

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.2

REFORMA JURÍDICO-INSTITUCIONAL NO BRASIL E NOVAS ARTICULAÇÕES ENTRE DIREITO E POLÍTICA:

Considerações sobre a atuação do Ministério Público na área dos direitos difusos

DÉBORA ALVES MACIEL

SUMÁRIO: 1. Novos significados do papel do Poder Judiciário e a judicialização da política – 2. Direitos sociais e Ministério Público: a nova identidade institucional dos promotores de justiça e a lógica em uso dos procedimentos judiciais – 3. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: Os novos padrões de atuação do promotor de justiça brasileiro na defesa dos chamados direitos *difusos* têm sido analisados como uma das manifestações do fenômeno da *judicialização da política*. O artigo discute de que forma os recentes recursos de poder judicial e extra-judicial, atribuídos aos promotores públicos, abrem uma ampla margem de decisão desses atores quanto ao encaminhamento de interesses e conflitos sociais ao Poder Judiciário, resultando em uma dinâmica peculiar de interseção entre esfera jurídica e esfera política.

Palavras-chave: Poder Judiciário – Ministério Público – Reforma jurídica – Política e direito.

O redesenho institucional do Ministério Público brasileiro e os novos padrões de atuação dos promotores públicos na área dos *direitos difusos* trazem elementos importantes na compreensão das relações recentes entre esfera política e esfera jurídica no Brasil. Início este artigo discutindo a noção de *judicialização da política*. A partir daí, faço algumas considerações sobre as novas atribuições do Ministério Público na defesa de direitos sociais e mostro que a judicialização de conflitos sociais e políticos, através dessa Institui-

ção, depende de opções rotineiras, realizadas pelo promotor de justiça, entre o encaminhamento desses conflitos à decisão dos juízes e o uso de procedimentos extrajudiciais que lhes permitem negociar o significado da lei.

1. Novos significados do papel do Poder Judiciário e a judicialização da política

A expressão “*judicialização da política*” tem sido utilizada como categoria conceitual e, simultaneamente, como descrição histórica de um fenômeno detectado tanto nas democracias consolidadas como aquelas em processo de consolidação. Ela refere-se a um novo padrão de intervencionismo judiciário no qual instrumentos de controle da legalidade constitucional conferem ao Poder Judiciário um papel político importante na transformação dos princípios programáticos constitucionais em direito ordinário, possibilitando um “*garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos*” contra outros órgãos de poder soberano, principalmente, o Executivo (Santos,

1996). Relacionada à ampliação do poder político dos juízes, a judicialização da política resulta, entretanto, de um modelo de justiça distinto do modelo liberal clássico, caracterizado pelo ideal de imparcialidade valorativa nas decisões judiciais; pelo ideal da nítida separação entre os três poderes e pela ênfase doutrinária e processual nos conflitos de caráter interindividual.

Na definição de Tate & Vallinder (1995): “a judicialização da política deve normalmente significar (1) a expansão da área de atuação das cortes judiciais ou dos juízes às expensas dos políticos e/ou administradores, isto é, a transferência de direitos de decisão de legislatura, do gabinete ou da administração pública às cortes judiciais ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos judiciais de decisão para fora das próprias cortes judiciais” (p. 13, minha tradução). Judicializar significa chegar a alguma decisão, utilizando os procedimentos típicos da arena judicial: submissão de fatos individuais às normas abstratas e universais preexistentes; efeitos prospectivos da decisão sobre casos no futuro; decisão por um juiz, com base em um saber técnico, especializado. O primeiro sentido do conceito, que será tratado aqui, refere-se aos órgãos de justiça formais que se caracterizam por um novo “ativismo judicial”. Uma das caracterizações do fenômeno está na identificação de uma nova “disposição” dos tribunais em expandir o repertório de questões sobre as quais eles devem decidir, reservadas, anteriormente, ao Legislativo e ao Executivo. A judicialização da política demandaria, portanto, a adesão ativa dos atores judiciais a valores e preferências políticas em relação aqueles de outros decisores, promovendo uma politização dos conflitos judiciais.

Algumas hipóteses têm sido construídas para explicar os novos padrões de intervencionismo judiciário. São elas: a garantia de independência do Poder Judiciário e a sua igualdade político-institucional fren-

te aos outros poderes; a existência de uma política de direitos, formalizada em normas constitucionais, ou a atuação de atores políticos e grupos de interesse que expandem, pela via judicial, a noção de “direitos”, não previstos constitucionalmente; a incapacidade das coalizações governamentais de liderar impasses políticos e a capacidade de oposições políticas e grupos de interesse de atrair disputas à arena judicial; a percepção dos grupos sociais da ineficácia dos poderes políticos na efetivação de direitos, “transferindo” a legitimidade política aos atores judiciais, considerados mais competentes e confiáveis; a delegação voluntária da autoridade de decisão das instituições políticas às Cortes sobre temas com alto custo político (Tate & Vallinder, 1995).

No caso brasileiro, as reformas constitucionais de 1988 consolidaram a importância dos mecanismos judiciais na resolução de conflitos sociais e políticos. A redemocratização com o retorno ao Estado de direito resultou na ampliação das atribuições do Poder Judiciário, como árbitro legítimo para decidir conflitos entre sociedade e Estado e entre os poderes do próprio Estado. Com vistas à ampliação da oferta dos serviços judiciais, a uma justiça mais rápida, ao controle social e político sobre os atos do Executivo e Legislativo, à efetivação de direitos constitucionais foi redefinido o papel institucional do Ministério Público, foram criados os Juizados Especiais de Pequenas Causas e novos mecanismos processuais foram revigorados ou construídos: a ação de inconstitucionalidade; o mandato de injunção; a ação popular; o mandato de segurança coletivo; o referendo popular; o plebiscito e a ação civil pública.

O Poder Judiciário não é mais entendido “*como mero poder neutro, incubido de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares*” (Ferreira Filho, 1994, p. 9). O controle de constitucionalidade pelo Su-

premo Tribunal Federal – mediante a provocação de uma “comunidade de intérpretes” da Constituição¹ – transforma o Judiciário em um “*legislador negativo*”, pela ação direta de inconstitucionalidade (por violação de norma constitucional), e em um “*legislador ativo*”, pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (pelo não cumprimento de norma constitucional). A politização do seu papel expressa-se, fundamentalmente, no controle da administração pública com vistas não só à proteção dos interesses individuais – já previsto na visão liberal clássica – mas, agora, em prol do interesse geral: é legitimado ao juiz determinar compulsoriamente, com prazo fixado, providências administrativas necessárias à execução de norma constitucional de interesse geral.

Os estudos recentes sobre as implicações das reformas político-institucionais na judicialização da política no Brasil têm se concentrado em análises dos usos das ações diretas de inconstitucionalidade, por atores políticos e grupos de interesse, e dos padrões das decisões do Supremo Tribunal Federal². As conclusões de alguns desses estudos são as de que, do ponto de vista da ação desse órgão, o Judiciário brasileiro tem sido cuidadoso ao administrar as suas relações com os demais Poderes, evitando o comportamento que a bibliografia qualifica como *ativismo judicial*. Entretanto, a “descoberta” desse instrumento e o seu crescente uso apontaria para a tendência de uma adesão maior do Supremo

Tribunal Federal ao novo papel de guardião dos direitos fundamentais que lhe foi constitucionalmente confiado.³

2. Direitos sociais e Ministério Público: a nova identidade institucional dos promotores de justiça e a lógica em uso dos procedimentos judiciais

O novo papel do Ministério Público (Ministério Público) na defesa de direitos sociais compõe o quadro das mudanças jurídico-institucionais consolidado pela Constituição de 1988, ampliando o acesso de interesses e conflitos até então excluídos da arena judicial. Entretanto, é importante ressaltar que redesenho institucional do Ministério Público, a construção de uma nova categoria de direitos e de um novo tipo de ação coletiva estão em curso já nos primeiros anos da década de 80. A Lei 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, e a Lei 7.347, de 1985, conhecida como a Lei da Ação Civil Pública, normatizam, pela primeira vez no Brasil, a noção de interesses difusos, disciplinam o uso da ação civil pública (ACP) e conferem ao Ministério Público a titularidade do novo instrumento na defesa desses interesses.

Mantidas as atribuições tradicionais de proteção das relações jurídicas do direito de família, dos interesses dos incapazes, e da defesa da propriedade privada – feitos de usucapião, testamentos e disposições de última vontade – atribui-se à Instituição o controle da probidade administrativa dos agentes do Executivo e do Legislativo, a legitimidade para a proposição da ação direta de inconstitucionalidade, a fiscalização do patrimônio público e dos serviços de relevância pública (Macedo, in Sadek, 1995). O Ministério Público transforma-se, além de titular exclusivo da ação penal, em titular concorrente da ação civil

(1) Podem propor ação de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF).

(2) A este respeito, ver: Castro, 1997; Teixeira, 1977; Vianna e outros, s/d.

(3) Ver, principalmente, Vianna e outros, s/d.

pública que o permite acionar o Poder Judiciário para a proteção dos direitos constitucionais fundamentais. Como uma espécie de “*advogado da sociedade*”, os promotores de justiça passam a ser agentes públicos capazes de pressionar os executivos municipais e estaduais para a implementação de políticas públicas, consideradas necessárias à efetivação desses direitos.

Em termos político-institucionais, o Ministério Público brasileiro adquire autonomia administrativa e independência frente aos outros poderes. *Independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos* são garantias constitucionais que aproximaram as condições da carreira dos membros do Ministério Público às dos juízes. No exercício de suas funções, promotores e procuradores não estão na categoria de “funcionários públicos hierarquizados”. Isto significa que, embora orientados em suas ações pelas diretrizes de uma política da Instituição, os membros do novo Ministério Público gozam de ampla autonomia de ação frente aos próprios órgãos superiores da Instituição, legitimada diretamente pela Constituição e pelas leis existentes. A perda do cargo ou a remoção do cargo ou função não são decorrentes exclusivamente de decisões administrativas, mas de procedimentos judiciais com ampla defesa por parte do procurador ou do promotor (Mazzili, in Ferraz, 1997).

Os direitos difusos – categoria jurídica fundamental na nova agenda político-institucional do Ministério Público – representa uma inovação importante em relação ao ordenamento jurídico tradicional, baseado em princípios essencialmente individualistas. Esses direitos são metaindividuais, indivisíveis e sua titularidade pertence a indivíduos, grupos e comunidades, independente da existência de um vínculo jurídico definido. A sua difusionalidade permite que o autor da ação civil pública seja o “representante” da coletividade e

não necessariamente o titular do interesse a ser tutelado, construindo a idéia de *legitimidade extraordinária*. Como interesses passíveis de reunião em um único processo, as decisões judiciais protegem de modo indeterminado todos os indivíduos atingidos. Assim, ganham acesso ao sistema de justiça consumidores, o cidadão preocupado com a preservação do ambiente natural e cultural, indivíduos atingidos pela propaganda enganosa, contribuintes, participantes de programas habitacionais de massa, pequenos acionistas, pessoas lesadas por instituições financeiras, minorias étnicas, sexuais ou religiosas marginalizadas ou atingidas por atitudes discriminatórias ou segregacionistas etc. (Mancuso, 1994).

O instrumento processual de proteção desses interesses, a ação civil pública, tem também características inovadoras em relação a alguns princípios do Direito Privado. Ressalto quatro delas: 1) a *inversão do ônus da prova* (o réu deve provar que não provocou o dano); 2) a *irrelevância da licitude da atividade* (a aprovação da atividade pelos órgãos públicos competentes não elimina a responsabilização pelos danos); 3) a *responsabilidade objetiva* (comprovada a relação de causalidade entre a ação e o dano, não é necessário demonstrar a existência subjetiva da culpa para a condenação de reparação); 4) e, por fim, “a *condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*” faz com que a sentença judicial imponha ao réu reparar o dano ou suspender a atividade que esteja violando o interesse ou simplesmente pondo-o em risco. Isto implica que as decisões judiciais tenham um caráter de reparação concreta e imediata do dano causado.

Os impactos do uso desse procedimento sobre o processo de decisões judiciais são significativos. Nas áreas do meio ambiente e dos consumidores, por exemplo, o ritmo lento do julgamento pode significar o aumento potencial do risco. Em função

disto, a Lei da Ação Pública confere um significativo grau de discricionariedade ao juiz, permitindo-lhe dar efeito suspensivo aos recursos para evitar danos irreparáveis à parte; ampliar os limites do pedido da obrigação de fazer ou não fazer, quando julgar necessário; definir as medidas cominatórias que obrigam o réu ao cumprimento da sentença (Mancuso, 1994, p. 7-10). É importante enfatizar a presença de aspectos extrajudiciais envolvidos no processo de decisão, exigindo de promotores e juízes uma "segunda especialização" para o tratamento dessas questões.

A Constituição de 1988 ampliou o leque de interesses passíveis de serem protegidos pelo Ministério Público através da ação civil pública, previstos nas Leis de 81 e 85, criando um vasto campo de ação para os promotores de justiça e transformando o Ministério Público em uma importante via de acesso ao Judiciário. No decorrer dos anos 90, uma série de leis serão criadas com vistas à regulamentação dos novos direitos constitucionais: a Lei de proteção aos deficientes físicos, de 1989; a Lei de proteção aos investidores do mercado imobiliário, de 1989; o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990; o Código do Consumidor, de 1990; a Lei dos atos de improbidade administrativa, a lei anticorrupção, de 1992; a Lei de defesa do Patrimônio Público, de 1993; a Lei de defesa da ordem econômica ou da concorrência, de 1994. (Mancuso, 1997).

A novidade da força político-institucional do promotor de justiça está tanto no seu novo recurso de poder judicial, a ACP, como também nos instrumentos administrativos disponíveis, de caráter extrajudicial. O conjunto desses recursos e a variabilidade no seu grau de formalidade expressam a sua capacidade de iniciativa e pressão no controle de irregularidades e ilegalidades que ameaçam direitos constitucionais. A propositura da ação civil pública perante o Judiciário é uma das atribuições institucionais do Ministério Pú-

blico, mas não o seu monopólio. São também legitimados a fazer uso dela a União, estados e municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista e as associações da sociedade civil, constituídas há pelo menos um ano e que tenham, entre as suas finalidades, a proteção do interesse em litígio. No caso da autoria concorrente, o Ministério Público realiza o papel de fiscal da lei.

Os procedimentos extrajudiciais representam uma ampla margem de ação do promotor de justiça e têm um grau variável de formalidade. O inquérito civil é o mais formal e permite ao promotor de justiça recolher provas preparatórias para a propositura ou não da ACP. Inspirado no inquérito policial, esse procedimento é instaurado e presidido pelo próprio Ministério Público. Para isto, ele é dotado de poderes específicos para requisitar informações e documentos de órgãos estatais, instituições privadas ou públicas ou exigir-lhes a realização de exames e perícias em vigor; para fazer inspeções e diligências investigatórias; para notificar cidadãos e autoridades públicas a prestar depoimentos e esclarecimentos, contando, quando necessário, com o auxílio da polícia civil e militar. Entretanto, esses procedimentos podem ser utilizados para a averiguação de irregularidades ou denúncias sem que implique na abertura do inquérito civil. Como forma de pressionar os órgãos da administração pública direta a cumprir seus compromissos, o *termo de ajustamento de conduta* é um outro instrumento extrajudicial importante: se o governo muda e o próximo administrador não investe na produção do bem coletivo acordado (saneamento, por exemplo), o Ministério Público pode cobrar do Executivo o valor estipulado sem discutir em juízo o mérito da questão.

O trabalho de Pereira Silva (1999), baseado em entrevista com promotores das diversas áreas dos interesses difusos e comarcas, mostra que o uso de procedimentos extrajudiciais não tem se restringido à

instauração do inquérito civil, principalmente nas comarcas de primeira e segunda entrâncias. Na descrição dos próprios promotores sobre as suas atividades, a organização de *blitz* ou diligências, requisitando a presença de autoridades governamentais e organizações não-governamentais, pode ser uma das maneiras menos formalizadas de pressionar o Poder Público a tomar medidas de punição administrativa contra as irregularidades observadas. A sua intervenção pode ir além até mesmo do uso dos procedimentos extrajudiciais, quando eles participam de iniciativas conjuntas com organismos governamentais ou de campanhas, da fundação de organizações não-governamentais, articulando forças políticas locais e mobilizando os recursos comunitários existentes.

Estudos sobre o Ministério Público têm identificado no novo papel da Instituição uma manifestação do fenômeno da judicialização da política. (Arantes, 1999; Pereira Silva, 1999). De fato, ao ser legitimado a agir judicialmente na defesa dos interesses difusos, o promotor público: traz à rotina judiciária ações de conteúdo social e coletivo; pressiona os executivos a tomarem medidas, consideradas necessárias à efetivação de direitos constitucionais e influência decisões legislativas com vistas à leis regulamentadoras específicas. Entretanto, a aplicação do conceito de judicialização da política via Ministério Público requer o reconhecimento das peculiaridades do contexto de decisão do promotor de justiça brasileiro. Se as decisões do juiz, estão circunscritas, fundamentalmente, a um exercício formal de autoridade judicial, sustentado em ações jurisdicionais, as do promotor público não, em função dos seus recursos de autoridade formal e informal expressos : a) na sua posição de via de acesso e agente ativador do Poder Judiciário; b) na sua capacidade judicial de construção jurídica de demandas e interesses; c) na autonomia institucional de ação e na sua capacidade política

de pressão extrajudicial sobre agências estatais, cidadãos, empresas públicas e privadas etc; d) na sua capacidade de, em alguns contextos, desempenhar o papel de “articulador político”.

Assim, se o seu poder de pressão advém da ameaça potencial de uso do poder judicial formal – e, portanto, da possibilidade de submeter as decisões aos métodos típicos da esfera legal – o que chama a atenção no novo papel dos promotores é a possibilidade de uso de recursos extrajudiciais, com graus variados de formalidade, como forma “deliberada” de provocar efeitos na formulação e implementação de políticas sociais. Isto significa que os promotores públicos são potencialmente capazes de aliar competência técnica e especializada – atributos típicos da sua identidade como ator judicial – à capacidade de ação política.

Neste sentido, as escolhas feitas pelos promotores em relação ao uso desses recursos implicam em efeitos diferenciados sobre o acesso de conflitos e demandas ao Judiciário. As “razões” dessas escolhas tendem a ser justificadas por críticas ao funcionamento desse Poder, à cultura jurídica dos juízes e ao seu desconhecimento de matérias específicas, elementos presentes no discurso dos promotores sobre a avaliação da justiça no Brasil (Sadek, 1997; Pereira Silva, 1999). Ao valer-se do recurso da ação civil pública, o promotor de justiça corre o risco de ter decisões desfavoráveis no julgamento de suas iniciativas, em função das questões doutrinárias em torno dos direitos difusos e dos formalismos legais com os quais estão comprometidos os juízes. De fato, o Judiciário brasileiro tem sido resistente na aceitação da legitimidade extraordinária – possibilidade jurídica, característica da idéia de interesse difuso, de alguém, em nome próprio, defender interesse alheio – até mesmo quando o Ministério Público é o autor da ação (Arantes, 1999). As decisões judiciais desfavoráveis podem, no limite, deslegitimar o próprio

instrumento judicial e a capacidade de iniciativa do promotor.

Por outro lado, a opção pelo uso de procedimentos extrajudiciais permite ao promotor selecionar e controlar o acesso dos conflitos e demandas ao Poder Judiciário. O uso do inquérito civil, o envolvimento com as comunidades locais, as parcerias estabelecidas com organizações governamentais e não-governamentais são iniciativas que podem representar a priorização de uma atuação preventiva e a busca de uma “solução negociada” dos conflitos, dispensando o recurso à ação judicial. A escolha por procedimentos dessa natureza podem implicar na criação de outras formas de racionalização das atividades no interior das Promotorias especializadas. O *Protocolado Geral*, criado pelos promotores da área ambiental da comarca de São Paulo, visa a compatibilização entre a atuação individualizada do promotor e os objetivos gerais da Promotoria. Ele é um procedimento investigatório, contendo dados sobre os agentes envolvidos em atividades de interesse ambiental e sua adequação em relação às exigências legais. Os problemas concretos, detectados a partir daí, passam a ser objetos de uma atuação sistemática do promotor que, assim, antecipa-se às possíveis denúncias.

3. Conclusão

Chama a atenção de pesquisadores sobre o sistema de justiça brasileiro o campo aberto de atuação aos promotores no Brasil, na área dos interesses difusos. A lógica em uso dos procedimentos disponíveis demonstram que as reformas formais-legais não têm prescindido de um significativo *ativismo judicial e político*, por parte desses atores, na construção de sua identidade e da sua legitimidade político-institucional. É um problema de investigação empírica detectar o grau e a intensidade com os quais os diversos procedimentos são utili-

zados nas áreas específicas de atuação, verificando como os tipos de conflitos, de interesses e de atores influenciam nessas escolhas. De todo modo, as características de atuação dos promotores apontam para diferenças significativas em relação à dinâmica de judicialização em órgãos superiores do Judiciário, diferenças importantes de serem analisadas em função dos papéis e das posições distintas desses atores no sistema judicial.

A judicialização da política não pode ser entendida, essencialmente, como a solução de conflitos sociais e políticos mediante a aplicação técnica do direito (Arantes, 1999). Nem mesmo a “aplicação técnica do direito”, como ideal de neutralidade do modelo liberal de justiça, elimina escolhas feitas pelos decisores judiciais: esses afirmam políticas existentes quando escolhem fazer a política da “não política”. Na verdade, uma das implicações da judicialização é a de um papel político mais positivo desses decisores do que aquele envolvido em uma “não-decisão” judicial (Tate & Vallinder, 1995). As mudanças das expectativas em relação à função do Judiciário, nas sociedades contemporâneas, têm exigido a busca de adequação entre procedimentos jurídicos e a produção de justiça e, advindo dessas mudanças, o fenômeno da judicialização tem como seu correlato importante a “*politização da justiça*”.

Bibliografia

- ARANTES, Rogério S. Direito e política: Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 14 (39): 83-102, fev./1999.
- CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 12 (34): 148-156, jun./1997.
- FERREIRA FILHO, M.G. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, 198: 1-17, 1994.

- MACEDO, Ronaldo Porto Macedo Jr. *A evolução institucional do Ministério Público*.
- MANCUSO, Rodolfo C. *A defesa dos interesses difusos em juízo. Meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. São Paulo : RT, 1994.
- MAZZILI, Hugo N. Independência do Ministério Público. In FERRAZ, Antônio Augusto Mello (coord.) *Ministério Público. Instituição e Processo*. São Paulo : Atlas, 1997.
- PEREIRA SILVA, Cátia Aida. Novas facetas da atuação dos promotores de justiça. Um estudo sobre o Ministério Público e a defesa dos interesses sociais. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 1999.
- SADEK, T (org.) *O Ministério Público e a justiça no Brasil*. São Paulo : IDESP/Sumaré, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Souza, e outros. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 11(30): 29-62, fev./1996.
- TATE, C. Neal & VALLINDER, T. (ed.) *The global expansion of judicial power*. New York : New York University Press, 1995.
- TEIXEIRA, Ariosto. A judicialização da política no Brasil (1990-1996). Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB, 1997.
- VIANNA, Luiz Werneck e outros. *A judicialização da política*, s/d, mimeo.