, na segunda metade da década de 80. Os movimentos populares que lutaram pelo fim do arbítrio a partir do processo de abertura política iniciado no governo Geisel (notadamente os sindicatos, entidades ligadas à Igreja Católica, a OAB, a ABI, entre outras) e as campanhas públicas do processo de redemocratização (anistia, diretas-já, eleição indireta de Tancredo Neves e o próprio movimento pela Constituinte) tiveram sempre como objetivo primeiro o restabelecimento dos direitos civis e políticos no País. As seguidas crises inflacionárias do governo Figueiredo e a péssima distribuição de renda resultante do ciclo militar recolocaram, por sua vez, os direitos sociais em pauta. Assim, a Constituição de 88 foi inspirada essencialmente pela necessidade do restabelecimento de um Estado de Direito e de criação de um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social. Os direitos civis, políticos e sociais ganharam, em conseqüência, projeção e amplitude jamais alcançada em outras Constituições brasileiras, indo muito além, neste particular, do que a chamada Constituição Democrática de 1946. “A cidadania, literalmente, caiu na boca do povo. Mais ainda, ela substituiu o próprio povo na retórica política. Não se diz mais ‘o povo quer isto ou aquilo’, diz-se a ‘cidadania quer’. (...) No auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã”⁵.

O caráter efetivamente inovador da Constituição de 1988 para o domínio da cidadania vem sendo reconhecido por diversos autores. Em seu trabalho *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, Gisele Cittadino⁶ situa a Constituição de 1988 na linha do constitucionalismo comunitarista, em oposição à tradição preponderante do pensamento jurídico nacional, o qual esteve quase sempre voltado para o liberalismo e a decorrente concepção de Constituição como obra de organização e limitação dos poderes de Estado em favor da autonomia privada dos cidadãos.

Esta mudança de paradigma, segundo a autora, resultou não apenas do processo de recusa ao autoritarismo e luta pela redemocratização vivenciado nos anos 70 e 80, como também da experiência constitucional ibérica no mesmo período e da influência dos constitucionalistas portugueses e espanhóis sobre os doutrinadores brasileiros, além de situações conjunturais específicas que envolveram o processo constituinte, notadamente a influência do anteprojeto

⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O Longo Caminho*.

⁶ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*.

elaborado pela comissão de notáveis, o trabalho eficiente dos minoritários partidos de esquerda e a ativa participação de setores organizados da sociedade civil.

A dimensão comunitarista da Constituição de 1988 é revelada, basicamente, por três aspectos: a) um complexo e exaustivo sistema de direitos; b) instrumentos processuais para garantir sua efetividade e c) atribuição ao Supremo Tribunal Federal do papel de guardião da Constituição. O presente trabalho concentra-se nas implicações dos dois primeiros itens para o exercício da cidadania.

O sistema de direitos e garantias fundamentais difere da tradição liberal brasileira na medida em que a Constituição de 1988 não se restringe a elencar as liberdades civis e políticas dos cidadãos, mas atribui a estas liberdades um sistema de valores que informa todo o conteúdo jurídico das normas materiais da Carta. Assim, ao prever no preâmbulo valores como bem-estar, desenvolvimento, justiça, pluralidade, entre outros, além de sublinhar como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, os constituintes abandonaram uma tradição de neutralidade da norma constitucional em favor de um sistema axiológico de normas programáticas. Além disto, a Constituição adentrou com grande força na regulação da ordem social e econômica, permitindo assim novas formas de controle político, pelos cidadãos, da atividade estatal.

Este sistema a que se filiaram os constituintes de 88 tem sido classificado pelos constitucionalistas comunitaristas de “Constituição Aberta”, no qual o amplo sistema de direitos, por estar sempre submetido a um conjunto de valores da comunidade, deve estar “aberto” à interpretação dos destinatários da norma e à integração jurisprudencial. O processo de interpretação constitucional, assim, não se limita aos métodos ou regras de interpretação, mas também à participação ativa dos integrantes da comunidade, a quem cabe suscitar, em juízo ou mesmo fora dele, a extensão exata dos direitos constitucionais em cada caso particular.

É em função desta possibilidade de participação ativa no processo de interpretação dos direitos constitucionais que Gisele Cittadino sustenta: “A principal característica ‘comunitária’ do texto constitucional se encontra precisamente na idéia de ‘comunidade de intérpretes’, que pressupõe, por um lado, uma concepção de ‘Constituição aberta’ e, por outro, a adoção de diversos e novos institutos que asseguram a determinados intérpretes informais da Constituição a capacidade para deflagrar processos de controle, especialmente judiciais.”

Assim, ainda segundo a mesma autora, para dar plena eficácia aos direitos fundamentais previstos na Carta de 88, independentemente da regulamentação que aquelas normas constitucionais exigiriam, os constituintes conceberam dois instrumentos processuais: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção⁷. Ou seja, institutos associados, exatamente, à obrigatoriedade de ações normativas pelo poder público⁸.

⁷ Para Cittadino, instrumentos como o “mandado de segurança, a ação popular e os instrumentos que denunciam irregularidades, ainda que viabilizem a existência de uma comunidade de intérpretes do texto constitucional, pois podem ser impetrados por cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos, conforme o caso, são institutos próprios de um constitucionalismo liberal, de vez que em princípio associados ao dever de abstenção por parte do Estado. Op. cit. p. 49. A autora não relaciona a ação civil pública como instrumento de garantia dos direitos constitucionais.

⁸ Cittadino, op. cit.

Após a entrada em vigor da Constituição, houve, contudo, divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à efetiva finalidade do mandado de injunção. A controvérsia era sobre se aquele instrumento permitiria ou não ao juiz integrar a norma, criando uma regra para o caso particular. Após intenso debate entre os comentaristas e inúmeras divergências entre os tribunais, prevaleceu a posição do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o mandado de injunção destina-se tão-somente a notificar o Poder Legislativo competente a elaborar norma necessária ao exercício regular de um determinado direito constitucional. Esta decisão, criticada por grande parte dos constitucionalistas⁹, teve por efeito o quase que completo abandono do instrumento pelos jurisdicionados, deixando, portanto, de funcionar como instrumento de concretização dos direitos sociais previstos na Carta de 88.

Quanto à ação direta de constitucionalidade por omissão, muito embora plenamente aceita pelo STF, seu efeito prático é o mesmo do mandado de injunção, na medida em que a decisão proferida pelo Tribunal limita-se a instar o Poder Legislativo ou o Executivo a editar norma para o fim de dar plena eficácia à norma constitucional. Veja-se a esse propósito a recente decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade por omissão do Poder Executivo Federal ao deixar de estabelecer correção anual dos salários dos servidores públicos federais. A decisão indica ao Poder Executivo a necessidade de editar norma prevendo a revisão, porém, sem nenhum poder de sanção.

Outro problema para a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição é que estes não dependem na maior parte das vezes da existência de uma norma regulamentadora, mas simplesmente de uma conduta ativa por parte do Estado. Nas palavras de Cittadino, “os direitos sociais fundamentais, que integram o sistema de direitos constitucionais, são direitos a prestações cujo objeto pode ser uma ação fática ou uma ação normativa por parte do Estado. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão são institutos associados, exatamente, à obrigatoriedade de ações normativas por parte do poder público (...)”¹⁰. Como então resolver, dentro dos mecanismos instrumentais da Constituição, o problema das assim chamadas “ações fáticas” devidas pelo Estado-prestador?

Portanto, um aspecto decisivo para a plena eficácia dos direitos sociais é que estes são, nos sistemas constitucionais dos *welfare state*, liberdades a serem conquistadas através do Estado, ao contrário das liberdades civis que se afirmam no Estado, como assinala Bobbio¹¹. Ou seja, os direitos sociais são obtidos pelos cidadãos através da atividade estatal não apenas legislativa mas, sobretudo, executiva. Tanto o mandado de injunção como a ação direta de declaração de inconstitucionalidade por omissão são instrumentos que, conceitualmente, não se destinam a compelir o Estado a cumprir norma relativa a direitos sociais, por ação ou abstenção;

⁹ Gisele Cittadino relata a polêmica em detalhes em “Pluralismo...”, p. 69-72.

¹⁰ Cittadino, op. cit., p. 51

¹¹ Sobre a importância da efetivação ou concreção para a vida dos direitos sociais, Bobbio lembra ainda: “Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.” A Era dos Direitos.

limitam-se, apenas, a exigir atividade legislativa para produção de tais normas. Por que tipo de instrumento processual, então, se poderia assegurar a força normativa dos direitos sociais constitucionais? Ou, em outras palavras, “se a Constituição instituiu instrumentos jurídicos para constranger um parlamento, por vezes recalcitrante em cumprir seu poder-dever magno, qual seja de votar e editar atos normativos (e os meios são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e também o mandado de injunção), há que se indagar qual seria o pejo em criar instrumentos jurídicos hábeis a constranger uma administração recalcitrante em cumprir vetores e determinações, diretas e concretas, da lei ou mesmo da Constituição”¹².

Muito embora em sua concepção original (Lei nº 7347/85) estivesse a ação civil pública destinada tão-somente à proteção de certos direitos difusos e coletivos, ao ser erigida à categoria de ação constitucional¹³, transformou-se no mais importante e eficaz instrumento de concreção dos direitos sociais constitucionais, cumprindo de alguma forma o papel que originariamente fora imaginado pelos constituintes para o mandado de injunção¹⁴.

Entre outros fins, a ação civil pública permite ao Ministério Público ou a associações requerer que o Judiciário inste o Executivo a adotar determinadas providências administrativas para assegurar direitos constitucionais, isto é, “a consecução de atos e fatos jurídicos (providências materiais positivas) que dependeriam da livre e prévia opção dos agentes políticos ou previsão orçamentária”¹⁵. Esta participação do Judiciário no processo de decisão política e de resolução de conflitos coletivos, fenômeno conhecido como “judicialização” ou “jurisdicização”, vem suscitando nos últimos anos intenso debate entre cientistas políticos e constitucionalistas sobre suas repercussões para a democracia representativa e a divisão clássica de poderes.

De um lado, os críticos da judicialização, como Celso Fernandes Campilongo, observam que “a democracia constitucional pressupõe a separação entre os sistemas político e jurídico. Sem essa separação não existe democracia. Isso significa que as decisões políticas – exceção feita à sua constitucionalidade – não podem estar submetidas ao controle judicial. (...) Diante das incertezas do processo decisório político (e dos riscos a ele inerentes) o Judiciário estaria, cada vez mais, assumindo um papel de revalidador, legitimador ou instância recursal das decisões políticas. Os temas da política, premidos por uma multiplicidade de demandas, seriam revistos pelo sistema jurídico”¹⁶.

Em sentido contrário, o constitucionalista Luís Roberto Barroso descarta a incompati-

¹² PALU, Oswaldo Luiz. Ministério Público. Inconstitucionalidade, discricionariedade e ação civil pública. “Justitia”, nº 59, jul/dez/97.

¹³ Nos termos do art. 129, inc. III, da Constituição, a ação civil pública destina-se à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

¹⁴ Para a evolução das diversas categorias de interesses difusos e coletivos que desde 1981 foram sendo admitidos como defensáveis por meio da ação civil pública, ver Hugo Nigro Mazzilli. “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”. Para um estudo sobre a ampliação da ação civil pública em direção aos direitos sociais constitucionais, ver MANCUSO, Rodolfo Camargo, “A Ação Civil Pública como Instrumento Judicial das Chamadas Políticas Públicas”, in MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública. Lei nº 7347/85 – 15 anos. Para a evolução histórica da ação civil pública no quadro de transformação institucional do Ministério Público, ver ARANTES, Rogério Bastos, “Ministério Público e Política no Brasil”.

¹⁵ Palu, op. cit., p. 131.

¹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Governo representativo versus governo dos juízes: A autopoiese dos sistemas político e jurídico”. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 8, nº 30, p. 120-126, jan./mar. 2000.

bilidade da judicialização com o sistema democrático representativo: “Sem abandonar o modelo representativo, outras formas de intervenção vêm sendo estudadas e positivadas, com o fito de viabilizar manifestações de outras pessoas e entidades que não tomam parte no governo, mas que se pronunciam, por via institucionalmente disciplinada, dos processos decisórios, tanto os de cunho restrito e específico quanto os que assumem caráter mais geral.” E quanto ao papel político do Judiciário, sustenta: “Embora sua escolha não se dê por via eletiva – e parece bem que seja assim –, também os juízes exercem um poder representativo. Não compromete a legitimidade do regime democrático que uma parcela do poder público, pela natureza de sua destinação, seja atribuída a cidadãos escolhidos por critérios outros que não o sufrágio político.”¹⁷

A ação civil pública, no contexto da judicialização e suas implicações para o sistema político, parece encontrar melhor interpretação em Luiz Werneck Vianna: “As ‘duas’ democracias da Constituição – a da representação e a da participação, mesmo que esta esteja ali como dependente da mediação do direito – não estão em oposição, nem formal nem substantivamente. Fora do campo normativo, no mundo das coisas reais, não há monopólio nem ritual certo para os processos de formação da opinião e de sua conversão em formação da vontade democrática.”¹⁸

Nas duas seções seguintes a questão da judicialização será examinada especificamente no que diz respeito à ação civil pública e aos atores que mais a instrumentalizam: o Ministério Público e as associações civis, com destaque para as possibilidades de enfoque no estudo futuro do tema.

3. A ação civil pública e o Ministério Público

A Constituição de 88, além de ampliar o escopo dos interesses passíveis de tutela por meio da ação civil pública, vinculou a legitimidade do Ministério Público para utilizá-la aos “interesses sociais e individuais indisponíveis” (Constituição, arts. 127 e 129, inc. III). A Lei Complementar nº 75/93, que disciplinou o regime jurídico do Ministério Público da União, previu expressamente o cabimento da ação civil pública para a “proteção dos direitos constitucionais” (LC 75/93, art. 6º, inc. VII, “a”). Some-se a isto o fato de que a própria definição legal de “interesse coletivo”, regulamentada em 1990 com o advento do Código de Defesa do Consumidor, veio permitir que praticamente todos os direitos sociais constitucionais possam ser conceituados como modalidades daquele tipo de interesse: “No ordenamento brasileiro, por definição legislativa (art. 81 do CDC), os interesses difusos e coletivos apresentam, em comum, a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto. Isso significa que a fruição do bem, por parte de um membro da coletividade, implica necessariamente sua fruição por parte de todos, assim como sua negação para um representa a negação para todos. A solução do conflito é, por natureza, a mesma para todo o grupo” (...)¹⁹

No caso dos direitos sociais, em função de sua natureza, seus destinatários são quase sempre particularizáveis em grupos como aposentados do INSS, beneficiários do sistema de

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.

¹⁸ WERNECK VIANNA, Luiz e outros. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos”.

saúde pública, trabalhadores de determinada empresa, alunos de uma escola pública, moradores de áreas públicas invadidas, em oposição ao Estado prestador²⁰. Assim, a ação civil pública vem permitindo ao Judiciário tanto a integração da norma “em branco”, por omissão do Poder Legislativo – na medida em que o juiz pode decidir pelo deferimento de direitos sociais constitucionais independentemente de regulamentação –, como a determinação ao Estado para que pratique ou deixe de praticar ato com o fim de garantir a concretização dos direitos sociais. Desta forma, a ação civil pública vem se transformando lentamente para além de um mero instrumento do processo civil para defesa de interesses difusos e coletivos, seguindo cada vez mais na direção de uma verdadeira ação constitucional de defesa de direitos sociais em dimensão coletiva.

No entanto, esta nova conformação da ação civil pública traz em si dois problemas que ainda demandam estudos mais aprofundados e que dizem respeito à sua recepção pelos Poderes do Estado e pela sociedade. De um lado, as novas implicações que o instituto representa para o Poder Judiciário e para a clássica divisão de poderes, conforme já referido no item anterior. De outro, para o Ministério Público como intérprete qualificado dentro da comunidade e para o papel que a sociedade civil organizada, através da ação civil pública, pode (ou não) desempenhar na defesa de seus direitos constitucionais, independentemente da atuação de qualquer órgão estatal.

Aceitando-se a premissa de que a ação civil pública vem efetivamente se transformando em verdadeira ação de defesa de direitos sociais constitucionais, estaríamos diante de uma posição de relevância do Ministério Público como intérprete privilegiado da Constituição, dentro da comunidade de intérpretes, ou seja, um desequilíbrio em favor do Ministério Público em detrimento de outros grupos (cidadãos, associações, Judiciário, etc.). Fábio Kerche observa com razão que a amplitude de interesses sociais passíveis de tutela judicial ou extrajudicial pelo Ministério Público permite à instituição atuar “em questões tradicionalmente reservadas aos agentes políticos. Ou seja, há ou poderia haver, em caso de empenho, uma espécie de ‘substituição’ dos representantes eleitos pelos representantes ligados ao Ministério Público e legitimados por outros mecanismos que não os eleitorais. Neste sentido a instituição se utiliza (identificando que há espaço para atuar) e contribui (selecionando as mais diversas questões) para a ‘política da justiça’ ou ‘judicialização da política’”. Isto é, a faculdade que o membro do Ministério Público tem de atuar “de ofício” (ou seja, independentemente de provocação) confere-lhe um papel político de destaque dentro da comunidade de intérpretes da Constituição.

Esta nova atribuição conferida ao Ministério Público mudou radicalmente a conduta dos membros da instituição, na medida em que sua natureza é completamente diversa do papel reservado ao promotor ou procurador até antes do advento da Lei da Ação Civil Pública, em 1985 e, particularmente, após a vigência da Constituição de 88: Antônio Augusto Camargo Ferraz, membro do Ministério Público de São Paulo e um dos colaboradores do anteprojeto da ação civil pública de 1985, comenta esta transformação: “O promotor de justiça passou, então,

²⁰ “A grande questão do ponto de vista do potencial raio de ação do MP é que a concepção desses interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é muito ampla e pouco regulamentada do ponto de vista legal. Vai desde o direito à escola, à saúde até a proteção do meio ambiente, sem que, contudo, exista uma legislação infraconstitucional disciplinando todos os seus aspectos.” Fábio Kerche. O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88, *in* SADEK, Maria Tereza. O Sistema de Justiça.

a se sentir diretamente responsável pelos valores e bens que deve defender (o patrimônio público e social, a infância, o meio ambiente, os direitos do consumidor, as normas urbanísticas), sem intermediários, sem trâmites burocráticos e independentemente da existência, ou não, de um processo. Houve, como facilmente se percebe, mudança radical de atitude. O promotor deixou de ser um funcionário de gabinete, de conduta passiva, envolvido apenas com processos ou inquéritos instaurados por terceiros; saiu de sua escrivaninha e dos limites dos fóruns; ganhou as ruas; passou a ter contato direto com fatos sociais, políticos, administrativos e econômicos que, segundo a Constituição e as leis, reclamam sua intervenção.”²¹

Lembre-se que, durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, a idéia de criação de um sistema de *ombudsman* ou ouvidoria-geral dos cidadãos foi deixada de lado justamente por se entender que este papel deveria caber aos membros do Ministério Público, instituição que faria as vezes de “filtro e motor para todas as espécies de queixas, petições e reclamações do público em geral, selecionando os órgãos dos Poderes do Estado que deveriam ser acionados”²².

Esta prevalência de um papel ativo e de destaque aos membros do Ministério Público no processo de interpretação constitucional, por meio da ação civil pública, como já foi observado, vem levando ao seguinte questionamento: não estaria havendo uma forma de desequilíbrio dentro da comunidade de intérpretes, na medida em que a titularidade da principal ação de defesa de direitos constitucionais estaria fortemente vinculada aos integrantes do parquet, em detrimento de outros membros desta comunidade, notadamente a sociedade civil organizada? A moderna teoria de interpretação constitucional vem reservando cada vez mais espaço ao problema da função ideológica do direito pelo exame da situação do intérprete dentro da comunidade²³, o que por sua vez suscita um tema constante da filosofia jurídica (e em especial da teoria crítica): “a discussão da objetividade da norma e da neutralidade de seu aplicador e do papel do direito como instrumento de conservação e de transformação.”²⁴

Dentro da comunidade jurídica já se ouvem muitas vezes preocupadas quanto ao fato de o Ministério Público haver “se assenhorado” da ação civil pública. Em debate promovido pelo Idesp em outubro de 1996, a jurista Ada Pellegrini Grinover, uma das grandes precursoras dos estudos sobre ações coletivas no Brasil, apresentou sua crítica: “...quando eu ouço dizer que o Ministério Público é o titular primário da ação civil pública, porque esta titularidade decorre diretamente da Constituição, que permitiu a legitimação concorrente apenas por lei, eu me pergunto se não seria equivocado esse ponto de vista. A meu ver, o titular primário das ações civis públicas é a sociedade. A condução pelo Ministério Público deveria ser supletiva, exatamente para que, enquanto a sociedade civil não se organizasse, o Ministério Público assumisse a condução desse processo”²⁵.

²¹ FERRAZ, Antônio Augusto M. Camargo. “Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público”. In Edis Milaré (org.). Ação Civil Pública. Lei nº 7347/85 – 15 anos.

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação Política.

²³ Como por exemplo, na obra de Peter Häberle, Hermenêutica Constitucional.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.

²⁵ Participação no painel “O Papel do Ministério entre as Instituições que Compõem o Sistema Brasileiro de Justiça”, Maria Tereza Sadek (org.), O Ministério Público e a Justiça no Brasil.

Sob outro ponto de vista, a ação do Ministério Público em direção à defesa dos interesses coletivos representaria a tentativa de uma instituição (ou parcela da *intelligensia* jurídica) de adequar as reformas formais do sistema democrático brasileiro a uma cultura cívica de baixa densidade, ação que se revestiria de caráter nitidamente político, no sentido de “favorecer, tal como nas lições da ciência política de estilo *tocquevilliano*, a emergência do público em meio ao particularismo privatista”²⁶.

Em perspectiva histórica, a ação civil pública de fato nasceu sob forte influência de membros do Ministério Público, que já a vinham utilizando mesmo antes de sua previsão por lei específica, com base na Lei nº 6938/81, que regulamentava a política nacional de meio ambiente e permitia o ajuizamento de ações civis para reparação de danos ambientais. Muito embora houvesse divergências entre os juristas que colaboraram na elaboração de anteprojeto de lei para defesa de interesses difusos e coletivos, particularmente quanto ao papel a ser desempenhado pelo Ministério Público, prevaleceu no texto aprovado a concepção de integrantes do parquet, já que a instituição ganhou posição de destaque entre os demais co-legitimados, contando com poder de instauração de inquérito e requisição de informações a autoridade e particulares²⁷. Além disto, diversos diplomas legais posteriores à introdução da Lei da Ação Civil Pública também previram a legitimidade do Ministério Público para defesa de novos interesses coletivos como os dos investidores do mercado financeiro, das pessoas portadoras de deficiência, da criança e do adolescente, do consumidor, dos trabalhadores, entre outros. A própria Constituição de 88 ratificou esta forte vinculação da ação civil pública ao discipliná-la no capítulo destinado ao Ministério Público, dentre uma das “funções” da instituição (art. 129, inc, III). Observe-se que as demais ações constitucionais ou estão previstas no Título relativo aos direitos e garantias fundamentais (como a ação popular, o mandado de segurança) ou no capítulo referente ao Poder Judiciário, na parte que trata do controle de constitucionalidade.

O fortalecimento político do Ministério Público na defesa de interesses coletivos se dá também no campo do controle da administração pública, pois a Lei nº 8429/92 permitiu a utilização da ação civil pública para a defesa do patrimônio público contra atos de improbidade administrativa, sem que os eventuais investigados possam recorrer a foro privilegiado, o que dá novos contornos políticos para a atuação de promotores e procuradores.

Outro importante aspecto a se considerar em relação ao Ministério Público diz respeito ao altíssimo grau de independência da instituição no Brasil em relação ao Poder Executivo. Analisando a posição institucional dos “órgãos requerentes” na França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos (os quais, embora sujeitos a controles e responsabilidade em diferentes graus, não gozam da independência do modelo brasileiro), Carlo Guarnieri conclui que a situação do Ministério Público dentro da organização do Estado exerce uma influência decisiva sobre a capacidade do sistema judiciário em atuar politicamente. Isto é, quanto menos centralizado for o controle sobre o Ministério Público, “mais diversificado será o fluxo dos casos que entram no

²⁶ WERNECK VIANNA, Luiz e CARVALHO, Maria Alice Rezende de. “República e Civilização Brasileira”. Newton Bignotto (org.) Pensar a República.

²⁷ Sobre a divergência entre doutrinadores processualistas quanto ao anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública e a história de sua tramitação no Congresso, ver ARANTES, Rogério B., Ministério Público e Política no Brasil.

Judiciário e assim maior sua atuação política”²⁸. Esta função de “filtragem”, no que diz respeito ao Ministério Público brasileiro, é ainda maior não só por causa da sua incomparável independência, mas justamente em face da forte titularidade sobre as ações civis públicas (situação que também não ocorre nos países citados), o que aumenta notavelmente a gama de questões constitucionais e políticas que a instituição é capaz de levar ao Poder Judiciário.

Por fim, ao contrário do que ocorre no processo criminal, o Ministério Público, ao decidir os casos de ajuizamento de ação civil pública, não se sujeita a princípio semelhante ao da obrigatoriedade da ação penal. Isto significa dizer que os seus membros possuem grande discricionariedade ao decidir que questões serão levadas ao Judiciário.

4. Ministério Público, Estado e sociedade civil organizada

A legislação que regula a ação civil pública desde o início previu a possibilidade de sua utilização pela sociedade organizada, através das associações civis. A Constituição de 88, embora de fato reafirmasse a posição de destaque do Ministério Público entre os legitimados, reforçou também a titularidade processual dos atores sociais organizados, já que o § 1º, do art. 129 estabeleceu que “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. E o art. 5º, inc. XXI, da mesma Carta reconheceu que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

A despeito desta ampla legitimação das associações civis, as pesquisas até agora realizadas²⁹ demonstram que ainda há realmente um desequilíbrio entre os autores de ações civis públicas ajuizadas, respondendo o Ministério Público por grande parte delas. Se a Constituição e a legislação infraconstitucional prevêm amplamente a possibilidade de as associações se utilizarem deste instrumento processual, pode-se indagar se o desequilíbrio existente entre Ministério Público e sociedade civil no manejo da ação civil pública decorreria de questões culturais da formação da sociedade brasileira, que seria pouco afeita à solidariedade comunitária e extremamente dependente do Estado para se organizar, conforme conhecida matriz de interpretação sociológica ou se, ao contrário, o problema estaria mais diretamente ligado à natureza da organização judiciária nacional e a conseqüentes dificuldades de acesso à Justiça no País.

A questão merece ser situada no contexto do processo de redemocratização vivenciado nas últimas décadas, sem prejuízo das interpretações sociológicas “de longa duração” mais conhecidas. José Murilo de Carvalho, no já citado trabalho, analisando a evolução da sociedade civil nos últimos tempos, registra o aparecimento de uma nova tendência: “Se há algo importante a fazer em termos de consolidação democrática, é reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político, isto é, para democratizar o poder. A organização da sociedade não precisa e não deve ser feita contra o Estado em si. Ela deve ser feita contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado. Experiências recentes sugerem otimismo ao apontarem na

²⁸ GUARNIERI, Carlo. Magistratura e Política in Italia. Pesì senza Contrappesi.

²⁹ Por exemplo, Paulo César Pinheiro Carneiro. Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública.

direção da colaboração entre sociedade e Estado que não fogem totalmente à tradição, mas a reorientam na direção sugerida. (...) Trata-se do surgimento das organizações não-governamentais que, sem serem parte do governo, desenvolvem atividades de interesse público. (...) Da colaboração entre elas e os governos sociais, estaduais e federal, têm resultado experiências inovadoras no encaminhamento e na solução de problemas sociais, sobretudo nas áreas de educação e direitos civis³⁰.” Sob este prisma, importa descortinar a natureza da relação destes novos movimentos associativos com o Ministério Público, na busca da afirmação de direitos constitucionais.

Ao que tudo indica, as pesquisas que identificam se determinadas ações civis públicas foram propostas pelo Ministério Público ou por associações civis seriam insuficientes para responder a esta indagação. Se se ignorar que muitas das ações ajuizadas pelo Ministério Público tiveram por origem representações e denúncias de entidades civis e organizações não-governamentais, as quais contribuem ativamente durante a fase de investigação, estar-se-á desprezando um componente importante do associativismo³¹. Pelo mesmo motivo, não há como se descartar a atuação extrajudicial do Ministério Público a partir de tais representações. Por outro lado, seria também necessário estudar as hipóteses de atuação de ofício do Ministério Público, em que não há provocação de cidadãos ou associações, para que se possa compreender a natureza de seu voluntarismo político. Uma avaliação do atual estágio de desenvolvimento político brasileiro comum a muitos promotores e procuradores oferece uma perspectiva. Os membros da instituição mais engajados em priorizar a defesa de interesses coletivos e difusos costumam justificar suas posições no entendimento de que a sociedade civil se apresenta “frágil e desorganizada”, cabendo-lhes a missão histórica de preencher este “vácuo”³². Assim, assumindo o Ministério Público o papel de “intérprete dos direitos da sociedade civil”, poderia se transformar em “um agente organizador da vida associativa”³³.

Para um melhor exame dos obstáculos decorrentes das dificuldades de acesso à Justiça para a sociedade civil organizada, é preciso ainda estudos mais aprofundados sobre o porquê de algumas associações optarem por representar ao Ministério Público ao invés de se utilizarem diretamente dos remédios processuais à sua disposição. A possibilidade de resolução de conflitos através do Ministério Público, porém de caráter extrajudicial, sem recurso à máquina do Judiciário, e as dificuldades de formação acadêmica e profissionalização de advogados na área de defesa de interesses coletivos podem estar entre as respostas.

Há também carência de dados sobre a natureza das ações civis públicas ajuizadas por estas associações. É importante conhecer quais são as principais matérias levadas ao conhecimento do Judiciário pelas organizações não-governamentais, para que se possa examinar se este instrumento judicial de participação está se constituindo em uma esfera para a promoção de valores republicanos ou, ao contrário, se é apenas uma forma de disputa econômica por recursos escassos.

³⁰ CARVALHO, op. cit., p. 227.

³¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera a “provocação de inquérito civil” uma forma de participação política na medida em que se abre ao requerente a possibilidade de “produzir elementos de fato relevantes sobre ofensas a interesses difusos”, dando impulso à atividade investigatória do Ministério Público.

³² SILVA, Cátia Aída. Justiça em Jogo: Novas Facetas da Atuação dos Promotores de Justiça.

³³ WERNECK VIANNA, Luiz e CARVALHO, Maria Alice Rezende de. República e Civilização Brasileira.

Também merece abordagem a natureza dos interesses que têm despertado maior luta judicial por parte de associações. Por exemplo, uma prevalência de ações iniciadas por entidades privadas de defesa do consumidor pode indicar que associativismo esteja se consolidando mais nas classes médias.

De igual relevo é o tema da participação política dos sindicatos, pela ação civil pública, no Poder Judiciário. Apesar de uma antiga tradição iniciada no modelo de Estado corporativista de tutela jurisdicional dos conflitos entre capital e trabalho, os sindicatos têm encontrado dificuldade em se adaptar às novas possibilidades abertas pela via da ação civil pública, pela qual poderiam aumentar seu poder de exigir a observância dos direitos da cidadania e sociais nas relações laborais. Parte deste problema pode ser atribuída à resistência da Justiça do Trabalho em reconhecer a legitimidade das entidades sindicais na propositura de ações coletivas³⁴, como também à crise por que passa o movimento sindical no País.

Outro ponto importante para que se dimensione até aonde poderá ir o papel de destaque do Ministério Público dentro da “comunidade de intérpretes” da Constituição refere-se aos limites impostos pelos Tribunais à legitimação da instituição para atuar como “substituto” da cidadania, limites que em última análise vêm sendo determinados pela jurisprudência do STJ e do STF nos últimos anos.

Bibliografia

- ARANTES, Rogério Bastos, “Ministério Público e Política no Brasil”, tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2000.
- BALEEIRO, Aliomar, *In* “A Constituição de 1946”. Constituições Brasileiras, vol. V, Brasília, Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. “Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.” 3ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. “O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.” 5ª Edição. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992.
- CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto M. “Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público”. *In* MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública. Lei 7347/85 – 15 anos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, “Governo Representativo versus Governo dos Juízes: A Autopoiese dos Sistemas Político e Jurídico”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 8, nº 30, p. 120-126, jan.-mar./2000.
- CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1999.
- FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder, 3ª edição, São Paulo, Ed. Globo, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos”, *in* Revista de Processo, ano 25, jan.-mar./2000
- GUARNIERI, Carlo. Magistratura e Política in Italia. Pesì senza Contrappesi. Bologna, Ed. Il Mulino, 1993.
- HÄBERLE, Peter. “Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição”. Tradução de Gilmar Ferreria Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- KERCHE, Fábio. O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88, *in* SADEK, Maria Tereza. “O Sistema de Justiça”. São Paulo, Idesp/Sumaré, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo C. em “A Ação Civil Pública como Instrumento Judicial das Chamadas Políticas Públicas”, *in* MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública. Lei 7347/85 – 15 anos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Direito da Participação Política. Legislativa. Administrativa. Judicial.”

³⁴ De que é exemplo maior o estapafúrdio enunciado 310 do TST, segundo o qual “o art. 8º., inc. III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato”.

- Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1992.
- PALU, Oswaldo Luiz. Ministério Público. “Inconstitucionalidade, Discricionariedade e Ação Civil Pública”. *Justitia*, nº 59, jul.-dez./97.
- PINHEIRO CARNEIRO, Paulo César. Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.
- SADEK, Maria Tereza. “O Ministério Público e a Justiça no Brasil”. São Paulo, Idesp/Editora Sumaré, 1997.
- SILVA, Cátia Aída. “Justiça em Jogo: Novas Facetas da Atuação dos Promotores de Justiça”, São Paulo, Edusp, Fapesp, 2001.
- WERNECK VIANNA, Luiz e outros. “A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.” Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1999.
- WERNECK VIANNA, Luiz e REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice. “República e Civilização Brasileira”. BIGNOTTO, Newton (org.) *Pensar a República*, Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2000.