

Copyright 2002 by Rogério Bastos Arantes

Capa: Marcos Keith Takahashi
Projeto Gráfico: Marcos Keith Takahashi
Editoração Eletrônica: Ana Novais
Editoração de Texto: Marilena Vizenin

EDITORA SUMARÉ

IDESP – Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo

Rua Desembargador Guimarães, 21 – Água Branca

Telefone: 36733259

Fax: 36731605

Cep: 05002-050

E-mail: idesp@uol.com.br

EDUC – Editora da PUC-SP

Rua Ministro Godói, 1213

Cep: 05015-001 – São Paulo – SP

Telefone: (11) 3873-3359

Fax: (11) 3873-6133

E-mail: educ@puccsp.br

ROGÉRIO BASTOS ARANTES

MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍTICA NO BRASIL

Viver é muito perigoso... Querer o bem com demais força, de incerto jeito,
pode já estar sendo se querendo o mal, por principiar.
Esses homens! Todos puxavam o mundo para si, para o concertar
consertado. Mas cada um só vê e entende as coisas dum seu modo.

JOÃO GUIMARÃES ROSA, Grande Sertão: Veredas

mações, a saber: o *survey O Ministério Público e a Justiça no Brasil*, que sustenta boa parte das conclusões deste livro, desenvolvido no Idesp em 1995 e 1996; pesquisa qualitativa que resultou em 27 entrevistas em profundidade com promotores e procuradores, juristas, parlamentares e pessoas que protagonizaram os casos selecionados para estudo; levantamento e análise de documentos e relatórios de atividades de órgãos auxiliares do Ministério Público; levantamento e análise das estatísticas disponíveis sobre ações judiciais nas áreas de patrimônio público e serviços de relevância pública; estudo de processos judiciais específicos e exemplares da atuação da instituição nessas áreas; análise da produção jurídica, dirigida ao debate público, de promotores e procuradores e, por último, acompanhamento da cobertura, pelos principais jornais, dos casos envolvendo o Ministério Público e que foram aqui analisados.

Este trabalho, com algumas modificações, é fruto de minha tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo em novembro de 2000. Gostaria de agradecer a todos que ajudaram na sua realização e, especialmente, aos professores que participaram da defesa da tese, trazendo críticas, sugestões e testando os limites do argumento (embora não tenham nenhuma responsabilidade sobre os problemas remanescentes na versão que agora levo à publicação): professores Bolívar Lamounier, José Eduardo Faria, Eduardo Kugelmas, José Reinaldo de Lima Lopes e, especialmente, Maria Tereza Sadek. Agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pelo auxílio financeiro no período 1995-1996, e à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela concessão de horas-pesquisa no período de agosto de 1998 a março de 2000. Agradeço ao Idesp, pelas condições favoráveis nas quais a presente pesquisa foi desenvolvida bem como, na pessoa de Sergio Miceli, pelo apoio à presente publicação. Este livro contou com auxílio financeiro da Fapesp, à qual sou extremamente grato.

CAPÍTULO I

A RECONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

As funções do Ministério Público subiram, pois, ainda mais, de autoridade, em nossos dias. Ele se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado! Se Montesquieu tivesse escrito hoje O Espírito das leis, por certo não seria triplice, mas quádrupla a divisão dos poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele - o que defende a sociedade e a lei, perante a justiça, para a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado.

ALFREDO VALLADÃO, 1914¹

INTRODUÇÃO

A história da reconstrução institucional do Ministério Público brasileiro é uma história de sucesso. Em menos de vinte anos, a instituição conseguiu passar de mero apêndice do Poder Executivo para a condição de órgão independente e, nesse processo que alterou sua estrutura, funções e privilégios, o Ministério Público também abandonou seu papel de advogado dos interesses do Estado para arvorar-se em defensor público da sociedade.

1. Alfredo Valladão, "Ministério Público junto ao Tribunal de Contas", *Jornal do Comércio*, 19/4/1914 (republished in *Revista dos Tribunais*, 225, jul. 1954, pp. 33-39). Alfredo Valladão atuou como membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, entre 1905 e 1914, tornando-se depois ministro do mesmo tribunal, cargo que ocupou até 1935.

Neste capítulo, descreverei os passos que levaram o Ministério Público a ocupar lugar de destaque no cenário político brasileiro. O relato dos momentos mais importantes dessa história de sucesso permitirá salientar o primeiro e talvez mais relevante aspecto do processo de judicialização da política e de politização da justiça no Brasil: o *voluntarismo político* de promotores e procuradores no sentido da reconstrução institucional do Ministério Público e da sua pretensão de transformar-se em agente político responsável pela defesa da cidadania. Através da noção de voluntarismo político, queremos destacar a dimensão endógena desse processo de transformação do Ministério Público e demonstrar que seu êxito decorreu da ação deliberada e consciente de seus próprios integrantes, sustentada por uma avaliação peculiar da sociedade e do Estado no Brasil e animada por uma concepção ideológica do seu papel político nesse contexto. O destaque da dimensão endógena nos permitirá demonstrar como promotores e procuradores decidiram não só fazer história, mas estão conseguindo fazê-la quase integralmente como querem.²

A análise do voluntarismo político, fenômeno que se aproxima daquilo que os estudos nessa área chamam de *ativismo judicial*,³ exige algumas definições conceituais e metodológicas preliminares.

2. Cabe registrar que adotaremos neste trabalho a expressão padrão de "promotores e procuradores" para nos referirmos genericamente aos integrantes do Ministério Público em todos os seus ramos e níveis de atuação. Essa nomenclatura é a única forma de contemplar desde o *promotor de justiça*, que atua na primeira instância da justiça estadual, até o procurador geral da República que chefia o Ministério Público Federal, passando pelas demais instâncias e ramos dos ministérios públicos estaduais, federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e dos Territórios. Ao mesmo tempo, cabe lembrar que essa nomenclatura não inclui os procuradores de Estado, que estão vinculados aos poderes executivos municipais e estaduais e não têm qualquer relação com o Ministério Público. Apenas faremos referência a cargos específicos quando for necessário.

3. Existe uma vasta bibliografia sobre o tema do *ativismo judicial*, desde análises sociológicas, centradas nos aspectos comportamentais e ideológicos dos agentes judiciais, até estudos políticos sobre os diferentes modelos institucionais de relação das instituições de justiça com o sistema político. Pode-se dizer que o tema da *judicialização da política e da politização da justiça* é um desdobramento e uma atualização do clássico problema do *ativismo judicial*. A respeito dessa temática, apresentaram referências importantes para o presente estudo, os trabalhos de Mauro Cappelletti, *Justiz Irresponsáveis*; 1998 e *Justiz Legisladores*; 1999; Mauro Cappelletti & Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, 1988; Antoine Garapon, *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*, 1998; C. Tate Neal & Torbjorn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, 1997; Mary L. Volkanssek (ed.), *Judicial Politics and Policy-Making*

A hipótese assumida aqui é a de que a reconstrução institucional do Ministério Público foi impulsionada e determinada *endógenamente*, isto é, as sucessivas mudanças sofridas pela instituição nos últimos anos foram intencionalmente perseguidas pelos seus próprios integrantes.⁴ Evidentemente, a explicação histórica baseada no princípio da intencionalidade dos atores não se completa sem a inclusão de outras duas dimensões: a interferência ambiental — normalmente associada a estruturas preexistentes que influenciam os cursos de ação possíveis — e a inter-relação entre os agentes envolvidos. No nosso caso específico, é fácil verificar como essas duas dimensões podem interferir na explicação do processo de reconstrução institucional do Ministério Público, chamando nossa atenção para os contrastantes impostos pelo ambiente externo e para a inter-relação com outras instituições em jogo. As mudanças ocorridas no Ministério Público nos últimos vinte anos resultaram, em grande parte, de alterações legislativas e constitucionais que tiveram lugar na esfera política. Nesse sentido, deve-se reconhecer que os poderes executivo e legislativo, federais e estaduais, podem ter desempenhado papel importante nesse processo e é razoável supor que as propostas e reivindicações do Ministério Público tenham sido revistas e discutidas por parlamentares, partidos políticos e membros do poder executivo, que tiveram assim a oportunidade de influenciar o processo que levou ao estabelecimento dos novos rumos da instituição. No que diz respeito a essas dimensões *exógenas*, nossa pesquisa limitou-se a demonstrar que, embora tenha se efetivado na esfera política, grande parte das alterações produzidas desde os anos de 1970 nasceu de sugestões e pressões da própria instituição.

A decisão metodológica de salientar a origem endógena das propostas de mudança (mais do que o ambiente institucional no qual elas foram aprovadas ou mesmo como reagiram os demais agentes) teve a finalidade de realçar a característica de *institution-building* do

in *Western Europe*, 1992; Carlo Guarnieri & Patrizia Pederzoli, "L'Espansione del Potere Giudiziario nelle Democrazie Contemporanee", 1996.

4. As considerações de ordem metodológica feitas a seguir e a preocupação com a dimensão da *intencionalidade* dos atores estão baseadas nas lições de Elster, Jon, *Explaining Technical Change*, 1983.

processo que levou o Ministério Público a construir sua nova identidade institucional, conquistando independência e aproximando-se pretenciosamente da figura de quarto poder da República.⁵ Nessa perspectiva, nossa pesquisa limitou-se a mostrar, na maioria das vezes, a coincidência entre o que foi proposto pelo Ministério Público e o que foi aprovado no Legislativo e, em alguns momentos cruciais, demonstramos também como *lobbies* eficientes da instituição junto ao Executivo e ao Legislativo foram determinantes na conquista de novas atribuições e poderes, como foi o caso da Lei da ação civil pública, em 1985, e da Constituinte, em 1987-1988. De qualquer modo, também reconhecemos que essa estratégia metodológica não é capaz de produzir um quadro explicativo completo, nem é essa a nossa pretensão. O que este livro afirma com convicção é que o movimento interno que tomou conta do Ministério Público nas últimas décadas é o principal responsável por tantas mudanças em um prazo tão curto de tempo.

A segunda ressalva a fazer sobre essa opção metodológica é que não pretendemos traçar um quadro interno da instituição a ponto de distinguir as diversas correntes doutrinárias e ideológicas certamente existentes. Nossa análise busca elementos endógenos que expliquem o sucesso da reconstrução do Ministério Público, mas não se confunde com as análises de tipo organizacional. Não importa explicar aqui como grupos internos saíram-se melhor do que outros, mas como as opções vitoriosas foram imprimindo um novo perfil institucional ao Ministério Público e quais as consequências desse processo sobre o sistema político mais amplo.

Em síntese, o que se pretende salientar é que o Ministério Público de hoje é resultado, em grande medida, do que desejaram e fizeram seus próprios integrantes, para além ou aquém das tendências do meio ambiente institucional e a despeito de visões internas divergentes terem ficado pelo caminho. Embora se reconheça que essas outras

5. Outra fonte de inspiração metodológica, menos pela análise de tipo organizacional e mais pela habilidade com que mostra os valores ideológicos da corporação e sua relação com o mundo político, é a abordagem de Edmundo Campos Coelho sobre a formação da identidade do Exército brasileiro. Edmundo Campos Coelho, *Em Busca de Identidade: O Exército e a Política na Sociedade Brasileira*, 1976.

duas dimensões sejam importantes, orientar-se por elas seria perder de vista o que temos de mais precioso nessa história: o voluntarismo político de promotores e procuradores e seus valores ideológicos peculiaridades. Focalizar o curso de ação vitorioso desses (re)construtores institucionais parece bem mais interessante do que tentar mostrar a influência do meio ambiente, ou ainda do que contar a história dos que foram derrotados no embate interno ou que simplesmente se deram por satisfeitos com as funções tradicionais da instituição.⁶

De certo modo, estamos seguindo aqui a recomendação feita por Plínio Arruda Sampaio, um dos mais destacados representantes do Ministério Público de São Paulo, que, como deputado federal no Congresso Nacional Constituinte de 1987-1988, foi um dos principais responsáveis pelo novo perfil da instituição. Em entrevista, Plínio Sampaio retomou aspectos históricos que foram dando forma ao Ministério Público, primeiro como apêndice do Executivo e depois como organismo independente e com pretensões de se tornar o quarto poder. No momento em que descrevia como a geração de seu pai, também integrante destacado da instituição, conseguiu introduzir mudanças que fortaleceram a instituição, concluiu Plínio:

Eu acompanhei, eu vi muitas vezes meu pai discutindo isso com os colegas porque as reuniões eram lá em casa. Então o que aconteceu? Você criou um grupo que não fazia outra coisa se não essa, um grupo que vinha de uma história de afirmação contra o arbítrio [do Estado Novo]. A velha tradição não se explica sem os fundadores, uma instituição não existe sem *founding fathers*. Eu convivi com eles, eu vi lá em casa as brigas que eles tinham, as disputas, as rivalidades. Mas eram os *founding fathers*. A instituição era deles, só pensavam nisso, não pensavam em nada mais, e eles foram criando [...]. Isso foi um processo de luta, isso não foi uma coisa assim suave, não foi uma reivindicação administrativa, foi um processo de luta política, um processo de construção nacional, de construção de uma instituição nacional (Plínio Arruda Sampaio, entrevista concedida em 7/7/1995).

O que vemos a seguir é que, em vinte anos de alterações legais e constitucionais relativas à instituição, o Ministério Público pratica-

6. Cabe registrar que essa estratégia metodológica não escapou completamente do recurso à explicação *ex post facto*, como recomenda a análise de tipo intencional. De qualquer modo, como toda explicação analítica, esta aqui também está sujeita a rejeição e novas interpretações.

mente não conheceu derrotas. Muito antes da redemocratização do país, o Ministério Público iniciou sua transformação rumo à condição de "defensor da cidadania", numa fase em que ainda crescia corparativamente à sombra do Poder Executivo, em pleno regime autoritário. O ponto de inflexão nesse sentido parece ter sido a função de defesa do interesse público, concedida pelo Código de Processo Civil em 1973, e que constitui precisamente o marco inicial de nosso relato sobre a história recente do Ministério Público. Em seguida, no final da ditadura militar e coincidindo com a ascensão dos chamados "novos movimentos sociais", de forte conotação anti-Estado, o Ministério Público conseguiu uma segunda grande vitória: canalizar para si uma das mais radicais transformações do Direito brasileiro — a introdução dos direitos difusos e coletivos no ordenamento jurídico⁷ e dos instrumentos destinados à sua tutela jurisdicional — enquanto o debate jurídico e político que alimentava essa mudança preconizava o fortalecimento da sociedade civil e nutria profunda desconfiança em relação a instituições estatais como o Ministério Público. Na verdade, como veremos, essa paradoxal ascensão do Ministério Público num contexto marcado por ideologias anti-Estado só ocorreu porque, no curso da redemocratização do país, o Ministério Público lutou para se desvincular do Poder Executivo e para construir uma imagem de agente da sociedade na fiscalização dos poderes políticos. Nesse sentido, por mais contraditório que pareça, o Ministério Público soube captar o sentido da mudança nos anos de 1980 e, na virada da redemocratização, posicionou-se ao lado da sociedade e de costas para o Estado, apesar de ser parte dele.

Quando o país retornou ao governo civil em 1985 e, na sequência, teve nova oportunidade de se reorganizar constitucionalmente, o Ministério Público já se encontrava em posição de vantagem, em condições de pleitear o papel de defensor da cidadania, e, por essa razão, teve maior facilidade para consolidar suas novas atribuições na Carta Magna de 1988. Na verdade, o *lobby* da instituição na constituinte não só afastou opções concorrentes — como a criação do *ombudsman* — como encontrou ambiente favorável para arrematar a evolução dos anos an-

7. Para uma definição desses direitos, ver anexo, Quadro 1.

teriores, com uma série de garantias e privilégios que tornaram a instituição finalmente independente dos três poderes.

A Constituição também criou novas oportunidades de ação política para o Ministério Público e deu novo impulso à normatização de outros direitos difusos e coletivos. Nenhuma das várias leis criadas após 1988, relativas a direitos metaindividuais, deixou de reservar funções excepcionais ao Ministério Público. Além disso, o que essas novas leis sobre direitos substantivos não fizeram, as Leis Orgânicas da própria instituição (da União, a Nacional, e estaduais) se encarregaram de fazer, preenchendo lacunas e esticando ao máximo os princípios constitucionais favoráveis ao Ministério Público. Mesmo depois de vários anos de vigência da Constituição e das Leis Orgânicas, não se pode dizer que o potencial de expansão institucional do Ministério Público tenha se esgotado. Mudanças internas recentes, como a criação dos chamados Grupos de Atuação Especial, ainda estão ocorrendo como desdobramento de princípios hibernados nesses textos legais, mas que só agora encontraram as condições favoráveis para serem implementados. Finalmente, o que veremos neste capítulo é que, depois de duas décadas de avanço contínuo, o Ministério Público parece que rer selar sua estratégia de crescimento, paradoxalmente, desvencilhando-se de funções que no passado recente credenciaram a instituição a assumir o papel de defensor da sociedade. Refiro-me ao fato de que integrantes do Ministério Público têm revisado o conceito de interesse público, do Código do Processo Civil de 1973, e estão propondo a redução das suas atribuições na área cível, sob a alegação de que chegou o momento de se livrar das questões vistas como menores, para se dedicarem aos grandes problemas da cidadania. Este será o último dos marcos importantes da história que reconstruiremos nesse capítulo.

PERCURSO GERAL Da Proteção dos Incapazes e dos Direitos Individuais Indisponíveis à Proteção dos Direitos Sociais Indisponíveis e da Sociedade Civil Hipossuficiente

A origem do Ministério Público e a fixação de suas competências no processo judicial estão ligadas, historicamente, a algumas finalidades básicas. De um lado, na esfera penal, o monopólio do uso da violência pelo Estado exigiu que uma de suas instituições se espe-

cializasse na função da persecução criminal. Nesse sentido, o Ministério Público tornou-se o titular da Ação Penal Pública, encarregando-se de acionar o Poder Judiciário com vistas à aplicação da pena nos crimes codificados pela legislação. A tarefa de punir é exclusividade do Estado e o Ministério Público é o órgão estatal que detém a responsabilidade exclusiva da acusação no processo criminal. Apenas de modo subsidiário, a vítima ou seu representante pode atuar neste tipo de processo judicial. Por outro lado, na esfera cível, a atuação do Ministério Público esteve historicamente vinculada a processos relativos 1) a direitos individuais *indisponíveis* ou 2) envolvendo indivíduos considerados *incapazes*. No primeiro caso, promotores e procuradores atuam mais freqüentemente como órgão interveniente, fiscalizando a aplicação da lei pelo juiz (*custos legis*). No segundo caso, promotores e procuradores agem em defesa dos direitos daqueles que não têm capacidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil, ao mesmo tempo em que zelam pelo interesse público consubstanciado na aplicação adequada da lei nesses casos.

Segundo o Art. 82 do Código do Processo Civil brasileiro, compete ao Ministério Público intervir 1) nas causas em que há interesse de incapazes e 2) nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade. Essas duas funções do Ministério Público na esfera cível estão fortemente marcadas pela idéia de uma dupla fragilidade a requerer proteção estatal, respectivamente: a fragilidade do indivíduo incapaz e a fragilidade da sociedade em preservar certos valores e direitos que ela mesma definiu um dia como permanentes e que, exatamente por isso, são fixados como indisponíveis no ordenamento jurídico. Esse é o primeiro ponto de nossa tese sobre a reconstrução institucional do Ministério Público que gostaríamos de fixar aqui: *incapacidade individual e indisponibilidade de certos direitos são os dois princípios originários que justificam a presença do Ministério Público na esfera cível.*

Por outro lado, deve-se lembrar que essa intervenção constitui *exceção* no processo judicial típico do direito liberal clássico. Em outras palavras, o ordenamento jurídico moderno está baseado nos princípios da autonomia pessoal e da disponibilidade dos direitos indivi-

duais como formas de realização da almejada liberdade individual. Nesse sentido, no plano jurídico, somente situações excepcionais permitem que o Estado intervenha na esfera da vida privada sem ser chamado. Como se viu, o Art. 82, incisos I e II do CPC autoriza o Ministério Público a intervir na esfera cível, naqueles casos especiais, a despeito da vontade das partes envolvidas. Nesse sentido, trata-se de um princípio pré-liberal, mas que sobreviveu à fundamentação individualista do direito moderno. Como diz Bobbio, a noção de *incapazes* remonta à concepção paternalista da sociedade, a qual pode ser demonstrada também por meio da clássica oposição entre governo dos homens *versus* governo das leis:

O governo dos homens como alternativa positiva ao governo das leis se apresenta na sua forma mais rudimentar através da figura do soberano-pai ou do soberano-patrão, ou seja, aparece nas concepções paternalistas ou patriarcalistas (no limite também na despótica) do poder, naquelas doutrinas em que o Estado é considerado como uma família *in grande* — ou paterna, ou patriarcal, ou patronal, conforme os autores — e o poder do soberano é assimilado ao do pai ou do patriarca ou do patrão. Grande ou pequena, patronal ou apenas paterna, a família sempre foi elevada a modelo, ao menos até Locke, do grupo monocrático, no qual o sumo poder está concentrado nas mãos de um único e os súditos são, no sentido jurídico da palavra, “incapazes” — ou temporariamente até a maioridade, como é o caso dos filhos, ou perenemente como é o caso dos escravos.⁸

A diferença importante entre o paternalismo de tipo tradicional e a concepção jurídica da incapacidade individual remanescente no direito contemporâneo é que o primeiro se caracterizava pelo exercício desregado e irresistível do poder, ao passo que a previsão legal de atuação tutelar do Estado hoje se submete ao princípio mais amplo do Estado de Direito e da limitação do poder político.

A excepcionalidade da intervenção tutelar do Estado na esfera cível só se justifica modernamente nos casos em que direitos individuais ganham dimensão de ordem pública, e por isso carecem de proteção especial. Nesse sentido, existe certa semelhança entre a natureza do monopólio da ação penal pelo Ministério Público e suas

8. Norberto Bobbio, *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*, 1986, p. 162 (grifo meu).

atribuições excepcionais na esfera cível que, por essa razão, são consideradas pela doutrina jurídica como casos de *ação civil pública* (em sentido genérico).⁹ Evidentemente, a idéia de que se trata de exceção só faz sentido para os países que, de maneira geral, estão estruturados em torno do princípio liberal do Estado de Direito. O mesmo não se pode dizer dos regimes autoritários modernos, nos quais o princípio tutelar continuou sendo o fundamento do ordenamento jurídico. Como diz Lopes,

[...] sendo o conceito de ordem pública a um só tempo variável e elástico, o exercício da ação civil pública [em sentido genérico], em grau maior ou menor, decorre necessariamente da própria concepção de Estado em dado momento e do significado que, para ele, tenha a ordem pública. Representa ela, efetivamente, uma quebra ao princípio dispositivo pela introdução do princípio inquisitivo. Se em nosso direito é ela uma exceção, no direito soviético, por exemplo, atinge proporções até certo ponto graves.¹⁰

Mas afinal, que tipo de incapacidade individual requer a presença tutelar do Estado, por intermédio do Ministério Público? Diz o Art. 5 do código civil brasileiro:

- Art. 5 – São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
- I – os menores de 16 (dezesseis) anos;
 - II – os loucos de todo o gênero;
 - III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;
 - IV – os ausentes, declarados tais por ato do juiz.
- Art. 6 – São incapazes, relativamente a certos atos (Art. 147, inciso I), ou à manci-
ra de os exercer:
- I – os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (artigos n. 154 a 156);
 - II – os pródigos;
 - III – os silvícolas.
- Parágrafo único – Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em

9. José Fernando da Silva Lopes, *O Ministério Público e o Processo Civil. As Posições Fundamentais do Ministério Público no Novo Processo Civil Brasileiro*, 1976, pp 9-10. Ver também Antonio C. de A. Cintra, Ada P. Grinover & Candido R. Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 1974, p. 263.

10. José F. S. Lopes, *op. cit.*, 1976, p. 11.

leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país.¹¹

O segundo ponto que gostaríamos de fixar é este: se a presença do Ministério Público no processo civil está condicionada originalmente a situações de incapacidade da parte e/ou indisponibilidade de direitos, a ampliação das hipóteses de atuação do Ministério Público na área cível teria necessariamente de obedecer a pelo menos um desses dois critérios, sob pena de ser inaceitável juridicamente. De fato, como veremos nesse capítulo, a extraordinária expansão do Ministério Público no processo civil brasileiro, ao longo dos últimos vinte anos, só foi possível porque o mesmo movimento que levou ao reconhecimento legal dos direitos difusos e coletivos, postulou sua natureza frágil e a incapacidade da sociedade de defendê-los por conta própria. Eis, portanto, os termos do grande paradoxo que caracteriza a evolução recente do direito brasileiro: o mesmo processo que, nos anos de 1970 e 1980, levou à maior de todas as rupturas no princípio individualista do ordenamento jurídico tradicional, com o reconhecimento da dimensão coletiva e social de certos conflitos, qualificou a sociedade civil como hipossuficiente e incapaz de agir em defesa de seus próprios direitos.

O que estamos assistindo no Brasil nas últimas décadas é uma peculiar evolução institucional em que direitos novos são tomados por indisponíveis e seus titulares tomados por incapazes. Nesse processo, só não é paradoxal a posição do Ministério Público. Pelo contrário, talvez esteja aí a origem de sua força: frente à alegada incapacidade da sociedade, promotores e procuradores encontram legitimidade para agir em defesa dos novos direitos indisponíveis. Como afirma Salles, promotor de justiça (SP, 1997),¹² a possibi-

11. Como diz Dinamarco, invocando o princípio da igualdade das partes, "o menor, o louco, o pródigo, são pessoas que, por deficiências de diversa ordem, levam desvantagem perante os demais, sua defesa é confiada aos representantes legais, mas o legislador não deposita inteira confiança neles (ou seja, reconhece-se que eles podem falhar e não cuidar cumpridamente dos interesses do representado). Daí, a exigência da participação do Ministério Público". Candido R. Dinamarco, "O Ministério Público na Curadoria de Ausentes e Incapazes", 1974. Sobre o assunto, ver também José Roberto dos Santos Bedaque, "A Curadoria de Incapazes", 1989.

12. Adotaremos a forma sobrenome, cargo (Estado, ano) sempre que o autor for membro do

lidade de o Ministério Público atuar conforme o Art. 82, inciso I do CPC,

[...] decorre da necessidade de suprir eventual vício na representação do incapaz, tendo em vista sua incapacidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Presente o interesse de um incapaz, verifica-se a legitimidade. *De igual maneira*, a legitimidade ativa do Ministério Público para agir, por exemplo, em defesa do meio ambiente, justifica-se na necessidade de trazer a juízo interesses que, sem sua atuação, permaneceriam, em razão de sua natureza, indefesos, sem acesso à tutela jurisdicional. Nessa linha de raciocínio, presente o interesse ambiental, verifica-se a legitimidade.¹³

A história da reconstrução institucional do Ministério Público deve ser vista como a história da ampliação das hipóteses de atuação no processo civil, mediante o surgimento de direitos novos e indisponíveis, normalmente associados a titulares juridicamente incapazes. No começo eram basicamente direitos relacionados a família, herança e sucessões. Hoje são direitos difusos e coletivos, como meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, direitos do consumidor, patrimônio público e probidade administrativa, além dos serviços públicos relativos a direitos fundamentais como saúde, educação, transporte, segurança, trabalho e lazer. No começo eram menores de idade, surdos-mudos, loucos de todo o gênero, ausentes, pródigos e silvícolas. Hoje é a sociedade civil hipossuficiente, isto é, incapaz de defender seus próprios direitos.

Descreveremos, a seguir, a sucessão de mudanças legais e institucionais que permitiram ao Ministério Público alargar extraordinariamente suas hipóteses de atuação sem, contudo, se desprender da justificativa original para a sua presença no processo civil: a necessidade de tutela especial de valores considerados indisponíveis e de titulares de direito considerados incapazes. Somente a combinação de certa dose de indisponibilidade dos novos direitos difusos e coletivos com a incapacidade crônica da sociedade de defendê-los por

Ministério Público. Nesse caso, a respectiva obra estará sendo utilizada mais como documento e menos como referência teórica ou analítica.

13. Carlos Alberto Sallés. "Legitimidade para Agir: Desenho Processual da Atuação do Ministério Público", 1997, p. 242 (grifo meu).

conta própria, é que poderia conferir legitimidade à expansão tutelar do Ministério Público. E nem poderia ser diferente pois, do contrário, se o titular desses novos direitos (a sociedade) fosse considerado *capaz*, a presença de um substituto processual seria juridicamente inaceitável. Se, na origem, os princípios da indisponibilidade e da incapacidade justificaram a presença do Ministério Público na esfera cível, ao longo dos últimos anos, novas e importantes atribuições só foram conquistadas porque esses dois elementos estiveram presentes, se não na realidade, pelo menos no discurso doutrinário e no texto das leis.

ABRINDOCAMINHO A Defesa do Interesse Público no Código do Processo Civil de 1973

O longo percurso que vai da indisponibilidade e incapacidade individuais às coletivas ou sociais, como requisitos de legitimação da presença do Ministério Público na esfera cível, teve como ponto de inflexão o Código do Processo Civil de 1973. No mesmo Art. 82, que definia as funções tradicionais do Ministério Público, o CPC introduziu uma importante novidade por meio do inciso III:

Art. 82 - Compete ao Ministério Público intervir:
III - em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.¹⁴

A introdução da defesa do interesse público como uma das funções institucionais do Ministério Público deu seu primeiro passo no processo de descolamento em relação ao Poder Executivo e de transposição para o lado da sociedade. A passagem do Ministério Público pela condição de defensor do interesse público genérico permitiu o desenvolvimento de uma série de ações judiciais e extrajudiciais de conteúdo inovador já no final dos anos de 1970. Tais ações, refletindo a intenção de integrantes da instituição de conquistar novas atribuições,

14. Atualmente, graças à alteração feita pela Lei 9.415, de 23 de dezembro de 1996, o inciso III tem a seguinte redação: compete ao Ministério Público intervir "nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".

baseavam-se no uso ampliado da expressão "interesse público" e se constituíram na credencial para o Ministério Público pleitear, nos anos de 1980, a função de defensor dos direitos difusos e coletivos.

O inciso III do Art. 82 tem uma história curiosa. Vários autores atribuem a inclusão desse dispositivo no Código do Processo Civil a uma proposta formulada originalmente pelo promotor de justiça do Rio Grande do Sul, Sérgio da Costa Franco, em tese apresentada no I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo em 1971.¹⁵

Intitulada "Sobre a Conveniência da Ampliação das Atribuições Processuais do Ministério Público como *custos legis*", a tese do promotor gaúcho visava a assegurar a presença do Ministério Público como fiscal da lei nos processos em que houvesse "interesse de pessoas jurídicas de direito público". Nesses casos, dizia Franco, "é de alta conveniência que o Ministério Público esteja presente à lide como *custos legis*, não só para vigiar a estrita observância das normas legais, como também para coadjuvar a defesa do interesse público ameaçado, quando os procuradores dos municípios, do Estado ou de suas autarquias se mostrem omissos ou negligentes no desempenho do seu encargo". A intenção do autor era aumentar o poder de fiscalização sobre o dinheiro público objeto de demandas judiciais, tarefa que para Franco apenas o Ministério Público estava em condições de exercer por "sua independência e isenção, relativamente às alternativas da dominação político-partidária".¹⁶

Segundo Franco, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, com base no Código de Organização Judiciária do Estado, de 1966, já vinha desempenhando essa função perante o Tribunal de Justiça. Entretanto, o novo dispositivo vinha sendo atacado sob o argumento de que a competência para legislar sobre norma processual era privativa da União e o Estado não poderia ter criado aquela nova

15. Ver, entre outros, José Fernando da Silva Lopes, *op. cit.*, 1976, pp. 57-59; Joaquim Maria Machado, "O Ministério Público na Justiça Civil (Casos de Intervenção Obrigatória): O Interesse Público Evidenciado", 1985; Anronio Edwing Caccuri, "O Ministério Público e as Causas de Interesse Público", 1976.

16. Sérgio da Costa Franco, "Sobre a Conveniência da Ampliação das Atribuições Processuais do Ministério Público como *Custos Legis*", 1971, p. 203.

hipótese de intervenção do Ministério Público.¹⁷ Para assegurá-la, então, o promotor gaúcho queria inscrevê-la no novo Código de Processo Civil.

A proposta de Franco foi incorporada ao Anteprojeto Buzaid para o novo Código, mas já chegou ao Congresso com outra redação: "compete ao Ministério Público intervir: em todos os demais processos em que há interesse público, na forma determinada por lei".¹⁸ Ou seja, não fazia referência expressa às pessoas jurídicas de direito público e jogava a definição de interesse público para legislação suplementar.

Entretanto, segundo Caccuri, promotor de justiça (PR, 1976), o Art. 84 do Projeto de Lei 810 foi novamente alterado, por iniciativa do deputado Amaral de Souza, cuja emenda restabeleceu o espírito da proposta gaúcha e acabou resultando na redação finalmente aprovada pelo Congresso: "compete ao Ministério Público intervir em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte". Segundo o deputado, a substituição da cláusula final — *na forma determinada pela lei* — pela menção aos dois elementos informadores do interesse público seria a maneira mais eficiente de "obter texto legal assegurador da intervenção do Ministério Público em todas as causas que envolvam *as pessoas públicas de direito interno e suas autarquias, como custos legis, pois inquestionável o interesse público em tais demandas, ressaltado pela simples presença das entidades públicas*".¹⁹

O problema do texto aprovado é que ele nem definiu precisamente o que seria interesse público, tampouco se arriscou a deixar sua definição para leis específicas posteriores, com o receio de que isso pudesse

17. Machado, procurador de justiça (RS, 1985) faz questão de frisar que, no Rio Grande do Sul, "a legislação sobre o Ministério Público sempre precedeu no zelo, à Lei Federal, no sentido de colocar o Ministério Público na posição de curador do *interesse público relevante*. Se o Art. 75 da Constituição Estadual de 1970 foi expresso em definir o Ministério Público como 'órgão da lei e fiscal de sua execução', a Lei Orgânica 6.535, de 31 de janeiro de 1973, foi além, dispondo no Art. 1: O Ministério Público é o órgão da lei, fiscal de sua execução e *defensor dos interesses da sociedade*". J. M. Machado, *op. cit.*, 1985, p. 352.

18. Cf. José F. S. Lopes, *op. cit.*, 1976, p. 57.

19. Deputado Amaral de Souza, "Diário do Congresso Nacional", 28/2/1972 *apud* Antonio E. Caccuri, *op. cit.*, 1976, p. 115.

tolher o papel institucional do Ministério Público. No final, a formulação genérica quase perdeu de vista a intenção original da proposta e autorizou o Ministério Público a atuar num raio muito maior do que a visada proteção das pessoas jurídicas de direito público.

Assim que o Código de Processo Civil foi aprovado, o Ministério Público tratou de esticar ao máximo as possibilidades de ação em defesa do interesse público, principalmente a partir do que o Art. 82 chamou de "natureza da lide". Sob o argumento de que a *mens legis* (intenção da lei) prepondera sobre a *mens legislatoris* (intenção do legislador), integrantes do Ministério Público advogaram a tese de que o inciso III não só exigia a sua presença em todas as causas envolvendo interesse público como caberia ao próprio órgão do Ministério Público interpretar a existência ou não desse interesse nos casos concretos. Ou seja, a intenção do legislador era fazer do Ministério Público um advogado dos interesses dos órgãos estatais — especialmente na questão do dinheiro público —, mas a formulação final da lei permitiu à instituição ir além disso, dando início à construção de uma noção de interesse público mais ampla e muitas vezes contraposta ao interesse do próprio Estado.²⁰

Graças a esse dispositivo genérico do Art. 82 do CPC, e muito antes da normatização dos direitos difusos e coletivos ou da introdução da Lei da ação civil pública (1985), o Ministério Público começou a intervir nas causas judiciais relativas a acidentes de trabalho, desapropriação e outras nas quais era possível identificar um interesse público a preservar, para além dos direitos individuais das partes.²¹

A partir de 1973, a intervenção do Ministério Público no processo civil será ampliada com base no poderoso argumento de que o Código do Processo Civil o transformou em guardião do interesse público e que este, a despeito da intenção do legislador, era mais

20. Ver a esse respeito Antonio Celso de Camargo Ferraz, "A Intervenção do Ministério Público em Favor do Interesse Público", 1974. Trata-se de um dos primeiros textos a discutir as implicações da redação genérica adotada pelo Art. 82 do CPC, especialmente a questão sobre a quem cabe decidir sobre a existência ou não de interesse público nos casos concretos e se a intervenção do Ministério Público nesses processos é obrigatória ou facultativa.

21. Antonio C. de A. Cintra, Ada P. Grinover, & Candido R. Dinamarco, *op. cit.*, 1974, pp. 262-264; ver também Joaquim Maria Machado, *op. cit.*, 1985, p. 356.

amplo do que os interesses dos órgãos da administração pública. Como afirmam Lima *et al.*, defendendo a mais ampla discricionariedade do Ministério Público nesse ponto, a redação final do Art. 82 do CPC "disse, evidentemente, mais do que pretendeu o nobre colega gaúcho [S. C. Franco, autor da proposta]; pode ter dito coisa diferente do que pretendeu o ilustre autor da emenda [deputado Amaral de Souza], mas tudo isso é, conforme foi acentuado, irrelevante".²² É por essa razão que identificamos nesse momento o *ponto de inflexão* na virada histórica do Ministério Público rumo à almejada posição de tutor dos interesses da sociedade, processo que só se completará com o texto constitucional de 1988. Como afirma Machado, procurador de justiça (RS, 1985):

De aplaudir-se o novo Código do Processo Civil por haver posicionado, irreversível e decididamente, o Ministério Público na guarda do interesse social e público relevantes. O independente *custos legis*, zeloso de sua missão, será o atalaia vigilante da sociedade, o curador das causas nobres e dos socialmente desprotegidos, o cavaleiro dos grandes institutos jurídicos, como a família, a propriedade, a pessoa humana e seus direitos fundamentais e, sobretudo, o vigia indormido do interesse público.²³

Ou ainda Milton Sanseverino, promotor de justiça (SP, 1976), comentando as implicações da novidade trazida pelo CPC de 1973,

[...] que o Ministério Público atue, hoje [1976], como autêntico representante da lei e não mais como mero agente do executivo, ou da administração em geral, já não se pode duvidar. Representa ele, na verdade, a própria personificação, ou a corporificação mesma, dos supremos ideais da coletividade, dos valores mais fundamentais ou transcendentes da sociedade, ou em outras palavras, parafraseando Cristofolini, do Estado como entidade ético-jurídica presente num determinado tempo e lugar.²⁴

Evidentemente, dada a formulação aberta do inciso III do Art. 82, essa evolução não ocorreu sem um intenso e profluo debate

22. Carlos O. Veiga Lima *et al.*, "A Posição do Ministério Público em Face do Novo Código do Processo Civil", 1975, p. 397. [membros do Ministério Público da Guanabara.]

23. Joaquim Maria Machado, *op. cit.*, 1985, p. 360.

24. Milton Sanseverino, "O Ministério Público e o Interesse Público no Processo Civil", 1976, p. 198.

forense sobre o que seria interesse público evidenciado pela *natureza da lide* ou *qualidade da parte*, a quem caberia detectá-lo nos casos concretos (se ao Juiz ou ao Ministério Público), sobre qual seria a posição do Ministério Público nesses casos (se parte ou fiscal da lei) e se sua intervenção seria obrigatória ou discricionária, uma vez cons tatada a existência de interesse público.²⁵ Independente da falta de consenso sobre essas questões, o que importa frisar é que a construção doutrinária relativa ao problema do interesse público tratou gradualmente de distingui-lo dos interesses do Estado, como aparato burocrático-administrativo, para assemelhá-lo aos interesses gerais da sociedade.²⁶

Também nessa época ganha força o discurso de que a defesa dos interesses mais amplos da sociedade exigia que o Ministério Público se tornasse independente dos poderes políticos, dado que a razão de sua atuação na esfera cível não mais se restringia à defesa dos interesses estritos da administração pública. Nesse sentido, uma engenhosa construção doutrinária, a partir de 1973, tratou de abrir caminho para a transformação institucional do Ministério Público, reivindicando sua presença no processo judicial para a proteção de um tipo de Direito que ia além dos direitos individuais e dos interesses "particulares" dos órgãos estatais. A construção dessa nova categoria de

25. Sobre as diversas respostas a essas questões, ver Antonio C. de Camargo Ferraz, *op. cit.*, 1974; Benedito Campos, *O Ministério Público e o Novo Código do Processo Civil*, 1976, cap. X; José F. da Silva Lopes, *op. cit.*, 1976; Milton Sanseverino, *op. cit.*, 1976, pp. 197-209; Antonio Edving Caccuri, *op. cit.*, 1976; J. Calmon de Passos, "Intervenção do Ministério Público nas Causas a que se Refere o Art. 82, III, do Código de Processo Civil", 1979; Hélio H. C. Branco, "Aspectos da Intervenção do Ministério Público nas Causas em que Há Interesse Público Evidenciado pela Natureza da Lide ou pela Qualidade da Parte", 1981; Joaquim Maria Machado, *op. cit.*, 1985; Nelson Nery Júnior, "Intervenção do Ministério Público nos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária", 1986; José R. S. Bedaque, "O Ministério Público no Processo Civil: Algumas Questões Polêmicas", 1991.

26. Nos anos de 1980, Mazzilli (procurador de justiça, SP) estabelecerá de modo definitivo essa distinção e sua análise tornar-se-á referência obrigatória, principalmente entre os membros do Ministério Público. Segundo o autor, apoiado na obra do italiano Renato Alessi, é fundamental distinguir o interesse público primário (o interesse do bem geral) do interesse público secundário (ou seja, o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público). Evidentemente, na visão de Mazzilli e de vários outros que o seguiram, caberia ao Ministério Público zelar pelo primeiro e não pelo segundo. Ver Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e Outros Interesses Difusos e Coletivos*, 1994, pp. 19-20; José M. M. Vigliar, *Ação Civil Pública*, 1999, pp. 39-41.

interesse público alimentou, já nos anos de 1970, o discurso pró-independência institucional do Ministério Público, dentro de uma lógica de reforço mútuo: se o interesse é mais do que individual, não pode ser deixado à mercê do princípio da disponibilidade e requer algum tipo de tutela pública, e nesse ponto o Ministério Público era um dos poucos credenciados à função de tutor. Mas se o novo tipo de interesse público não se confunde com os interesses da administração, então o Ministério Público precisaria se afastar dela, adquirindo independência, sob pena de não ter autonomia suficiente para tutelar interesses relevantes da sociedade, que muitas vezes entram em choque com os interesses "particulares" do Estado administrador.

No mais completo estudo jurídico sobre a presença do Ministério Público no processo civil, Machado nos apresenta a definição mais consistente do que seja o tal interesse público evidenciado pela *natureza da lide* ou pela *qualidade da parte*, justamente porque o autor reduz esses dois critérios ao princípio da indisponibilidade que justifica a intervenção do Ministério Público na área cível. Afastando-se de qualquer definição substantiva, Machado afirma que, quanto à natureza da lide, a intervenção do Ministério Público será sempre necessária quando estiver em questão um direito material considerado indisponível por lei de ordem pública e, quanto à qualidade da parte, sempre que estiver em questão o interesse processual indisponível, dado pela presença do hipossuficiente ou incapaz como parte no processo.²⁷

É importante adiantar que no Brasil, de 1973 em diante, a produção legislativa será pródiga no reconhecimento da indisponibilidade de certos direitos e da hipossuficiência de seus titulares, fazendo com que, conseqüentemente, o Ministério Público acumule um número extraordinário de hipóteses de atuação na área cível, apesar da excepcionalidade jurídica que, na origem, caracteriza essa função. Em termos comparativos, esse amplo leque de atribuições distinguiria significativamente o Ministério Público brasileiro de seus similares na Alemanha, Itália, França e Espanha, segundo Bedaque, procu-

27. Antonio Cláudio da Costa Machado, *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, 1998, pp. 333-337.

rador de justiça (SP, 1991).²⁸ De fato, com base na legislação existente até 1994, Mazzilli, procurador de justiça (SP, 1994) relacionou nada menos do que 120 hipóteses de ação do Ministério Público na área cível.²⁹

Passados mais de vinte anos, é possível traçar uma linha que parte da defesa do "interesse público" de 1973 até a defesa dos modernos interesses sociais, com o apoio de exemplos fornecidos por membros do próprio *Parquet*, como a sugestão de Guimarães Jr., promotor de justiça (SP, 1997), de simplesmente substituir o velho pelo novo,

[...] conforme critério legal (Código de Processo Civil, Art. 82, inciso III) e entendimento doutrinário unânime, o que leva o Ministério Público a intervir no processo civil é o interesse público existente em determinadas causas. Hoje, aliás, seriam mais precisas as expressões "interesse social e individual indisponível", consentâneas com o texto constitucional (Art. 127, *caput*).³⁰

O promissor Art. 82, inciso III, ao mesmo tempo em que reforçou uma legitimidade genérica do Ministério Público, deixou em aberto a definição de interesse público a ser defendido perante os tribunais, o que permitiu a promotores e procuradores postularem criativamente sua intervenção no processo civil como necessária para a preservação dos interesses gerais da sociedade.

A EXPANSÃO DAS ATRIBUIÇÕES sob o Regime Militar Pós-1964 e a Primeira lei Orgânica Nacional de 1981

Paralelamente à tentativa de dar uma interpretação positiva à novidade inserida pelo Código do Processo Civil e aos esforços de parte significativa do Ministério Público para transformá-lo em defensor dos interesses gerais da sociedade, deve-se registrar que a instituição se encontrava nesse período na difícil posição de braço institucional do regime autoritário instaurado em 1964. Apesar dessa aparente contradição, veremos que a intenção do Ministério Público de transformar

28. José R. S. Bedaque, *op. cit.*, 1991, pp. 36-37.

29. Hugo N. Mazzilli, *op. cit.*, 1994, pp. 38-49.

30. João Lopes Guimarães Jr., "Ministério Público: Proposta para uma Nova Postura no Processo Civil", 1997, p. 154.

se em fiscal do interesse público não era totalmente incongruente com o papel que o regime lhe delegou na nova ordem. O ponto em comum, a despeito de outras diferenças, era o almejado controle da administração pública, especialmente dos casos de corrupção e de desobediência dos administradores às normas editadas pelos governos militares.

O Ministério Público, como órgão vinculado e dependente do Poder Executivo, desempenhou função estratégica nessa época, graças a uma ampliação significativa de suas atribuições legais e constitucionais. Mais precisamente, os militares fizeram do seu órgão de cúpula — a Procuradoria Geral da República — um agente importante da tentativa ambígua de *institucionalizar a revolução*, isto é, de governar não só pela força, mas também por meio da lei.

A preocupação dos militares com a legalidade e a ambigüidade daí decorrente são bastante conhecidas. Durante o período militar pós-1964, vários expedientes foram utilizados no sentido de dar uma feição híbrida ao regime, que na clássica definição de Juan Linz mais se pareceu com uma *situação* autoritária do que com um *regime* autoritário plenamente constituído.³¹

Impossibilitados, por razões domésticas e internacionais, de recorrer a soluções autoritárias tradicionais para o problema da legitimação da ordem, os militares brasileiros realizaram uma série de reformas institucionais de modo a garantir o exercício incontestado, porém estável, do poder político. Paralelamente ao funcionamento do Legislativo nos três níveis da federação, da manutenção de eleições periódicas e até de um sistema partidário recriado artificialmente, os militares procuraram legitimar-se no poder recorrendo à lei como instrumento de normalização institucional do regime, não só à lei de tipo ordinária, mas, paradoxalmente, à lei de *status* constitucional. O paradoxo diz respeito, obviamente, ao fato de que toda a produção legislativa

31. Juan J. Linz, "The Future of an Authoritarian Situation or the Institutionalization of an Authoritarian Regime: The Case of Brazil", 1973, p. 235. A análise de Linz, baseada no método comparativo, destacou como as fórmulas autoritárias tradicionais (exercício do poder por líderes carismáticos ou caudilhos, corporativismo, sistema de partido único) eram inviáveis no contexto brasileiro e como os militares adotaram uma estratégia peculiar, porém contraditória, de legitimação do regime. Sobre a importância do conceito de Linz e os desdobramentos da *situação autoritária* numo à abertura do regime militar, ver: Bolyar Lamounier, "O Brasil Autoritário: Revisitado: O Impacto das Eleições sobre Abertura", 1988, pp. 83-134.

constitucional dessa época (atos institucionais, emendas constitucionais, sem falar na própria Constituição de 1967) serviu para impor regras a todos, menos aos que editavam essas normas e que diziam ser portadores do "poder constituinte originário" (preâmbulo do AI-1).

A preocupação ambígua com a legalidade, inclusive a de tipo pseudoconstitucional, fez com que se realçasse o papel do Ministério Público, por meio do seu órgão de cúpula, como agente do Poder Executivo responsável pela tarefa de impor respeito à lei e à Constituição.

Nesse sentido, em 1965, o Ato Institucional n. 2, conhecido por estabelecer a eleição indireta para presidente da República e extinguir os partidos políticos então existentes, também recriou a Justiça federal de primeiro grau para retirar das justiças estaduais a competência para julgar causas envolvendo a União.³² Segundo o Art. 20 do AI-2, o provimento inicial dos novos cargos de juiz federal seria feito pelo próprio presidente da República. Um mês depois (final de novembro de 1965), o governo prosseguiu com a reestruturação centralizadora do sistema de justiça, por meio da Emenda Constitucional n. 16. Dentre outras mudanças importantes, esta emenda introduziu a "representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual" que seria patrocinada exclusivamente pelo procurador geral da República (chefe do Ministério Público) perante o Supremo Tribunal Federal. Essa espécie de ação direta de inconstitucionalidade veio ampliar o alcance da antiga representação para fins de intervenção federal nos estados,³³ inaugurando a forma direta ou absoluta de controle constitucional das leis no Brasil. Por meio da Representação, o procurador geral da República podia solicitar diretamente ao STF a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos editados em nível federal e também pelos estados.

Diante da estrutura federativa brasileira e do fato de o regime ter permitido alguma competição "intra-oligárquica" nos estados, evitan-

do soluções draconianas como a nomeação unilateral de interventores, uma forma auxiliar de controle das administrações públicas estaduais era necessária. Nesse sentido, como representante judicial do Poder Executivo federal, o procurador geral da República acabou se transformando em um fiscal dos estados, em nome dos interesses da União, zelando pela obediência aos princípios constitucionais ditados pelo próprio regime.

Nesse aspecto, o problema nem era tanto o pseudoconstitucionalismo do regime, mas o fato de o procurador geral da República, advogado do Poder Executivo federal, ser o único a poder acionar o controle constitucional abstrato perante o STF (ver Gráfico 1, adiante). Segundo relata Mendes, houve até casos em que a oposição ao regime quis recorrer ao Supremo, mas esbarrou no monopólio da representação de inconstitucionalidade pelo procurador geral, que se recusava a levar adiante certos pedidos.³⁴

Em dezembro de 1966, o Ato Institucional n. 4 convocou o Congresso Nacional — que fora fechado em outubro daquele ano — para aprovar um novo texto constitucional, uma das últimas realizações de Castelo Branco na presidência da República. A constituição aprovada em janeiro de 1967 manteve boa parte das alterações legislativas realizadas após o Golpe e foi além, criando entre outras coisas a figura esdrúxula do "abuso de direitos individuais". Segundo seu Art. 151, caberia ao procurador geral da República a representação, perante o Supremo Tribunal Federal, contra aqueles que "abusassem" de alguns dos direitos individuais previstos no Art. 150, tais como a liberdade de manifestação de pensamento e de convicção política, a liberdade de reunião e de associação.

Em outubro de 1969, a Junta Militar que governava o país patrocinou uma profunda reforma na constituição por meio da Emenda

34. Em 1970, o Decreto-lei 1077 instituiu a censura prévia sobre livros e revistas. Líderes do então MDB requereram a representação de inconstitucionalidade do decreto, mas o procurador geral da República, Xavier de Albuquerque, arquivou o pedido. O MDB chegou a oferecer reclamação perante o STF, alegando que a Suprema Corte estava sendo impedida de exercer uma de suas funções mais nobres, mas os ministros, após intenso debate, concluíram que caberia apenas e tão-somente ao procurador a decisão de levar adiante ou não os pedidos de declaração de inconstitucionalidade. Ver Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, 1990, pp. 242-247.

32. Cf. Vladimir Sousa Carvalho, *Da Justiça Federal e sua Competência*, 1980, pp. 9-11.

33. A Constituição de 1946 (retomando a de 1934) já estabelecia como competência do procurador geral da República a representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, para fins de intervenção federal nos estados cujos governos viessem a praticar atos de violação a certos princípios constitucionais (Art. 8 § único e Art. 7, VII da CF de 1946).

Constitucional n. 1 que, em linhas gerais, atendia ao contexto de grave recrudescimento do regime. No que diz respeito ao Ministério Público, a esta emenda trouxe a instituição para o capítulo do Poder Executivo (retirando-a do capítulo do Judiciário) e suprimiu a participação do Senado Federal no processo de nomeação do procurador geral da República, ficando a escolha sob juízo exclusivo do presidente da República (Art. 95). A Emenda também reproduziu, no plano estadual, o mecanismo da representação interventiva, conferindo ao procurador geral de justiça do Estado o poder de solicitar, perante o Tribunal de Justiça, a intervenção nos municípios para assegurar obediência à Constituição estadual, bem como prover execução de lei ou de ordem judicial. (Art. 15, § 3, d). Outra novidade foi que o procurador geral da República poderia requerer preliminarmente a suspensão do exercício do mandato parlamentar até a decisão final do Supremo Tribunal Federal nos processos relativos a crimes contra a Segurança Nacional (Art. 32, § 5).

Em 1977, o então presidente Geisel decretou o recesso do Congresso Nacional e baixou uma série de medidas que ficaram conhecidas como "Pacote de Abril", dentre elas a criação da figura do senador "biônico", a alteração da proporcionalidade da representação dos estados na Câmara — em favor da região Nordeste, para beneficiar a Arena — bem como a extensão do mandato do presidente de cinco para seis anos. A Emenda Constitucional n. 7, de 14/4/1977 estendeu o papel fiscalizador de normas do procurador geral da República ao criar a apresentação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual por meio da qual o STF poderia ser provocado a estabelecer entendimento definitivo sobre os respectivos diplomas normativos. Mas a medida mais importante introduzida por esta emenda foi a *avocatória*. Por esse instrumento, o procurador geral, e somente ele, poderia solicitar ao STF que chamasse para si o julgamento de causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais do país, quando decorresse imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas. A advocatória veio arrematar a concentração do sistema de controle judicial das leis e atos normativos no Brasil durante o regime militar. O papel de destaque exercido pelo chefe do Ministério Público no período autoritário não representa novidade,

pois a bibliografia menciona a existência de ministérios públicos fortes em países de regime ainda mais fechado, como os socialistas ou na Alemanha nazista. Machado, analisando as constituições da ex-URSS, ex-Tchecoslováquia, ex-repúblicas populares da Polónia, Hungria, Bulgária e da China, encontrou em todas elas um organismo de feição semelhante à do Ministério Público, responsável pela fiscalização e cumprimento da "legalidade" socialista:

Dignas de nota, no que diz respeito ao *parquet*, são as constituições de países socialistas que davam explicitamente ao "Ministério Público", "Ministério Fiscal" ou "Fiscal Geral" uma ampla gama de poderes de vigilância sobre um sem-número de atividades estatais e particulares. Muito mais do que fiscal da lei perante o Judiciário, nestes países o Ministério Público era um superfiscal geral do próprio Estado e dos cidadãos para a manutenção da legalidade e das instituições socialistas. Sua atuação, destarte, tanto se desenvolvia a nível judicial, onde era responsável pela persecução criminal entre outras funções, como a nível administrativo e mesmo legislativo. Toda essa hipertrofia funcional, na verdade, era própria de regimes totalitários.³⁵

Nery, por sua vez, relata a expansão das funções do Ministério Público alemão sob o nazismo, e conclui que a experiência de intervenção do Ministério Público na esfera cível "passou à história como expressão de interferência de outro poder na independência dos juízes e como tendo origem em convicções ideológicas oriundas de regime de governo não democrático. E mais. Os teóricos de hoje aliam essa visão panorâmica a um outro fator político-jurídico relevante: o fato de o promotor de justiça dos países socialistas terem, hoje, função similar àquela exercida pelo Ministério Público alemão da época do nazismo".³⁶

No caso brasileiro, a valorização do Ministério Público decorreu da preocupação do regime com o controle da administração pública, como atesta essa afirmação do então ministro da Justiça Alfredo Buzaid, em 1971:

Quantas vezes, nos municípios, leis, atos e posturas ofendem preceitos constitu-

35. Antonio C. C. Machado, *op. cit.*, 1998, pp. 28-29.

36. Rosa M. B. de Andrade Nery, "Notas sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental", 1986, p. 80.

cionais, dando azo à corrupção ou à malversação do dinheiro público! Quantas vezes, por ignorância, por incúria ou por incapacidade administrativa, se destinam verbas para fins diversos dos que estão previstos nas leis, subvertendo-se normas de direito financeiro! O Ministério Público está em todas as comarcas. Comete-lhe, pois, acompanhar o desenvolvimento da vida municipal, informando ao procurador geral da justiça as violações dos princípios enunciados na Constituição do Estado. Se assim proceder com zelo, contribuirá decisivamente para o aperfeiçoamento da democracia [sic] brasileira. Esta é, sem dúvida, a nova missão que recebeu e de cuja fiel execução muito espera o país.³⁷

O que se pode concluir até aqui é que, mesmo por vias tortas, houve uma convergência entre o regime autoritário e o desejo há muito alimentado pelo Ministério Público de se transformar em fiscal da administração e guardião do interesse público. O fato de ter havido um reforço dessas funções durante os anos de autoritarismo talvez explique os grandes avanços que a instituição iria conquistar nos anos de 1980, na medida em que ela pôde se anteciper à transição democrática, ocupando desde antes a posição de fiscal da lei e do interesse público e se habilitando para reivindicar essa mesma posição também no regime democrático.³⁸ De fato, exceto as atribuições francamente relacionadas ao arbítrio, as demais acumuladas pelo Ministério Público durante o regime militar serão confirmadas e mesmo ampliadas pela Constituição de 1988.

A PRIMEIRA LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Emenda Constitucional n. 7, de 14/4/1977, estabeleceu a necessidade de lei complementar, de iniciativa do presidente da República, para instituir normas gerais a serem adotadas na organização

37. Trecho da mensagem do ministro da Justiça Alfredo Buzaid lida na abertura do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo em 1971. Ver Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1971, p. 33.

38. Nos estereótipos do regime militar, Azevedo Marques, promotor de justiça (SP, 1981), escreveu sobre o acinte que era o chamado crime do "colarinho branco" concluiu que, para combatê-lo, "há que se ampliar a esfera de ação e fiscalização do promotor de justiça na administração do Estado, para que os mais graves crimes praticados contra a Nação não permaneçam impunes ou sejam considerados meras infrações administrativas, com multas irrisórias, o que contribui para formar a perigosa imagem de que 'cadeia é para pobre'". João Benedito de Azevedo Marques, *Direito e Democracia: O Papel do Ministério Público*, 1990, p. 23.

dos ministérios públicos estaduais. Quatro anos depois, a Lei Complementar 40 veio cumprir essa determinação, tornando-se a primeira lei orgânica nacional do Ministério Público brasileiro.

Segundo Vasconcelos, promotor de justiça (PB, 1985), essa lei resultou, em grande medida, do *lobby* feito pela Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público.³⁹ "Até então a maior conquista do Parquet nacional", segundo o promotor, a lei orgânica era uma antiga aspiração da instituição, sendo bem recebida pelos seus membros, apesar de o projeto original ter sido vetado em alguns pontos que favoreciam ainda mais os promotores de justiça. De qualquer forma, conclui Vasconcelos, "entendemos que cada degrau conquistado vale a pena. E dessa vez foram vários os degraus percorridos pelo Parquet nacional."⁴⁰ Sabella, membro importante do Ministério Público paulista, também diz que esse diploma legal "não se edificou [...] sob o signo da improvisação; ao contrário, os princípios nele cristalizados sintetizam aspirações acalentadas no suceder de gerações".⁴¹

E não era para menos. Para se ter uma idéia da importância dessa lei para os integrantes da instituição, basta dizer que a Constituição de 1988 praticamente repetiu a definição de Ministério Público da Lei Complementar 40, bem como os famosos princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e da autonomia funcional que já constavam daquele diploma legal. Segundo o Art. 1 da Lei Complementar 40, o Ministério Público é "instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis". Ou seja, exceto pela referência ao *regime democrático* existente na Constituição atual (o que de fato não cabia em 1981, pois estávamos sob

39. A Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público foi criada no dia 10 de dezembro de 1970, por ocasião do III Congresso Fluminense do Ministério Público, realizado em Teresópolis (RJ). Em 24 de agosto de 1978, uma assembleia geral extraordinária realizada em Goiânia (GO) alterou seu nome para Confederação Nacional do Ministério Público, embora tenha mantido a sigla anterior. Em 1993, finalmente, uma reforma nos estatutos alterou a sigla para Conamp. Ver <http://www.conamp.org.br>.

40. Fernando A. Vasconcelos, "Posição do Ministério Público na Constituição", 1985, p. 161.

41. Walter Paulo Sabella, "O Ministério Público ante uma Nova Constituição: Propostas", 1985, pp. 181-191.

regime autoritário), a definição da Lei Complementar 40 é idêntica à *decançada* definição de 1988 ou, trocadihando, foi a de 1988 que *decançou* da lei de 1981 e das conquistas da instituição nos anos anteriores.⁴² Nesse ponto, encontramos mais um paradoxo desse processo: o que hoje se valoriza no Ministério Público como contribuição para a democracia no Brasil — seu novo perfil institucional — foi-lhe atribuído em grande medida antes do pacto constitucional de 1988. Em sintonia com nosso argumento geral, uma hipótese plausível para explicar esse paradoxo é que houve mais continuidade do que ruptura em 1988, do ponto de vista da natureza tutelar do papel institucional do Ministério Público, especialmente no que diz respeito à fiscalização do interesse público, cada vez mais identificado com os interesses gerais da sociedade. Ou seja, é como se a instituição estivesse ocupando um espaço vazio que pode existir tanto em *situações* autoritárias como em regimes democráticos, constituindo-se em mecanismo de *enforcement* da ordem jurídica e do interesse público do momento. Como veremos adiante, a única mudança importante ocorrida em 1988 é que o Ministério Público se tornou órgão independente dos demais poderes e, desse modo, pôde seguir mais livremente sua escalada rumo à ocupação do espaço vazio existente entre a sociedade e o Estado, responsabilizando-se cada vez mais pelo cumprimento das leis e da Constituição.

O grande feito da Lei de 1981, além de lançar as bases para a conquista da independência que viria em 1988, foi dar o primeiro e mais longo passo rumo à construção da unidade nacional do Ministério Público, uniformizando princípios de organização e competências a serem obrigatoriamente adotados pelos ministérios públicos estaduais.⁴³ À época, sem gozar de uma clara definição constitucional

42. Em tese apresentada ao VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo em 1985 ("Justiça e Constituinte"), Moraes e Porto, promotores de justiça (RS, 1985), apesar de descreverem a necessidade de suspender o inciso I do Art. 15 da Lei Complementar 40, que impunha o conceito de segurança nacional como limite da atividade investigatória do Ministério Público, consideraram que a Lei de 1981 poderia ser um trampolim para a nova definição constitucional que se avizinhava. Voltaire de Lima Moraes & Sérgio Ribeiro Porto, "Erigir, ao Nível Constitucional, as Funções Institucionais do Ministério Público, Previstas na Lei Complementar 40, de 1981, com as Seguintes Ampliações", 1985.

43. Joubert C. Scala, "Perspectivas Institucionais do Ministério Público na Nova República", 1985. [procurador de justiça, AL/1985.]

como hoje, os ministérios públicos estaduais apresentavam diferenças organizacionais muito grandes entre si⁴⁴ e, tendo em vista a almejada construção de uma instituição nacional, a Lei Complementar 40 foi festejada por promotores e procuradores a ponto de a data de sua sanção ter se convertido no "Dia Nacional do Ministério Público" (Art. 61).

A partir de 1981, o procurador geral de justiça passou a ser escolhido entre os membros da carreira do Ministério Público. Até então, segundo Marques, promotor de justiça (SP, 1985) "ao governador de estado se conferia o poder de nomear qualquer pessoa 'confiável', para ocupar o cargo, ocorrendo nomeações, não raras, de pessoas estranhas ao quadro de carreira da Instituição, tendo-se notícia de 'dentista', 'fazendeiro' e leigos (ao mundo jurídico), que se guindaram à Chefa da Instituição".⁴⁵

A lei trouxe também uma série de garantias e prerrogativas (capítulo IV) que depois seriam aprofundadas em 1988, e fixou uma série de vantagens financeiras complementares aos salários e outros benefícios, como licenças para tratamento de saúde, por motivo de doença em pessoa da família e para repouso à gestante (capítulo VI).⁴⁶

A conquista de tais vantagens corporativas, garantias e prerrogativas é um dos aspectos importantes da reconstrução institucional do

44. Rosana Grimberg *et al.*, "Ministério Público na Constituição Federal: Organização Básica", 1985. Os autores listam uma série de diferenças de organização entre os ministérios públicos estaduais, no período anterior à Lei Complementar 40, p. 130. [promotores de justiça, PE/1985.]

45. Paulo E. Marques, "A Chefa e a Independência do Ministério Público", 1985, p. 89. Segundo o autor, três ministérios públicos estaduais tinham à época procuradores gerais estranhos à carreira (p. 91). Apesar de o Art. 6 remeter à legislação estadual a forma pela qual o PG seria nomeado pelo governador, outro artigo da Lei incluiu a Procuradoria Geral de Justiça como órgão do Ministério Público (antes ausente) e o Art. 55 vedou o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas. Logo, a representação do Ministério Público perante os tribunais só poderia ser desempenhada por um integrante da carreira. A junção desses dois dispositivos levou à conclusão de que o procurador geral não poderia ser escolhido fora da instituição, já que uma de suas funções principais é representar o Ministério Público perante os tribunais.

46. Zucherato, promotor de justiça (MG, 1985), analisa os impedimentos e garantias do Ministério Público sob a Constituição de 1969 e, principalmente, sob a Lei Complementar 40. Segundo o autor, tal lei marcou avanços significativos, mas precisaria ser aperfeiçoada, na direção da maior autonomia e independência. O autor chega a propor uma emenda constitucional para erigir o Ministério Público à condição de quarto poder na Constituição. José Maria Zucherato, "Ministério Público: Impedimentos e Garantias Constitucionais", 1985pp. 77-86.

Ministério Público e será constante, linear e cumulativa ao longo de todo o período, desde a Lei Complementar 40 até as leis orgânicas posteriores à Constituição de 1988. A reivindicação e o *lobby* estiveram apoiados no discurso de que a instituição tinha sido elevada à condição de guardiã dos interesses fundamentais da sociedade e, por conta disso, tais conquistas vinham em benefício do interesse público, e não da corporação.⁴⁷

A lei de 1981, em particular, foi muito importante nesse sentido, pois estabeleceu as bases do processo de independência e fortalecimento nacionais do Ministério Público que culminaria com a Constituição de 1988, especialmente ao fixar o princípio tutelar da relação entre a instituição e os interesses *indisponíveis* da sociedade.

É verdade que o desejo de separação em relação ao Poder Executivo levaria um certo tempo para tomar conta da instituição. O discurso das lideranças mais destacadas pregava genericamente a independência, mas a prática corporativa seria bem diferente, baseada no crescimento pragmático à sombra dos governos estaduais e na tática bastante conhecida de equiparação com a magistratura. Essa postura ambígua do Ministério Público, anterior à Constituição de 1988, foi muito eficaz, pois permitiu a conquista e o acúmulo de vantagens corporativas importantes, ao mesmo tempo em que o discurso pavimentava o caminho para a transposição da instituição para o plano democrático. Macedo Jr., promotor de justiça (SP, 1999) registrou com clareza essa estratégia bem sucedida. Dada a importância do relato para a confirmação de nossa hipótese sobre a reconstrução institucional do Ministério Público, vale a pena reproduzir um longo trecho seu:

A estratégia política adotada com grande sucesso durante a primeira e a segunda fase

47. Segundo Mazzilli, a Lei Complementar 40/81 ainda está em vigor, nos pontos em que ela não contraria a Constituição de 1988 e apesar de ter sido sucedida por uma nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em 1993 (Lei 8.625/93). De acordo com ele, o legislador constituinte cometeu "grave erro" ao não explicitar que a nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público deveria ser lei complementar e o Congresso Nacional não corrigiu o equívoco, aprovando a Lei 8.625 como lei ordinária. Como lei complementar se sobrepõe a lei ordinária, a Lei de 1981 não teria sido revogada pela de 1993, pelo menos naqueles pontos recepcionados pela nova Constituição. Ver Hugo Nigro Mazzilli, *Regime Jurídico do Ministério Público*, 1996, pp. 260-277.

da evolução institucional (1940-1980) consistiu basicamente no fortalecimento do poder político do Ministério Público por meio do *lobby* direto junto ao Poder Executivo ao qual a instituição estava formal e substancialmente arrelada. O Ministério Público era o órgão do Poder Executivo. O próprio procurador geral de justiça exercia cargo de confiança do governador e era demissível *ad nutum* até 1981.

O contato direto com o Poder Executivo e a utilização extensiva da estratégia dos afastamentos de vários dos membros da instituição para o exercício de cargos junto aos poderes Executivo e Legislativo constituiu um capítulo de uma estratégia bem sucedida de fortalecimento institucional. Os promotores afastados da carreira sempre significaram um importante instrumento de política institucional visando a efetivação do projeto institucional dominante e o asseguramento das garantias e vantagens dentro da instituição, inclusive as de ordem econômico-financeira relacionadas ao sistema remuneratório e orçamentário. Esse sistema de vinculação ao Poder Executivo e apoio em estratégias de *lobbies* e provavelmente *concessões* teve eficácia funcional durante o período de vigência do regime autoritário no Brasil, caracterizado pela hipertrofia política do Executivo e baixo grau de importância política de outros agentes políticos da sociedade civil, como imprensa, movimentos sociais e partidos políticos (grifos do autor).⁴⁸

O relato de Macedo Jr. encontra respaldo no depoimento de Plínio Arruda Sampaio, quando este se refere aos primórdios da aproximação entre Ministério Público e Poder Executivo em São Paulo:

Quando nos anos 50 o Carvalho Pinto levou para o governo um monte de procuradores e promotores de justiça, e o secretário de segurança dele era promotor, eu era promotor, o Hélio Bicudo era promotor, o Nereu era promotor, a geração que sucedeu os *founding fathers* foi toda para a política. Ela foi convocada para os executivos [...] em 58. Quer ver quem estava? O José Rubens, o Hélio Bicudo, o Limongi, o Nereu Ramos, eu, o Nova, o Virgílio, assim de cabeça que eu lembro tinha seis no primeiro escalão do governo Carvalho Pinto, e eu garanto que tem mais, eu não estou lembrado, mas tem mais, e aí fixou um certo hábito de que os governos, quando queriam um secretário de justiça, secretário de segurança, quando eles queriam um diretor de penitenciária, ou seja, quando eles queriam pôr ordem num pedaço, eles chamavam um promotor. E isso foi politizando muito a classe, a classe foi adquirindo uma visão pública enorme. (Plínio Arruda Sampaio, entrevista concedida em 7/7/1995).

O que estes relatos demonstram é que a atuação do Ministério Público, no período pré-democrático, teve forte conteúdo corpora-

48. Ronaldo Porto Macedo Jr., "Ministério Público Brasileiro: Um Novo Ator Político", 1999a, p. 111.

tivo e esteve baseada na aproximação pragmática com o Poder Executivo, o que também acabou politizando a instituição. De qualquer modo, essa estratégia só obteve sucesso porque estava bem alicerçada no princípio da defesa de direitos indisponíveis da sociedade, formalizado pela Lei Complementar 40, e na legitimação conferida pelo Código de Processo Civil para atuar em defesa do interesse público. Já o princípio da incapacidade social ou hipossuficiência da sociedade só ganharia força mais tarde. Paradoxalmente, foi preciso chegar a democracia, e com ela o dilema brasileiro crônico da fragilidade de nossas instituições político-representativas, para que o discurso da necessidade de um poder independente e guardião dos interesses de uma sociedade raquítica ganhasse força. Macedo Jr., mais uma vez, expõe com toda clareza esse argumento:

A criação formal de direitos sociais sem a necessária criação de estruturas de apoio que garantam a sua efetiva implementação tem sido uma constante na história política e social do Brasil. A expectativa da não-efetivação desses direitos frequentemente faz parte da lógica do processo legislativo que cria direitos porque sabe que estes não serão implementados. A estrutura política do país tem estimulado um Legislativo socialmente generoso, quando não irresponsável ou demagógico, que logo vai esbarrar num Executivo incapaz de implementar os novos direitos produzidos. A Constituição federal é um exemplo paradigmático desta lógica.⁴⁹

De qualquer modo, a sensação de que estavam evoluindo passo a passo era forte entre os membros do Ministério Público, graças principalmente ao fato de que a tese dos direitos sociais indisponíveis ganhava consistência e apoio a cada dia. Segundo lideranças de destaque da instituição, escrevendo em 1985,

[...] o Ministério Público vem evoluindo para tornar-se, no conjunto dos órgãos estatais, como aquele a quem se comete o encargo específico de velar perante o Poder Judiciário pelos "interesses indisponíveis da sociedade" (como diz sabiamente a Lei Complementar federal 40, de 1981). Essa expressão corresponde à noção de interesses supra-individuais ou interesses difusos, ou seja, aquele conjunto de valores encampados pela Constituição ou por normas infra-constitucionais, que não se concentram na titularidade de um sujeito determinado. [Por

49. *Idem*, p. 109.

isso, concluem os autores, se esses interesses são violados,] alguém há de ter uma legitimação específica para agir em nome dos valores comuns, que foram vulnerados. Ora, esses "valores comuns", quando erigidos pelo legislador como socialmente relevantes e dignos de tutela, se necessário perante os tribunais, devem encontrar, no Ministério Público, seu *patrono nato*. Pois são, sem dúvida, "interesses indisponíveis da sociedade".⁵⁰

Entretanto, esse rápido avanço do Ministério Público colocou, antes mesmo da redemocratização do país, a necessidade de se definir em que casos concretos ele poderia efetivamente intervir em nome de direitos sociais indisponíveis, dado que uma das regras sagradas do processo civil é que ninguém tem legitimidade para defender, em nome próprio, direito alheio, exceto se a lei estabelecer justificadamente exceções. Falava, portanto, definir quais direitos materiais teriam caráter de indisponibilidade, a ponto de autorizar a interferência do Ministério Público no processo. Como vimos, essa é a única forma de se alargar a participação do Ministério Público no processo civil, já que o mesmo está baseado no princípio individualista da disponibilidade dos direitos. Provavelmente, a ascensão do Ministério Público na área cível teria tido um ritmo muito mais lento, ou mesmo estancado em algumas poucas hipóteses, se o debate jurídico não tivesse introduzido a importante noção de direitos difusos e coletivos, que mobilizou uma geração de novos processualistas nos anos de 1970 e 1980 e ganhou *status* jurídico mediante alterações legislativas e constitucionais extraordinárias. A seguir, descreveremos como o Ministério Público não desperdiçou essa oportunidade histórica, e chamou para si a responsabilidade de defender esses novíssimos direitos, já que, segundo sua própria avaliação, a mesma sociedade que se redemocratizava politicamente era incapaz de defendê-los.

OS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ministério Público Versus Sociedade Cível

Em 1981, outra lei importante alterou o ordenamento jurídico e deu mais poderes ao Ministério Público: a Lei 6.938, de 2 de setem-

50. Paulo S. Frontini; Édis Milare & Antonio A. M. C. Ferraz, "Ministério Público, Ação Civil Pública e Defesa dos Interesses Difusos", 1985, p. 269, grifo meu. Em 1985, os autores eram,

bro de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. A lei 6938/81 é considerada um marco jurídico, pois foi a primeira a formalizar a existência de um direito difuso – o meio ambiente – que poderia ser defendido em juízo por meio de um novo instrumento processual: a *ação de responsabilidade civil e criminal*, prevista no Art. 14, § 1. Curiosamente, a lei conferiu o monopólio do uso da primeira ação coletiva brasileira ao Ministério Público e, por esse motivo, seu nome de batismo acabou sendo *ação civil pública*.⁵¹

A lei 6938/81 é responsável por outras inovações importantes, como a instituição da *responsabilidade objetiva*, princípio pelo qual se torna desnecessário demonstrar a existência do elemento subjetivo da culpa no ato lesivo ao meio ambiente, e a *irrelevância da licitude da atividade causadora do dano*, de modo que o responsável tem de responder pelos danos causados, mesmo que sua atividade conte com a aprovação dos órgãos públicos competentes.⁵² Posteriormente, essas inovações foram estendidas para outros tipos de direitos difusos e coletivos, por meio da Lei 7.347/85 da ação civil pública.⁵³

A associação de princípios como o da *responsabilidade objetiva* aos direitos difusos e coletivos, ao longo da produção legislativa que vai ocorrer nos anos de 1980 e 1990, ajudará bastante na sua conceitualização como direitos de ordem pública, acima e desvinculados dos interesses particulares imediatos. Na medida em que se desvinculam do plano das relações intersubjetivas, e ascendem ao plano metaindividual, tais direitos reclamarão a presença tutelar cada vez mais frequente do Ministério Público na esfera civil.

respectivamente, procurador geral de justiça do Estado, procurador de justiça e promotor de justiça, em São Paulo.

51. Benjamin, procurador de justiça (SP, 1995) explica que antes da Lei da ação civil pública (1985) "que ampliou o rol de legitimados ativos, tal modalidade de ação era, de fato, pública, pois se negava a sujeitos privados (principalmente às associações) a possibilidade de tutela de interesses supraindividuais (com exceção da ação popular) como os relativos ao ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, aos consumidores, à concorrência etc. Nesse regime precursor do atual, o Ministério Público era, de fato, o *dominus* de tal modalidade de provocação judicial, daí justificando-se, plenamente a qualificadora 'pública'". Antonio H. V. Benjamin, "A Insurreição da Aldéia Global contra o Processo Civil Clássico: Aportamentos sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Meio Ambiente e do Consumidor", 1995, p. 118.

52. *Idem*, p. 128.

53. Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública. Em Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural e dos Consumidores: Lei 7.347/85 e Legislação Complementar*, 1994, cap. 13.

Três meses depois da Lei do meio ambiente, a Lei Complementar 40 definiu como uma das funções institucionais do Ministério Público "promover a ação civil pública, nos termos da lei" (Art. 3, inciso III). Na esteira da Lei Complementar 40, o Ministério Público paulista ganhou no ano seguinte sua própria lei orgânica (Lei Complementar estadual 304, de 28 de dezembro de 1982), que ampliou significativamente o leque de direitos difusos passíveis de defesa pela instituição: o meio ambiente, o consumidor e o patrimônio cultural e natural do Estado. A Lei 304 tornou possível a criação dos primeiros órgãos de proteção a direitos difusos e coletivos do Ministério Público de São Paulo, tais como a Curadoria de Proteção ao Consumidor (instalada em 13 de junho de 1983)⁵⁴ e a Curadoria de Proteção ao Meio Ambiente. Aliás, *curadoria* era justamente o nome recebido pelo órgão do Ministério Público responsável pelas funções excepcionais na esfera cível e, portanto, ela pode ser considerada o elo simbólico da cadeia evolutiva que levou o Ministério Público de *curador* de menores de idade, loucos, surdos-mudos e outros *incapazes* a *curador* de interesses difusos e coletivos da sociedade hipossuficiente. Vários estados ainda utilizam hoje essa denominação. Em São Paulo, ela desapareceu com a Lei Complementar estadual 667, de 26/11/1991, que dispôs sobre a criação e extinção de cargos do Ministério Público.

O Art. 32, inciso I, § 34 da Lei orgânica paulista autorizava o procurador geral de justiça a designar, em cada comarca do estado, um promotor de justiça para a função de curador especial do meio ambiente, dos direitos do consumidor e do patrimônio cultural e natural.⁵⁵ Tudo isso, portanto, cinco anos antes da Constituição federal e dois anos antes da Lei da ação civil pública.

É interessante notar, portanto, que a ação civil pública para direitos difusos e coletivos "preexistiu" ao texto de 1985, na medida em que foi surgindo aqui e ali até que uma lei específica viesse regulamentá-la. Sem dúvida, trata-se de uma forma peculiar de evolução do Direito, em que leis versando sobre assuntos específicos, por exemplo, o

54. José Geraldo Brito Filomeno (coord.), *Promotorias de Justiça do Consumidor: Atuação Prática*, 1997, pp 13-14.

55. Paulo Salvador Frontini *et al.*, *op. cit.*, 1985, p. 271.

meio ambiente, ou textos de caráter institucional como as leis orgânicas do Ministério Público, vão engendrando um novo mecanismo processual. No caso da lei sobre meio ambiente, o mecanismo aparece como forma nova, melhor adaptada à defesa de um tipo novo de interesse, que por ser difuso não encontra na organização tradicional do processo judicial meio adequado à sua defesa. No caso das leis orgânicas nacional e estaduais, elas se anteciparam à criação de norma específica sobre ações coletivas e trataram de vincular ao Ministério Público a novidade de uma ação civil capaz de proteger direitos metaindividuais: o instrumento processual que poderia ter como titulares agentes da sociedade civil nasceu monopolizado pelo Ministério Público. Há fortes indícios, portanto, de uma evolução legislativa e processual baseada numa estratégia de *dois passos para frente, nenhum para trás*, ou seja, leis que instituem direitos ou que regulam atribuições do Ministério Público no mesmo ato, lançando bases para um aperfeiçoamento posterior. O processo que levou à promulgação da Lei da ação civil pública em 1985, que descreveremos a seguir, mostra claramente como o Ministério Público estava disposto a se transformar no defensor desses novos direitos, nem que para isso tivesse de afastar a própria sociedade civil do seu caminho.

A preocupação da doutrina jurídica com os direitos difusos e coletivos ganhou forte impulso nos anos de 1970, sendo que o debate sobre a questão da reforma processual necessária à proteção judicial desses direitos foi liderado pelos processualistas italianos, especialmente Mauro Cappelletti, Vittorio Denti e Andréa Proto Pisani.⁵⁶ A versão brasileira desse debate foi inteiramente influenciada por esses autores e o artigo pioneiro de Mauro Cappelletti sobre o assunto, publicado em 1975 ("Formazioni Sociali e Interessi di Gruppo Davanti allá Giustizia"), tornou-se rapidamente a mais importante referência dos primeiros juristas brasileiros que se ocuparam do tema, com destaque para José Carlos Barbosa Moreira, Waldemar Mariz de Oliveira Jr. e Ada Pellegrini Grinover.⁵⁷

56. Segundo Ada Pellegrini Grinover, *A Teoria dos Interesses Difusos*, 1984, p. 1.

57. Os primeiros artigos desses juristas sobre o tema foram: José C. Barbosa Moreira, "A Ação Popular no Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdiccional dos Chamados Interesses Difusos", 1977; Waldemar Mariz Oliveira Jr., "Tutela Jurisdiccional dos Interesses Cole-

O primeiro e mais importante aspecto da discussão era a intenção de tornar possível o acesso dos *grupos intermediários* à Justiça, ou mais amplamente falando, dos interesses coletivos da sociedade civil. "Teriam os grupos intermediários acesso à justiça?" É com essa pergunta que Cappelletti começa seu texto de 1975. Segundo o processualista italiano, o direito civil estaria passando por uma verdadeira revolução, cujos aspectos principais seriam, de um lado, a crescente complexidade da sociedade contemporânea e, de outro, a insuficiência da tutela meramente individual de direitos. Segundo Cappelletti, "os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualista-liberal, como deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos."⁵⁸ Essa tendência estaria tomando conta do mundo ocidental e o direito estaria se transformando radicalmente, com a invasão da dimensão coletiva sobre o ordenamento jurídico tradicional.⁵⁹

O reconhecimento da dimensão difusa e coletiva de certos interesses pelo Direito colocou o problema do acesso à justiça em novos patamares. De agora em diante, o debate jurídico teria de procurar soluções que contemplassem não só o acesso individual à justiça mas também a possibilidade de defesa judicial de interesses coletivos. Em 1975, esse problema já tinha contornos mais ou menos claros e Cappelletti pôde criticar as experiências de defesa coletiva de direitos realizadas até então. Segundo o processualista italiano, as duas soluções mais frequentes na época eram insuficientes e precisavam ser superadas. De um lado, tinha-se a solução de colocar a defesa do interesse coletivo lesado nas mãos de um dos indivíduos atingidos para que este, defendendo a si mesmo, beneficiasse também os demais. A limitação dessa estratégia, segundo Cappelletti, era flagrante,

tivos", 1984 (anteriormente publicado em "Estudos sobre o Amanhá", Caderno 2, São Paulo, 1978); Ada P. Grinover, "A Tutela Jurisdiccional dos Interesses Difusos", 1979.

58. Mauro Cappelletti, "Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil", 1977, p. 131.

59. A temática do *acesso à justiça*, inclusive na questão dos direitos difusos e coletivos, foi analisada por Cappelletti em vários trabalhos nos anos de 1970 e 1980, mais amplos do que o artigo referido acima e baseados em um vasto levantamento de experiências judiciais e não judiciais de diversos países. Um marco dessa produção, apesar de só recentemente ter se difundido nas ciências sociais, é seu livro em co-autoria com Bryant Garth, também de 1975. Mauro Cappelletti & Bryant Garth, *op. cit.*, 1988.

especialmente porque nos conflitos de massa, indivíduos isolados encontram-se em grande desvantagem, como no caso das relações de consumo. De outro lado, tinha-se a solução *pública*, isto é, a que entregava ao Ministério Público a defesa dos interesses gerais da sociedade. Cappelletti rejeitava essa solução, apontando graves defeitos no Ministério Público. Primeiro, a semelhança com o juiz faz do promotor um agente incapaz de apresentar o dinamismo que a defesa judicial desses novos direitos requer. Segundo, sua ligação histórica com o Poder Executivo o desqualifica para a proteção de interesses que muitas vezes são lesados pelos próprios órgãos políticos e administrativos do Estado. Essa era a crítica mais contundente contra o Ministério Público. Terceiro, falta aos promotores de justiça formação especializada e conhecimento técnico suficientes para dar conta dos novos problemas trazidos pelos direitos coletivos, e o Ministério Público como um todo está mal aparelhado para representar e defender adequadamente os interesses civis relacionados a fenômenos sociais e econômicos de grande complexidade.⁶⁰

Em *Acesso à Justiça*, Cappelletti e Garth vão concluir, em resumo, que

[...] a triste constatação é que, tanto em países de *common law*, como em países de sistema continental europeu, as instituições governamentais que, em virtude de sua tradição, deveriam proteger o interesse público, são por sua própria natureza incapazes de fazê-lo. O Ministério Público dos sistemas continentais e as instituições análogas, incluindo o *Staatsanwalt* alemão e a *Prokuratura* soviética, estão inerentemente vinculados a papéis tradicionais restritos e não são capazes de assumir, por inteiro, a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos.⁶¹

Nesse sentido, Cappelletti rejeitará explicitamente as soluções tradicionais, sugerindo em seu lugar três outros instrumentos jurídicos e processuais: primeiro, a criação de órgãos públicos "altamente especializados" na defesa dos interesses coletivos. O exemplo mais bem sucedido nesse sentido é o do *ombudsman* na Suécia, e Cappelletti se apres- sa em reconhecer que a existência desses organismos é, positivamente,

60. Mauro Cappelletti, *op. cit.*, 1977, p. 139.

61. Mauro Cappelletti & Bryant Garth, *op. cit.*, 1988, p. 51.

um grande passo para a abertura do monopólio da representação processual dos interesses meta-individuais pelo Ministério Público.⁶² Em segundo lugar, Cappelletti propõe a extensão da legitimação para agir a indivíduos e associações privadas, até mesmo as "não pessoalmente prejudicadas". Por último, seria indispensável atribuir mais poderes ao juiz no sentido de permitir a ele estender o alcance de sua decisão até o limite exigido para a efetiva reparação de todo o dano causado. Além disso, isoladamente, essas soluções também não seriam suficientes, o que levou Cappelletti a propor a associação entre elas na forma de "soluções compostas, articuladas, flexíveis, capazes de dar uma adequada resposta a um problema assim complexo como é a tutela jurídica dos novos, emergentes e vitais interesses coletivos".

A proposta de Cappelletti tem uma intenção clara: abrir o processo civil àquilo que ele chama de *órgãos intermediários* da sociedade civil, com o devido controle do judiciário, mediante um aumento da discricionariedade do juiz.⁶³ Ou seja, ao mesmo tempo em que se preservam os princípios básicos do *due process of law*, com a participação ativa dos tribunais, fortalece-se a sociedade civil ao aproveitar o imenso portal que se abriu no direito individualista moderno e, conseqüentemente, no acesso à justiça.

O artigo seminal de Cappelletti, obviamente, dividiu opiniões no Brasil. De um lado, juristas como Ada P. Grinover, Waldemar Mariz de Oliveira Jr. e José Carlos Barbosa Moreira concordaram com as lições de Cappelletti e rejeitaram fortemente a solução do problema da legitimação de agir concentrada no Ministério Público.⁶⁴ De outro, promotores e procuradores procuraram desqualificar a crítica do processualista italiano e demonstrar que o Ministério

62. Mauro Cappelletti, *op. cit.*, 1977, p. 141.

63. Cappelletti dedica grande parte de seu argumento à necessidade de haver mecanismos de controle sobre as ações coletivas. Ele elogia as soluções inglesa e americana para esse problema e desenvolve, a partir daí, a idéia que cabe ao juiz verificar a "representatividade adequada" da parte no processo em relação à coletividade que está sendo substituída judicialmente. Sobre essa questão ver também Mauro Cappelletti & Bryant Garth, *op. cit.*, 1988, p. 50.

64. Waldemar Mariz Oliveira Jr., *op. cit.*, 1984, pp. 18-19; Ada P. Grinover, "A Problemática dos Interesses Difusos", 1984, p. 39; José Carlos Barbosa Moreira, "A Proteção Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos", 1984, pp. 101-102. Os três artigos foram publicados em Ada Pellegrini Grinover, *A Tutela dos Interesses Difusos*, 1984, capítulos 1, 2 e 7, respectivamente.

Público tinha todas as condições para representar os novos interesses difusos e coletivos.⁶⁵

Entre 1976 e 1980, intensificou-se o debate jurídico sobre esse problema da legitimação para agir, e propostas concretas que atribuíam essa legitimidade às associações civis foram dirigidas ao Congresso Nacional, algumas delas recebidas e transformadas em projetos de lei.⁶⁶ Em 1982, realizou-se em São Paulo o famoso seminário sobre a tutela dos interesses difusos, coordenado por Ada Pellegrini Grinover. Ao final dos debates, o desembargador Weiss de Andrade propôs, em nome da Associação Paulista dos Magistrados, que o grupo de juristas ali reunido constituísse uma comissão de estudos para elaborar um anteprojeto de lei relativo à proteção dos interesses difusos. O grupo, formado por Ada P. Grinover, Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, reuniu-se e elaborou o projeto que, depois de apresentado à Apamagis, foi discutido em vários congressos e seminários jurídicos, no Brasil e até no exterior, ao longo de 1983.⁶⁷ No início de 1984, o projeto foi levado ao Congresso Nacional pelo deputado Flávio Bierrenbach, do PMDB paulista, acompanhado de uma justificativa assinada pelos próprios juristas autores da proposta (projeto de Lei 3.034/84).⁶⁸

Paralelamente ao trabalho dos juristas, integrantes do Ministério Público também discutiam o assunto e, no XI Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, realizado em 1983 em São Lourenço, aprovaram a proposta de Antonio A. M. de Camargo Ferraz, Nelson Nery Jr. e Edis Milaré para um

65. O primeiro e mais importante trabalho nesse sentido foi feito por integrantes do Ministério Público paulista: Antonio A. M. C. Ferraz, Edis Milaré, & Nelson Nery Jr., "A Ação Civil Pública", 1983, ver especialmente pp. 92-98. Versão um pouco modificada da tese foi publicada pelos mesmos autores sob o título *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, 1984.

66. Ada P. Grinover, *op. cit.*, 1984, p. 3.

67. À época, Ada P. Grinover era procuradora do Estado de São Paulo e professora de Direito Processual Penal da USP; Cândido Dinamarco era desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e professor de Direito Processual Civil da USP; Kazuo Watanabe era desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e professor de Direito Processual Civil da USP; Waldemar Mariz de Oliveira Jr. era desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e professor de Direito Processual Civil da PUC-SP.

68. Esse relato histórico pode ser encontrado em Ada P. Grinover, *op. cit.*, 1984, pp. 1-6.

projeto de lei sobre a ação civil pública.⁶⁹ Embora os autores tenham tomado como ponto de partida o projeto original da comissão de juristas, o resultado foi uma proposta que resultava no fortalecimento do Ministério Público, em detrimento do papel das associações civis na defesa judicial de direitos coletivos (ver anexo, Quadro 2).

É fato que a correlação de forças entre os defensores de cada projeto esteve equilibrada até a tramitação no Congresso Nacional. De um lado, tinha-se uma instuição já elevada à condição de defensora do interesse público e que, recentemente, havia inaugurado e monopolizado a proteção judicial dos direitos difusos na área de meio ambiente. De outro, uma comissão de juristas de destaque que propunha, sob a inspiração da doutrina italiana, o alargamento da legislação definidora de direitos coletivos e a ampliação do acesso à justiça para a sociedade civil. Por um lado, é importante lembrar que o Ministério Público não gozava da independência em relação ao Poder Executivo, e manter o monopólio das ações coletivas em suas mãos seria algo temerário. De outro, é bem verdade que promotores e procuradores se esforçavam para rebater as críticas de Cappelletti, alegando que sua visão sobre o Ministério Público estava muito marcada pela experiência italiana e que o *Parquet* brasileiro não sofria dos mesmos males.

Em junho de 1984, o procurador geral de justiça de São Paulo, Paulo Salvador Frontini, encaminhou o projeto elaborado pelo Ministério Público paulista ao presidente da Confederação Nacional do Ministério Público, Luiz Antonio Fleury Filho, para que este fizesse chegar o texto ao Congresso Nacional. Dada a ligação do *Parquet* com o Poder Executivo na época, Fleury Filho levou a proposta ao ministro da Justiça do governo Figueiredo, Ibrahim Abi-Ackel, que depois de um período de estudo (durante o qual recebeu a colaboração de membros do Ministério Público paulista), enviou o projeto de lei ao Congresso Nacional. O projeto do Executivo, apesar de ter chegado

69. A história das ações e posicionamentos do Ministério Público nessa época pode ser encontrada em numerosos artigos e livros publicados sobre o tema da ação civil pública. Pelo que se vai notar a seguir, constitui fonte indispensável de informações primárias o trabalho de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Associação Civil e Interesses Difusos no Direito Processual Civil Brasileiro*, 1989.

depois, andou mais rápido do que o da comissão dos juristas e foi aprovado em meados de 1985.⁷⁰

Nos documentos de apresentação e justificativa dos respectivos projetos é possível perceber as diferentes intenções quanto à regulamentação da defesa dos direitos coletivos. Enquanto os juristas salientavam que "a crescente conscientização quanto à necessária tutela jurisdicional dos interesses difusos tem estimulado diversas iniciativas, quase todas no sentido de atribuir-se legitimação extraordinária às associações, para a defesa dos interesses coletivos", a carta de Fleury ao ministro da Justiça afirmava que, caso o projeto viesse a ser convertido em lei, "viria coroar as recentes conquistas alcançadas pelo *Parquet* com a edição da Lei Complementar 40, de 14 de dezembro de 1981, que mais reafirma o seu papel de legítimo tutor dos *interesses indisponíveis da sociedade*".⁷¹

De fato, algo muito precioso estava em jogo. Como vimos, desde o final dos anos de 1970 o Ministério Público veio forjando o argumento da indisponibilidade de direitos da sociedade e reforçando sua condição de verdadeiro guardião do interesse público. Nessa linha, sua primeira lei orgânica nacional (1981) foi saudada por todos como o primeiro degrau de outros tantos que a instituição viria a subir. Meses antes, outra lei tinha lhe conferido o monopólio da ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e, no ano seguinte, em 1982, o Ministério Público paulista simplesmente estendeu essa proteção para as áreas de consumidor e patrimônio cultural e natural do Estado. Mas, apesar desses avanços significativos, também o Ministério Público enfrentava dificuldades na defesa desses novos direitos em função da falta de regulamentação adequada do novo instrumento processual. Ao mesmo tempo, avolumava-se fora da instituição o movimento no sentido de ampliar o acesso à justiça, notadamente por meio da legitimação de grupos da sociedade civil para atuarem em juízo. O problema é que tal tendência, como já mencionamos, tinha profunda aversão às instituições tradicionais do Estado⁷², dentre elas

70. Os respectivos projetos, justificativas e ofícios trocados entre as autoridades envolvidas podem ser encontrados no anexo do livro de Édís Milare (coord.), *op. cit.*, 1995, pp. 465-511.

71. *Idem*, pp. 469 e 473, respectivamente (grifo meu).

72. Campilongo assinala a coincidência entre o surgimento dos direitos difusos, a ascensão dos

o Ministério Público. O momento era, enfim, delicado e exigiu uma postura firme, mas cautelosa, do Ministério Público no sentido tanto de abrir o monopólio da representação de interesses difusos às associações civis, quanto de conquistar novas prerrogativas que lhe conferissem posição privilegiada em relação a todos os demais legitimados à defesa judicial dos novos direitos.⁷³

Como vemos a seguir, isso só foi possível graças à atuação eficiente do *lobby* do Ministério Público paulista no âmbito da comissão do Ministério da Justiça, que recebeu e aprimorou o projeto. O então ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, registrou esse fato na exposição de motivos que acompanhou a proposta ao Congresso Nacional: "Neste Ministério os estudos prosseguiram com a colaboração prestimosa de membros do Ministério Público daquele Estado, resultando no anteprojeto que, por nos parecer mais completo e abrangente [do que o da comissão dos juristas], adotei, propondo agora o encaminhamento à apreciação do Congresso Nacional".⁷⁴ E, de fato, a proposta enviada ao Congresso era mais favorável ao Ministério Público do o próprio anteprojeto enviado por Fleury a Ibrahim Abi-Ackel, em junho de 1984.

Segundo Fiorillo, citando documentos do arquivo pessoal de Nelson Nery Jr. (integrante do Ministério Público paulista e um dos autores do anteprojeto), "em 5 de setembro de 1984 o prof. Nelson Nery

novos movimentos sociais e o declínio dos sistemas representativos partidários e corporativos do Estado. Ver Celso Fernandes Campilongo, "Os Desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico", 1994, p. 34.

73. Não seria exagero dizer que o sistema judicial sofreu uma de suas revisões mais críticas no final dos anos de 1970 e início dos de 1980, coincidindo justamente com a proliferação de mecanismos extrajudiciais de acesso à justiça. Quando relataram as mudanças em curso naquela época, Cappelletti e Garth salientaram que a tendência majoritária era a de criar *alternativas/desvios* ao sistema judiciário regular: juízo arbitral, conciliação e até imposição de constrangimentos econômicos sobre a litigância, tribunais de "vizinhança" ou "populares", tribunais especiais para causas de consumidores e os famosos *procedimentos especiais para pequenas causas*, que inspiraram reformas importantes no Brasil dos anos de 1980 e 1990. Mauro Cappelletti & Bryant Garth, *op. cit.*, 1988, cap. 4. Estudos sobre o caso brasileiro nesse contexto de revisão crítica do funcionamento do judiciário nos anos de 1980 podem ser encontrados em José Eduardo Faria (org.), *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*, 1994a. Análises sobre as mudanças judiciais orientadas para os "novos direitos", ocorridas no final dos anos de 1980 e primeira metade dos anos de 1990, podem ser encontradas em José Eduardo Faria (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, 1994b.

74. *Idem*, p. 487.

Jr. teve a oportunidade de, em documento encaminhado ao DAL [Departamento de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça], fazer algumas observações visando ao aprimoramento do anteprojeto revisado e adaptado pelo Ministério da Justiça, considerações estas que, conforme se verá, foram incorporadas à Lei 7.347/85.⁷⁵

Uma das sugestões do documento era que a ação civil pública fosse proposta no foro do local onde tinha ocorrido ou deveria ocorrer o dano (incorporada na forma do Art. 2 da Lei 7.347/85). Segundo Fiorillo, essa sugestão teria sido feita a Nery Jr. por um promotor de justiça de Apucarana (PR), quando o integrante do *Parquet* paulista proferia conferência em Curitiba, no I Simpósio Estadual de Direito do Meio Ambiente (31/8/1984). A fixação do foro competente, que não constava nem do anteprojeto do Ministério Público nem do projeto dos juristas, evitaria que processos envolvendo o Poder Executivo estadual fossem deslocados para a capital do estado ou outro local em que se encontrasse a vara privativa da Fazenda Pública. Em se tratando de sugestão feita a um ministro do Poder Executivo, o argumento era perigoso, mas Nery Jr. desvencilhou-se bem da questão, segundo relata Fiorillo: "Por outro lado, salientava o prof. Nelson Nery Júnior que *se viesse a ser adotada a sugestão encampada pelo Ministério Público de São Paulo, a União não teria a sua posição processual afetada ou mesmo alterada* vez que o dispositivo não alteraria em nada as normas vigentes sobre competência, nas ações onde a União intervém como parte, assistente, oponente etc., na medida em que prevaleceria sobre o dispositivo da lei ordinária o Art. 125, I da Constituição da República [...]".⁷⁶ Isto é, a fixação do foro competente para a ação civil pública não traria transtornos ao Executivo federal, pois a Constituição estabelecia soberanamente a Justiça federal como instância de julgamento de todas as causas envolvendo a União. Somente estados e municípios seriam penalizados com a mudança e, portanto, o ministro da Justiça poderia incorporá-la ao projeto tranquilamente (ver anexo, Quadro 2).

Uma outra passagem importante do documento, descrita por Fiorillo, menciona a ocorrência de uma reunião em Brasília, na qual

75. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *op. cit.*, 1989, p. 195.
76. *Ibidem*, pp. 196-197 (grifo meu).

os participantes teriam retirado do projeto um dos pontos mais caros aos juristas, introduzido para incentivar a participação das associações civis na defesa judicial de direitos difusos e coletivos. Corrigindo-se a tempo, Nery Jr. evitou o que seria uma afronta aos defensores da proposta associativista, maior do que a que ocorreu depois da votação da lei no Congresso (veremos esse ponto adiante). Segundo Fiorillo,

[...] outro aspecto indicado pelo prof. Nelson Nery Júnior dizia respeito à sucumbência na ação movida pelas associações legítimas. Esclarecia o professor que, "no estudo dos professores Ada Pellegrini Grinover, Waldemar Mariz de Oliveira Junior, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, que ensejou o projeto de Lei 3.034/84 de autoria do deputado Flávio Bierrenbach, essa preocupação foi detectada e eles, prudentemente, atenuaram a sucumbência, de modo a não intimidar as associações a promoverem as ações em defesa da comunidade. Do contrário, não teriam elas condições de fazê-lo, pois o custo das ações judiciais é, por vezes, muito alto. Isto constava de nosso projeto original, *mas na reunião aí de Brasília em julho último foi suprimido, não havendo tempo suficiente para uma análise mais aprofundada*".⁷⁷

No mesmo documento, Nery Jr. pediu para que o artigo fosse introduzido novamente no projeto. Ao final, feitas essas ponderações,

[...] conclui o prof. Nelson Nery Junior entendendo que o anteprojeto tivera profícuo aprimoramento face ao trabalho da comissão formada pelo Ministério da Justiça "devido portanto ser mantido para futuro encaminhamento pelo Governo Federal ao Congresso Nacional" sendo certo que, caso viesse a tornar-se lei coroaría o trabalho do Ministério da Justiça no aperfeiçoamento da Instituição do Ministério Público vez que consistia na regulamentação da ação civil pública prevista na Lei Complementar 40 de 14 de dezembro de 1981. *Enviava assim o Ministério Público do Estado de São Paulo, por intermédio de um de seus membros, Projeto de Lei com 21 artigos, com as modificações antes discutidas*.⁷⁸

77. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *op. cit.*, 1989, p. 197 (grifo meu), citando documentos do arquivo pessoal de Nelson Nery Junior.

78. Esse trecho mostra como integrantes do Ministério Público paulista colaboraram com o Ministério da Justiça na reelaboração do projeto de lei, cuja redação final Nery Jr. parece ter enviado ao ministro, com 21 artigos. O projeto original do Ministério Público tinha 16 artigos. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *op. cit.*, 1989, p. 201 (grifo meu), citando documentos do arquivo pessoal de Nelson Nery Junior.

Aprovado por acordo de lideranças no Congresso Nacional, o projeto seguiu para sanção do presidente da República, José Sarney, no início de julho de 1985. Segundo Fiorillo, até a promulgação da lei em 24 de julho, houve um intenso debate nos meios de comunicação, polarizado pelo Ministério Público de um lado e pelos juristas, autores do projeto original, de outro.⁷⁹ Ao lado destes últimos, com destaque para Ada Grinover, colocaram-se entidades civis como a Associação Comercial de São Paulo e o Instituto dos Advogados. Enquanto o Ministério Público, com base em moção assinada pelos procuradores gerais de justiça dos estados, pedia ao presidente a sanção integral da Lei, Ada Grinover e outros apontavam que o projeto original tinha sido deturpado no sentido de fortalecer o poder do Ministério Público em detrimento das associações civis. No centro do conflito estava o Art. 9, que autorizava o Ministério Público a arquivar os autos do inquérito civil ou as peças informativas caso se convencesse da inexistência de fundamento para propor a ação civil pública (ver anexo, Quadro 2). Como o Ministério Público tinha uma posição de vantagem no projeto, atuando como fiscal da lei em todas as ações propostas pelos demais agentes legitimados, os juristas temiam que o Ministério Público pudesse usar o Art. 9 para obstruir a ação judicial das associações em casos envolvendo o Poder Executivo. O próprio parágrafo 2 do referido artigo reforçava esse entendimento, pois instituiu uma estranha forma de recurso: até que o pedido de arquivamento fosse homologado ou rejeitado pelo Conselho Superior do Ministério Público, as associações poderiam apresentar razões escritas e documentos que seriam acrescidos ao processo para exame e deliberação do Conselho. Segundo os juristas, essa forma de recurso contra o arquivamento era inconstitucional (e ainda estava-mos sob as Cartas de 1967/1969). Ou seja, como disse à época o presidente da Associação dos Advogados de São Paulo, José Roberto Batocchio, levantando-se contra o referido artigo:

[...] verifica-se que, na iminência da homologação do pedido de arquivamento nada mais restará às associações senão defender sua causa junto aos órgãos superiores do Ministério Público. Ora, isto fere o princípio do juiz natural e o princípio

79. *Idem*, pp. 201-223.

da proteção judiciária. Não pode a lei que expressamente as legitima à ação, restringir esse acesso na hipótese de discordância do Ministério Público. O parágrafo segundo do artigo nono é flagrantemente inconstitucional, na medida em que não assegura às entidades representativas a possibilidade de ajuizarem a ação em caso de arquivamento do inquérito civil pelo Ministério Público.⁸⁰

É possível compreender melhor a reação à nova lei se considerarmos que à época, em 1985, o Ministério Público não tinha se desligado ainda do Poder Executivo (tanto que seu anteprojeto passou pelo Ministério da Justiça para chegar ao Congresso Nacional), o que tornava aquele Art. 9 duplamente perigoso contra as associações civis. Há quem tenha visto nessa manobra a permanência do entulho autoritário: "Atribuir a legitimação às associações e depois deixá-las a critério de um órgão do Poder Executivo significa, na prática, suprimir a sua titularidade autônoma, deixando-as à mercê da iniciativa do Ministério Público. Com o que se frustram aquelas soluções compostas, articuladas e flexíveis, que devam ser buscadas para a efetiva e concreta proteção dos interesses difusos. E se deixa no projeto, o entulho autoritário' tão pouco aderente ao ideário da Nova República".⁸¹

Vários pedidos de veto ao Art. 9 e também ao Art. 17 (que tratava do pagamento de honorários e custas judiciais) foram dirigidos ao presidente Sarney, durante o mês de julho. Nos dias 22 e 23 de julho, os dois principais jornais de São Paulo (*Folha de S. Paulo* e *O Estado de S. Paulo*) publicaram editoriais recomendando ao presidente que vetasse o Art. 9 para evitar a subordinação das associações civis aos interesses do Executivo.⁸² O Ministério Público, por intermédio do presidente da Conamp, também se dirigiu a Sarney, mas para expressar, "com todo o respeito e acatamento [...] a viva expectativa de toda a Classe quanto à sanção, *sem vetos*, do Projeto de Lei que disciplina a ação civil pública".⁸³

Mas o embate ganhou outros contornos quando o líder dos promotores, Luiz Antonio Fleury Filho, introduziu uma dimensão ideo-

80. Citado por Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *op. cit.*, 1989, p. 212.

81. Assim concluiu Batocchio, falando em nome da Associação dos Advogados, que pediu diretamente ao presidente que vetasse o Art. 9 da lei aprovada no Congresso. Citado por Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *op. cit.*, 1989, pp. 212-213.

82. *Idem*, pp. 213-218.

83. Luiz Antonio Fleury Filho, "Lei 7.347/85: Um Depoimento", 1995, p. 352.

lógica na discussão, afirmando que as críticas ao projeto atendiam aos interesses das "classes mais conservadoras da sociedade", especialmente as empresarias e comerciais que teriam muito a perder com os avanços na proteção dos direitos do consumidor e do meio ambiente. Fleury queria, com isso, desqualificar as críticas dos juristas chamando a atenção para o fato de estarem sendo manipulados por interesses retrógrados.⁸⁴

Ao final, em 24 de julho, Sarney sancionou a lei com todos os seus artigos, incluindo o polêmico Art. 9 mas causou surpresa ao vetar os itens que dispunham sobre a proteção de "qualquer outro interesse difuso", alegando que o caráter genérico e aberto do dispositivo era uma ameaça à segurança jurídica.

Em termos gerais, portanto, a Lei 7.347/85 significou uma grande vitória do Ministério Público, a começar pela denominação *ação civil pública*, imprecisa tecnicamente, mas que teve a clara intenção de estabelecer um papel predominante para o Ministério Público: primeiro, porque invocava o seu equivalente no direito penal — a ação penal pública — cujo titular é o Ministério Público; segundo, porque restabelecia a linha de continuidade com as leis do início da década, que vinham construindo o monopólio do Ministério Público também nas ações coletivas (deve-se lembrar que tanto a Lei ambiental 6.938 quanto a Lei Complementar 40, ambas de 1981, tinham previsto a ação civil pública para uso exclusivo pelo Ministério Público). Embo- ra a lei 7347/85 viesse abrir a legitimidade a agentes privados, a permanência da expressão teria efeito simbólico importante no sentido de sinalizar a permanência do Ministério Público como ator principal. Ada P. Grinover, por diversas vezes, em textos e conferências, não se cansaria de indicar a importância dessa denominação. Em entrevista, a jurista afirmou:

84. Ao final de seu relato, com base em documentos do arquivo pessoal de Nery Jr., Fiorillo apresenta uma grande lista de instituições que manifestaram apoio ao projeto, bem como de outras que pediram vetos ao presidente: a favor, além de associações e chefes dos vários ministérios públicos, apenas órgãos do Executivo ligados a questões de meio ambiente e consumidor; do outro lado — pedindo o veto — entidades da sociedade civil como SBPC e associações comerciais e outras entidades como OAB-SP, Associação Paulista dos Magistrados, Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo etc.

Nós não tínhamos utilizado essa expressão, até porque é inadequada. O nosso projeto não falava em ação civil pública, falava em tutela de interesses difusos e coletivos, na legitimação que era como é agora — concorrente e autônoma — e ação civil pública é uma impropriedade exatamente na medida em que salienta como parte o Ministério Público, quando na verdade — na minha visão — o Ministério Público é muito importante nessa atuação por enquanto, mas eu gostaria de uma sociedade civil que não precisasse de tutela e usasse mais sua legitimação para ação civil, e aí não é mais pública porque a associação é parte privada. Então essa denominação ação civil pública tem duas impropriedades: primeiro porque não se trata de ação de iniciativa pública sempre, poderá haver iniciativa privada; segundo, porque na verdade a tutela dos interesses difusos e coletivos está a meio caminho entre o público e o privado e muito mais no campo dos interesses sociais (Ada Pellegrini Grinover, entrevista concedida em 25/11/1999).

O projeto da comissão de juristas era *per se* cauteloso com a questão da legitimação de agir das associações civis. Tal cautela decorria da percepção desses juristas sobre o significado monumental da mudança que estavam ajudando a produzir: a virada de página do Direito liberal clássico, com a superação de sua base individualista. Defendendo essa ruptura, no Seminário de 1982, Grinover dimensionou o problema em termos de *era*, ao afirmar categoricamente: "é necessário rever as posições do liberalismo clássico, afastando a profunda aversão da Revolução Francesa contra qualquer modalidade de *corps intermédiaires*, aversão essa justificada pelo fato de que, sob o *ancien régime*, as formações sociais intermediárias haviam embasado o feudalismo."⁸⁵ Talvez seja exagero dizer que esse tipo de revalorização dos *corpos intermédiares* ou do que se chamou também de *société civile* possa trazer junto algum tipo de "refeudalização" do Direito e da sociedade, com o indesejável massacre do indivíduo, mas o fato é que, reconhecendo os riscos de uma inversão histórica dessa magnitude, os juristas reunidos em 1982 não se deixaram levar por uma visão romântica ou idealizada da sociedade civil, e ponderaram cautelosamente a necessidade de controles precisos sobre uso da justiça por atores coletivos.⁸⁶

85. Ada P. Grinover, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Sistema Brasileiro", 1984, pp. 32-33.

86. Diz Grinover: "Claro é que tais grupos intermediários podem, por sua vez, transformar-se em centros de poder e de opressão, para os associados e para terceiros. Podem, inclusive, influir de

Inspirados em mecanismos da Ação Popular, Grinover e seus colegas conceberam antídotos eficientes para evitar o mau uso da ação coletiva por parte de entidades privadas. Da Ação Popular, os juristas trouxeram dois importantes mecanismos⁸⁷: a atuação do Ministério Público como fiscal da lei nas ações propostas pelas associações civis e, no caso de desistência ou abandono da ação, podendo ele mesmo assumir a titularidade ativa no processo; em segundo lugar, a condenação ao pagamento dos honorários do advogado do réu, em caso de pretensão manifestamente infundada, e ao pagamento do décuplo das custas em caso de litigância de má fé.⁸⁸ Tais expedientes eram considerados muito importantes, pois o feito extraordinário de romper com os princípios individualistas do direito tradicional, abrindo o processo a atores coletivos, trazia riscos não menos consideráveis. Em especial, a *legitimação extraordinária*,⁸⁹ pela qual direitos alheios são levados aos tribunais por agentes autorizados legalmente, poderia ser utilizada com objetivos escusos, como a prática do conluio em que o autor ingressa com ação mal formulada e a conduz de modo negligente, a fim de produzir deliberadamente uma decisão favorável ao réu, com quem mantém acordo secreto.

Pensando nesse e em outros riscos, os juristas trouxeram da experiência internacional mecanismos de controle das ações coletivas. Nas *class actions* do modelo americano, Grinover e seus colegas foram buscar o princípio da *representatividade adequada*, pela qual se atribuiu ao juiz

maneira determinante sobre a escolha de prioridades econômicas e sociais do país. Por isso, o mesmo movimento que visa a reconhecer aos grupos intermediários capacidade de direito material e processual, preocupa-se em colocar limites à sua ação, em uma [citando Cappelletti] 'articulada, flexível, pluralista combinação de forças - de pesos e de contrapesos, de poderes e de controles'. *Idem*, p. 33.

87. Um dos trabalhos pioneiros sobre os interesses difusos no Brasil, de Barbosa Moreira, demonstrou criativamente como já tínhamos, nos anos de 1970, um instrumento processual capaz de acionar a tutela judicial de tais interesses e direitos: era a Ação Popular, de onde a comissão de juristas de 1982-1984 retirou uma série de dispositivos para o projeto da Lei de Ação Civil Pública. Ver José Carlos Barbosa Moreira, "A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos", 1977.

88. Estes e os demais mecanismos incorporados pelos juristas ao anteprojecto de lei (inclusive vindos da experiência internacional) são indicados por Ada Pellegrini Grinover, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Sistema Brasileiro", 1984, pp. 184-185.

89. Legitimidade extraordinária no sentido jurídico, ou seja, "a possibilidade de alguém, em nome própria, defender interesse alheio". Cf. Hugo N. Mazzilli, *op. cit.*, 1994, p. 25 (grifo do autor).

alguma discricionariedade para examinar as condições efetivas em que se apresentava o autor da ação, podendo indeferir preliminarmente o pedido caso constatasse vício grave de representação dos interesses individuais ali colocados. E combinando com vantagens do sistema de *civil law*, os juristas foram buscar na Lei Royer, de 27/12/73, a fórmula francesa de se impor exigências objetivas ao autor da ação, tais como um prazo mínimo de existência legal e objetivos institucionais previamente definidos em estatuto.⁹⁰ Com isso, os juristas pretendiam mesclar a tradicional discricionariedade do juiz (do modelo de *common law*) e a fixação legal de critérios objetivos da tradição de *civil law*.⁹¹ Entretanto, a experiência não pôde se concretizar porque o Ministério Público retirou do projeto o princípio da "representatividade adequada", deixando apenas os critérios objetivos (ver anexo, Quadro 2). É difícil imaginar o que teria acontecido com o judiciário brasileiro se a idéia original tivesse vingado. De um lado, pode-se imaginar que os juizes ingressariam na era da tutela judicial de direitos difusos em posição de destaque e, quem sabe, incentivados a tomar uma postura mais ativa na implementação da justiça. De outro, é possível imaginar o inverso: atribuir tal poder à magistratura permitiria que juizes conservadores viessem diminuir o ritmo ou mesmo impedir a entrada das demandas coletivas no judiciário. Seja como for, o projeto dos juristas (três dos quatro eram desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo) apostava na participação da magistratura, e o projeto do Ministério Público fez com que ela permanecesse no lugar em que sempre esteve.⁹²

90. Ada P. Grinover, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Sistema Brasileiro", *op. cit.*, 1984.

91. Embora não seja nosso objetivo aqui fazer uma análise comparativa, cabe registrar que, no plano internacional, o problema dos controles sobre as ações coletivas, assim como uma série de outros relacionados a essa forma de tutela de direitos, têm sido examinados há tempos pela análise jurídica e pelas ciências sociais, especialmente em função da experiência americana das *class actions* seus similares em outros países. Para um longo apanhado histórico da evolução das ações coletivas ver Stephen C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, 1987. Para um balanço atual da questão das ações coletivas no sistema americano ver Deborah R. Hensler *et al.*, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 2000.

92. É importante lembrar que, nessa época, integrantes da Magistratura também estavam envolvidos com uma importante iniciativa de alargamento do acesso à Justiça e de resgate da imagem do Judiciário perante a população, por meio dos Juizados Especiais de Pequenas Causas instituídos pela Lei 7.244, de 7/11/1984. Ver Kazuo Watanabe *et al.*, *Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 7 de Novembro de 1984*, 1985.

Na questão dos atores legitimados a propor ação civil pública, o Ministério Público também obteve sucesso na proposta de aumentar, de seis meses para um ano, o prazo mínimo de existência legal da associação que pretendesse recorrer ao Judiciário nas demandas coletivas (ver anexo, Quadro 2). Embora muito importante, essa questão do prazo mínimo tem sido pouco discutida. Na origem, sua intenção era impedir que associações fossem criadas de última hora, com o intuito de propor ações coletivas casuísticas, e que, posteriormente, se dissolvessem. A exigência do prazo mínimo de constituição tinha dois efeitos principais: impedia o oportunismo e imprimia maior seriedade às ações, pois somente iniciativas consistentes de organização civil teriam disposição e condições de enfrentar um ano de carência, antes de poder propor sua primeira medida judicial.

Passados mais de quinze anos da promulgação da lei, pode-se dizer que tais freios e limitações funcionaram pois, embora não se tenha dados precisos a respeito, é consenso entre os especialistas que o número de ações promovidas por associações civis nesse período foi incomparavelmente inferior ao número de ações patrocinadas pelo Ministério Público.

Outro fator importante a considerar sobre essa discrepância é que as demandas coletivas muitas vezes surgem de forma repentina e imprevisível, mas a lei não contemplou esse aspecto no que diz respeito às entidades civis, fazendo com que a representação ao Ministério Público seja o caminho mais racional e eficiente.⁹³ Isto é, na hipótese de um conflito inesperado, para o qual não haja organização civil em condições de legitimidade para propor ação civil pública, qual dos dois caminhos parece mais racional? Organizar-se legalmente e esperar um ano para ingressar em juízo ou recorrer àquela instituição que se encontra em *stand by* e pode agir a qualquer momento e em todas as causas, pois a lei não lhe impõe nenhum tipo de restrição? A resposta parece óbvia.

Nesse sentido, era mesmo de se esperar que o recurso à justiça por parte de associações civis se tornasse uma prática frequente apesar

93. O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, corrigiu essa falha: trouxe de volta o princípio da *representatividade adequada* e passou a permitir que o juiz dispense o requisito de pré-constituição nos casos de interesse social e de relevância do bem jurídico a ser protegido (Art. 82, § 1).

nas nas áreas de conflitos estruturados, conhecidos e recorrentes. Somente áreas como essas contam com organizações civis estáveis, talhadas pela história de conflitos, e em melhores condições de ingressar em juízo. Isso explicaria porque as questões de meio ambiente e direitos do consumidor são as que apresentam maior número de ações coletivas promovidas por associações privadas, pelas razões conhecidas que distinguem a estrutura e a recorrência dos conflitos nessas áreas em relação a outras de organização social mais frágil e de direitos difusos e coletivos ainda pouco nítidos.

Em resumo, a lei 7.347/85 não constituiu incentivo particular à organização da sociedade civil com vistas à atuação no processo judicial, pois só reconheceu os setores previamente organizados e, quanto aos não organizados, ela sinalizou que o caminho mais racional seria bater às portas do Ministério Público. O projeto do Ministério Público agravou esse problema quando duplicou a exigência de prazo mínimo de existência legal, de seis meses para um ano, para as associações que quisessem usar a ACP. E foi além quando quis impor vínculo da associação com a região na qual ocorreu o dano, mas acabou abandonando essa pretensão.⁹⁴

O Ministério Público foi audacioso também ao propor a retirada da legitimação para agir da União, estados, municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, mas o Ministério da Justiça tratou de reincorporá-los ao projeto que foi encaminhado ao Congresso Nacional. É provável que aqui tenha

94. A primeira versão do projeto do Ministério Público, encaminhada ao ministro da Justiça, trazia essa outra restrição às associações: "estar, de alguma forma, ligada à região" (ver anexo, Quadro 2), o que colocaria dificuldades para a atuação das entidades civis nas causas envolvendo direitos difusos não circunscritos territorialmente. Mas enquanto o projeto esteve estacionado no Ministério da Justiça, um de seus próprios autores sugeriu ao ministro que a restrição fosse retirada. Segundo Fiorillo, no documento enviado por Nelson Nery Jr. ao Departamento de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, acatava-se a sugestão do prof. Paulo Afonso Leme Machado de não exigir que as associações legitimadas estivessem ligadas à região na qual ocorreu o dano, exemplificando que o equilíbrio ecológico da Amazônia interessava aos habitantes do Rio Grande do Sul. Nas palavras de Nery Jr., citadas por Fiorillo: "essa sugestão já havia sido acolhida pelo Projeto n. 3034/84, do deputado Flávio Bierenbach mas, por um lapso nosso, deixamos de considerá-la. Daí a razão por que, no texto que ora lhe envio, suprimi referida exigência, de acordo com o que a comissão aqui de São Paulo decidiu". Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *op. cit.*, 1989, pp. 200-201, (grifo meu), citando arquivo pessoal do prof. Nelson Nery Junior.

pesado, da parte do Ministério Público, o receio da concorrência com outras entidades públicas. Como o projeto da comissão de juristas vinculava a participação desses órgãos à existência de finalidade institucional específica, pode-se afirmar que a intenção era abrir terreno para organismos estatais especializados na defesa de certos direitos difusos, na linha do que preconizava Mauro Cappelletti em seu famoso artigo. Evidentemente, num contexto em que soluções como a do *Ombudsman* sueco ganhavam cada vez mais simpatia, pode-se imaginar que a criação desses organismos públicos altamente especializados introduziria uma indesejável concorrência para o Ministério Público, ameaçando sua posição de poder duramente conquistada ao longo dos anos. Ao contrário, o *Parquet* se constituiria no único órgão público capaz de ajuizar ações coletivas se a legitimidade de agir fosse estendida apenas às associações civis, tal como constava do seu anteprojeto de lei. No final, o Ministério da Justiça fez retornar ao projeto os legitimados que o Ministério Público havia suprimido, contrariando sua intenção de ser o único órgão estatal a ter legitimidade para usar a ação civil pública.

Mas a diferença mais importante entre os dois projetos não foram os pontos desfavoráveis à sociedade civil, mas os pontos que fortaleceram ainda mais a posição do Ministério Público, com destaque para a introdução do *inquérito civil*, instrumento não previsto no projeto da comissão de juristas. Segundo o Art. 5, § 1 do anteprojeto do Ministério Público (Art. 8, § 1 da lei aprovada), "o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar das autoridades competentes ou de qualquer organismo público ou particular as certidões e informações que julgarem necessárias, bem como a realização de perícias, no prazo que assinalar"⁹⁵. Mais do que isso, o anteprojeto instituiu como crime, punido com pena de reclusão de um a três anos, mais multa, a recu-

95. O inquérito civil foi uma das maiores conquistas do Ministério Público nos anos de 1980 e, segundo Ferraz, procurador de justiça (SP), é um instrumento investigatório que só existe no Brasil. Segundo o autor, "o inquérito civil é e tem sido um eficiente instrumento de cidadania, estando hoje disseminado o hábito de associações, partidos políticos e cidadãos, isolada ou coletivamente, representarem ao Ministério Público para apuração de fatos possivelmente lesivos aos interesses difusos". Antonio A. M. C. Ferraz, "Inquérito Civil: Dez Anos de um Instrumento de Cidadania", 1995, pp. 63-64.

sa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público (ver Art. 6 do anteprojeto, que incluía os outros legitimados como autores de requisição, e o Art. 10 do texto finalmente aprovado, que só mencionou o Ministério Público e suprimiu os demais, no Quadro 2 do anexo).

A introdução do inquérito civil e da hipótese de crime prevista no Art. 10 deixou clara a diferença entre o Ministério Público e as associações civis: o primeiro é instituição do Estado e, como tal, está investido do monopólio do uso legítimo da violência, o que lhe confere poder *irresistível* de requisitar informações e documentos para instruir suas ações. As associações civis não têm tal poder e por isso não lhes prestar informação jamais poderia ser considerado crime, como chegou a constar da primeira versão da proposta que foi corrigida no texto final da lei.

Pode-se afirmar, portanto, que o inquérito civil desequilibrou definitivamente o projeto de lei em favor do Ministério Público, na medida em que o colocou numa posição de extrema vantagem em relação aos demais legitimados a propor ações civis públicas. Isto porque, com o inquérito civil, os promotores e procuradores têm nas mãos um poderoso instrumento de investigação, no curso da qual eles reúnem informações rumo à propositura da ação e, às vezes, utilizam-no como forma de pressão para soluções extrajudiciais dos conflitos. Como diz Tomasso, promotora de justiça (SP, 1995), "a instauração do inquérito civil provoca um efeito intimidativo na pessoa do indiciado, na medida em que, estando sob investigações, torna-se ele um réu em potencial de uma dada ação civil pública. Em razão disso, por vezes, o provocador da lesão a interesses difusos ou coletivos acaba por cessar com sua prática danosa ou, então, dispõe-se a recompor o patrimônio destruído."⁹⁶ Se considerarmos que esse instrumento foi acoplado a um projeto cuja versão original já tinha imposto sérios controles à participação das entidades privadas, fica mais fácil entender o fenômeno de tipo *free-riding* desencadeado pela lei, isto é, as associações civis deixam de fazer uso da ação civil públi-

96. Rita Di Tomasso, "Inquérito Civil", 1995, p. 114.

ca à espera de que o Ministério Público faça por elas. É evidente que, segundo os incentivos e constrangimentos impostos pela Lei 7.347/85, a estratégia mais racional para os atores coletivos (autorizados e não autorizados pela Lei) é esperar que o Ministério Público tome a iniciativa de agir ou, quando muito, provocá-lo a representar seus interesses em juízo, dada a extraordinária posição de vantagem que ele ocupa no sistema. Ou seja, ao contrário do que alguns autores argumentam, a Lei da ACP veio antes incentivar o absentismo judicial das associações civis, em vez de corrigi-lo.⁹⁷

O inquérito civil nasceu sob os olhares desconfiados da comunidade jurídica e até hoje é bastante criticado pela falta de controles externos. Segundo Ada P. Grinover, avaliando o resultado depois de quinze anos de experiência:

[...] o inquérito civil, a meu ver, não está bem regulamentado. Nós nem tínhamos colocado o inquérito civil [no anteprojeto de lei] porque isso devia ser um procedimento interno, mas não há controle sobre o inquérito civil. O Ministério Público faz o que quer. Entra com a ação, que às vezes é uma ação de grande repercussão social, política, que às vezes têm aspectos muito negativos [...]. Há sempre interesses de massa em jogo, nesses conflitos que são conflitos de massa. Precisa tomar muito cuidado. E por isso a ação civil pública hoje é tão criticada. Por quê? Porque assusta, porque provoca inquietudes muito grandes e deveria haver um pouco mais de ponderação. Nós pensamos efetivamente no controle do Ministério Público sobre a ação civil pública. Mas quando se criou na própria lei o inquérito civil e nós não trabalhamos nessa parte, deixando tudo em aberto praticamente, não se estabeleceu nenhum controle sobre o inquérito. E tem uma série de outros defeitos. Eles entendem que o inquérito é sigiloso, que não tem contraditório, e depois querem levar para o processo a prova colhida do inquérito,

97. Salles, promotor de justiça (SP), afirma que o problema do *free riding* é inerente à defesa dos interesses difusos (dada a natureza desses interesses) e a Lei 7.347/85 veio antes resolver o problema e não agravá-lo, reduzindo custos do acesso coletivo à justiça *pela via do fortalecimento* do Ministério Público. O autor destaca outro aspecto importante: o Ministério Público pode se constituir em força antimaioritária naquelas condições em que o interesse difuso está sendo defendido apenas por uma minoria, como tem sido cada vez mais comum na área ambiental. Esse argumento de Salles é instigante, pois está baseado no pressuposto de que, em certas situações, a sociedade pode se colocar contra o interesse ambiental ou sem motivo suficiente para defendê-lo, o que reforça ainda mais a "necessidade" de um poder independente da maioria para guardar certos princípios fundamentais. Cf. Carlos Alberto Salles, *Exercício Judicial de Obrigação de Fazer e de Não Fazer em Matéria Ambiental*, 1998, pp. 149-150.

fora do contraditório. Não pode ir para o processo se não é uma prova contraditória (Ada P. Grinover, entrevista concedida em 25/11/1999).

Finalizando, já se tornou senso comum, especialmente no meio forense, a idéia de que a grande defasagem existente entre o número de ações civis públicas patrocinadas por associações civis e pelo Ministério Público decorreria de razões sociopolíticas. Mais especificamente, como diz, por exemplo, Ferraz, procurador de justiça (SP), "esse é um sintoma claro da fragilidade de nossa democracia, na medida em que revela o grau ainda incipiente de organização da chamada 'sociedade civil', a grave crise nacional da educação, a baixa consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos mais elementares, o sentimento generalizado de impotência diante da impunidade."⁹⁸

Que essas questões são importantes, não cabe dúvida, mesmo que estejam baseadas no discutível postulado da incapacidade crônica da sociedade civil para ações coletivas. Mas que a Lei finalmente aprovada, depois de intervenções precisas do *lobby* do Ministério Público, fortaleceu ainda mais a relação tutelar entre a instituição e a suposta sociedade civil frágil, também não cabe dúvida. Se considerarmos que uma lei pode criar constrangimentos e distribuir incentivos aos agentes, veremos que o saldo geral da Lei da ação civil pública de 1985 foi de reforço extraordinário do Ministério Público, em que pese ela ter sido decantada como uma conquista da sociedade civil. E se, antes da lei, essa sociedade já inspirava "cuidados paternos", daí para frente sua alegada "hipossuficiência" será reafirmada por meio da menção recorrente ao fato de que "mais de 90%" das ações civis são patrocinadas pelo Ministério Público,⁹⁹ uma "prova" do absentismo judicial das associações que só poderia ser explicado por causas sociológicas "profundas" — segue o argumento. Ou seja, causa e consequência se reforçam num discurso imbatível: uma sociedade civil incapaz requer um Ministério Público forte e o Ministério Público deve ser forte porque a sociedade civil é incapaz. Só não ocorreu a ninguém demonstrar como a Lei 7.347/85, tida como porta de

98. Antonio A. M. C. Ferraz, *op. cit.*, 1995, p. 64.
99. *Idem*, p. 64.

acesso da sociedade civil à Justiça, reforçou o papel do Ministério Público e, conseqüentemente, o princípio tutelar que sempre caracterizou a relação entre o Estado e a sociedade no Brasil.

A CONSOLIDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE 1988 e os Novos Avanços nos Anos de 1990

Soa lugar comum a idéia de que a Constituição de 1988 deu ao país um novo Ministério Público. Todavia, como vimos, essa afirmação não é verdadeira, uma vez que boa parte dos avanços conquistados pela instituição ocorreu no período anterior. Antes mesmo da eleição para o Congresso Constituinte, em 1986, e com menos de um ano de retorno ao governo civil, com José Sarney, os principais elementos desse novo Ministério Público já estavam dados: fiscal da constitucionalidade das leis e atos normativos dos poderes políticos desde o início do regime militar, guardião do interesse público ampliado desde 1973, instituição definida como permanente e essencial à prestação jurisdicional desde 1981 e, finalmente, agente principal da defesa dos interesses difusos e coletivos pela Lei da ação civil pública de 1985. O fundamento de toda essa expansão do Ministério Público na esfera cível, como vimos, encontra-se no binômio *indisponibilidade de direitos/incapacidade dos seus titulares* e que, sem muito questionamento, encontrou abrigo no conceito dos novos interesses metaindividuais ou coletivos.

Na verdade, o processo Constituinte reservava ao Ministério Público um duplo desafio. De um lado, manter as conquistas obtidas durante o regime autoritário. De outro, dar seguimento à tendência ascensional e conquistar a única vantagem institucional que lhe faltava: a independência frente aos demais poderes. E ela veio.

Em 1988, o Ministério Público completou seu processo bidimensional de independência, isto é, uma independência construída 1) positivamente por meio de mecanismos de autogoverno da instituição e de garantias contra a intervenção de outros poderes, bem como uma independência construída; 2) negativamente por meio da "limpeza" de funções "estranhas" à missão mais nobre da instituição e da proibição a seus integrantes de exercerem funções desvinculadas da carreira.

Antes de entrarmos nos detalhes desse processo, é importante lembrar que o Ministério Público bateu às portas da Constituinte com o discurso de que a sua independência institucional era uma exigência da democracia constitucional vindoura e uma garantia da sociedade antes que da própria instituição. Afinal, embora tivesse ocorrido há pouco tempo, o Ministério Público transformara-se em defensor dos interesses indisponíveis da sociedade, mas a sua dependência em relação ao mundo político, pela vinculação com o Executivo, tornava difícil o cumprimento dessa missão — alegavam seus integrantes.¹⁰⁰

O Ministério Público conquistou novas garantias (independência positiva) e recebeu novas vedações (independência negativa) graças a um contexto ideológico favorável — de crítica à hipertrofia do Poder Executivo — e graças a um *lobby* bem organizado e eficiente. Na verdade, bem antes do período de elaboração da Constituição, integrantes dos mais diversos ramos do Ministério Público mergulharam em intenso debate sobre os destinos da instituição na "Nova República". Segundo Mazzilli, a mobilização dos promotores e procuradores resultou em uma proposta de definição completa do Ministério Público no novo texto constitucional (que ficou conhecida como "Carta de Curitiba") e foi levada pela Confederação Nacional do Ministério Público (Conamp) ao Congresso Nacional Constituinte (1987-1988).¹⁰¹ Segundo Mazzilli, a *Carta de Curitiba* resultou de cinco fontes ou empreendimentos: 1) as leis já existentes (Carta de 1969 e Lei orgânica de 1981); 2) as teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em 1985;¹⁰² 3) uma pesquisa com membros do Ministério Público de todo o país que resultou em 977 questionários respondidos, em outubro de 1985; 4) o anteprojeto do

100. Para uma análise da questão do Ministério Público no processo de elaboração da nova Constituição, ver o trabalho de Kerche, que reconstrói o debate constituinte, cotejando os diversos projetos apresentados sobre a instituição. Fábio Kerche, "O Ministério Público e a Constituição de 1987/1988", 1999b.

101. Embora Mazzilli trate dos trabalhos preparatórios do Ministério Público para a Constituição em dois de seus livros, recomendamos para consulta a primeira versão, por ser mais completa, publicada em Hugo Nigro Mazzilli, *Manual do Promotor de Justiça*, 1991 (a integra do projeto denominado *Carta de Curitiba*, bem como os números absolutos da pesquisa da Conamp, podem ser encontrados no capítulo 4 deste livro).

102. As teses principais do encontro "Justiça e Constituinte" podem ser encontradas na revista *Justitia* 47 (131), set. 1985.

então procurador geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, realizado no âmbito da Comissão Afonso Arinos; e 5) um texto provisório elaborado pela própria Conamp para a reunião de Curitiba.¹⁰³

O exemplo do VI Congresso Nacional ilustra nosso argumento sobre como o Ministério Público antecipou-se à transição democrática, restando-lhe em 1988 apenas conquistar a independência frente aos demais poderes. A maior parte das teses apresentadas no encontro de 1985 (dezoito teses) discutiu justamente a questão da posição e organização constitucional do Ministério Público, enquanto outros temas importantes como "interesses difusos" ou "direito penal" foram objeto de apenas quatro teses cada um. A preocupação maior com a independência era desdobramento de um acúmulo anterior de forças e responsabilidades. Como afirmaram à época Grinberg *et al.*: "É, sem dúvida, uma anomalia, mesmo atualmente, que o órgão defensor dos interesses da sociedade seja encarregado de agir como representante do Executivo, pois não raras vezes são antagônicos os interesses de ambos."¹⁰⁴ O consenso sobre a necessidade de livrar a instituição do controle do Poder Executivo trazia junto a dúvida sobre onde colocar então o Ministério Público, no quadro mais amplo da separação de poderes? Segundo Ferreira, procurador de justiça (RJ, 1985), "a alternativa deveria ser a de tornar o Ministério Público uma entidade paragonamental, de cooperação", transferindo-o para um título à parte e, dada a sua função de representante não eleito da sociedade, seria importante ampliar as formas de atendimento ao público, de modo a "enrijecer seus laços com sua representada", concluía o procurador carioca.¹⁰⁵ Sintoma da convicção separatista que marcou os participantes do encontro, uma única tese foi rejeitada em plenário: a de Valdir Sznick, procurador de justiça (SP, 1985), que propunha a fixação do Ministério Público no capítulo do Judiciário.¹⁰⁶

103. Hugo N. Mazzilli, *op. cit.*, 1991, p. 22.

104. Rosana Grinberg *et al.*, *op. cit.*, 1985, p. 127.

105. Sérgio de Andréa Ferreira, "O Futuro do Ministério Público e a Nova Ordem Constitucional", 1985, pp. 138-139.

106. Valdir Sznick, "Situação Constitucional do Ministério Público", 1985, pp. 210-221. Outras teses foram retiradas pelos próprios autores, como a do desavisado procurador geral de Justiça do Acre, Antonio Guedes Darian, que propunha a criação do *ombudsman* brasileiro, separado do Ministério Público e em concorrência com ele.

A pesquisa realizada pela Conamp em outubro de 1985 também registrou o desejo de independência: 76% dos promotores e procuradores entrevistados consideraram que o Ministério Público deveria figurar na Constituição em um título à parte, enquanto 10% queriam vê-lo no capítulo do Poder Executivo, 8,7% no capítulo do Poder Judiciário e apenas 0,5% no capítulo do Poder Legislativo.

A vontade do Ministério Público foi satisfeita pelo legislador constituinte que colocou a instituição sob o Título IV (Da Organização dos Poderes), mas separada dos três poderes, no capítulo IV, denominado "Das funções Essenciais à Justiça" (ao lado e precedendo a Advocacia Geral da União, seção II, e a Advocacia e a Defensoria Pública, seção III).

Na mesma linha, a *Carta de Curitiba* solicitou e a Constituinte confirmou a autonomia administrativa e financeira introduzida pela Lei orgânica de 1981, mas agora dotada do verdadeiro sentido de autogoverno, graças ao fim da submissão ao Poder Executivo. Os entrevistados pela pesquisa de 1985, além de pedirem pela autonomia administrativa e financeira (84%), também reivindicaram o poder de iniciativa para projeto de lei de criação e extinção de cargos e de fixação dos respectivos vencimentos (75% dos entrevistados), no que foram contemplados pelo texto constitucional.¹⁰⁷

Quanto à definição institucional, o texto de 1988 – no *decanado* Art. 127 – constitucionalizou a redação de 1981, acrescentando apenas a defesa do regime democrático e ajustando o perfil do Ministério Público aos novos tempos. Confirmou também os mesmos princípios institucionais da unidade e indivisibilidade, de 1981, e trocou a expressão "autonomia funcional" por "independência funcional". A origem desse novo termo, salvo melhor juízo histórico, encontra-se na proposta do deputado paulista Darcy Passos, relativamente à Emenda Figueiredo (Emenda Constitucional n. 11) que tramitava no Congresso Nacional em 1984, mas que acabou sendo arquivada. Darcy Passos, na justificativa do projeto, defendia que o Ministério Público, para cumprir com imparcialidade sua função de provocar o

107. Sobre a questão da iniciativa de lei pelo Ministério Público na Constituição de 1988 e nas Leis orgânicas posteriores, ver Hugo N. Mazzilli, *op. cit.*, 1996, pp. 98-101.

judiciário em defesa de interesses cada vez mais amplos (e alheios), necessitava das mesmas garantias institucionais atribuídas ao Judiciário: a *vitaliciedade*, a *inamovibilidade* e a *irredutibilidade de vencimentos*. E dizia ainda que, para se ver livre das pressões e manipulações políticas, o integrante do Ministério Público deveria ter, antes de mais nada, *independência funcional*, "que se traduz na subordinação funcional do membro do Ministério Público apenas à lei e à própria consciência. Tal garantia, na proposta que se faz, é erigida à condição de princípio institucional do Ministério Público".¹⁰⁸

Foi exatamente essa definição de independência funcional que emergiu da Constituição de 1988, graças a um conjunto espetacular de garantias ao exercício da função e que tem permitido, desde então, a cada membro do Ministério Público transformar-se numa espécie de agente político da lei rigorosamente independente, livre de constrangimentos significativos, exceto os colocados por sua própria consciência. Evidentemente, a expressão "agente político da lei" é um jogo de palavras, mas que tem a intenção de mostrar o paradoxo criado em 1988: um agente com a independência típica dos órgãos judiciais *inertes e neutros*, porém destinado à ação política de defesa de interesses da sociedade, num quadro em que a lei, como o céu, é o limite.

De fato, a garantia de independência no exercício de suas funções tem permitido a promotores e procuradores atuarem com extrema desenvoltura e autonomia — particularmente nos conflitos de dimensão social e política —, contra as pressões externas e até mesmo internas, advindas dos estratos superiores da instituição. As garantias específicas impedem que o membro do Ministério Público seja demitido, a não ser por sentença judicial (vitaliciedade), que seja removido compulsoriamente de um lugar para outro (inamovibilidade) ou que seu salário seja reduzido (irredutibilidade de vencimentos). Resultante de uma longa batalha pela equiparação com a magistratura, a extensão dessas garantias ao Ministério Público completou a autonomia da instituição, possibilitando àqueles que reivindicavam um papel político excepcional para a instituição levarem às úl-

108. Darcy Passos, *Ministério Público na Constituição*, 1985, p. 14.

timas conseqüências sua tarefa de defender os interesses gerais da sociedade.¹⁰⁹

Outro ponto crucial da questão da independência era o controle do Poder Executivo sobre a chefia da instituição. Quanto a esse aspecto, a pesquisa de 1985, feita pela Conamp, revelou que 62% dos entrevistados gostariam que houvesse eleição interna e direta para o cargo de procurador geral, enquanto 22% aceitavam a nomeação pelo Executivo, mediante lista tripartite, e somente 1,5% dos entrevistados concordaram com a hipótese de livre nomeação pelo Executivo. Por todos os passos da evolução institucional vistos acima, a pretensão de eleição direta, já nessa época, não deve causar espanto. No plano estadual, alguns ministérios públicos já gozavam do mecanismo da lista tripartite, formada pelo voto da classe, a partir da qual o governador escolhia o nome mais conveniente. O problema maior encontrava-se no plano federal, no qual o procurador geral da República, sob o sistema da Constituição de 1969, era escolhido e demitido livremente pelo presidente sem que o nome tivesse de recair sequer sobre membros da carreira do Ministério Público.

Nesse ponto, a *Carta de Curitiba* propôs corajosamente que cada Ministério Público estadual elege-se sua chefia, na forma da lei local, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos (sendo permitida uma recondução), mas nesse aspecto a Constituinte procurou frear o ímpeto de independência e determinou que a escolha teria de ser feita pelo governador, mediante lista tripartite elaborada pelos membros da instituição, na forma da lei estadual.¹¹⁰ Quanto à forma de escolha do procurador geral da República, a *Carta de Curitiba* foi tímida, propondo apenas o retorno da participação do Senado Federal no processo, mas deixava a escolha recair sobre nomes externos à instituição. Quem explica os motivos dessa proposta é Mazzilli: "nesta matéria, infelizmente pesou a influência conservadora do procurador geral da República da época [Sepúlveda Pertence], presente ao encon-

109. Para uma defesa da equiparação das garantias entre Ministério Público e Magistratura, na época da constituinte, ver José Emmanuel Burle Filho, "A Constituinte e as Garantias do Ministério Público", 1987, pp. 9-12.

110. Kerche mostra como os constituintes chegaram a aceitar a hipótese de eleição direta para procurador geral de justiça, mas mudaram de idéia na reta final dos trabalhos, concluindo pelo mecanismo da lista tripartite. Ver Fábio Kerche, *op. cit.*, 1999b, p. 73.

tro [de Curitiba], ele próprio escolhido fora dos quadros da carreira que chefiava."¹¹¹ Para a alegria de muitos no Ministério Público, a Constituinte corrigiu o desvio da proposta de Pertence e obrigou que a escolha do procurador recaísse sobre um integrante da carreira, além de fixar seu mandato em dois anos (sendo permitida a recondução). Apesar de não ter instituído a participação dos procuradores de justiça, por meio da elaboração de lista tríplice — como ocorrera com os ministérios públicos estaduais — é digno de nota que a exigência da escolha entre os membros da carreira torna o procurador geral da República “mais independente” — do ponto de vista da corporação — do que um ministro do Supremo Tribunal Federal, cargo que detém as mesmas garantias e a mesma sistemática de nomeação, exceto a exigência de que a indicação recaia sobre juízes de carreira. Ou seja, na cúpula do sistema judicial brasileiro, o acusador pode ser considerado mais “neuro” do que o juiz, se o critério de independência coincidir com a origem classista do ocupante do cargo.

Em resumo, se o Ministério Público não conseguiu o controle total sobre suas chefias nos planos estadual e federal, pelo menos avançou no sentido de constitucionalizar o mecanismo da lista tríplice nos estados e a escolha entre os integrantes da carreira no plano federal.

A independência do Ministério Público foi reforçada também negativamente, mediante novas *vedações* a promotores e procuradores como forma de melhor fixá-los na carreira e garantir minimamente uma imagem de neutralidade institucional. Mas é importante registrar que as opiniões se dividiram nesse ponto entre aqueles mais preocupados em afastar a instituição do mundo exterior — principalmente o mundo político — e aqueles mais licenciosos e que não viam mal no exercício de atividades paralelas e estranhas à carreira. A comissão pela pesquisa feita pela Conamp em 1985, 603 entrevistados (61% do total) consideraram que as vedações deveriam constar do texto constitucional, mas nenhuma das hipóteses listadas pela pesquisa foi considerada importante pela maioria dos entrevistados. A mais condenada das funções estranhas à carreira foi a Advocacia (com 40% dos entrevistados a favor da vedação dessa atividade, dentre os

603 que acharam que o tema deveria ser objeto de previsão constitucional), até porque já era proibida nos estados desde 1981, aparecendo em seguida a atividade político-partidária (que teve a rejeição de apenas 24% dos 603). A possibilidade de exercer algum cargo no Poder Executivo só foi rejeitada por 2% dos entrevistados.

A *Carta de Curitiba* não foi muito além disso, propondo entre outras coisas a proibição da atividade da Advocacia e o exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, mas abriu exceção para as mais procuradas: cargo público eletivo e administrativo de excepcional relevância, e o Magistério. Como demonstrou Kerche, os constituintes se preocuparam com essa questão e tentaram ampliar essas restrições, chegando a propor inclusive a equiparação total com as vedações da magistratura, para a qual só foi admitido o exercício extra de *uma* função de Magistério.¹¹² Se o Ministério Público pretendia se equiparar ao judiciário em garantias e privilégios, o mesmo deveria ocorrer com as vedações, alegavam alguns.¹¹³

Ao final, a Constituição confirmou a proibição à advocacia, à atividade político-partidária (salvo exceções previstas na lei) e ao exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, exceto uma de Magistério. Mas no mesmo ato, estabeleceu que promotores e procuradores que tivessem ingressado na instituição antes de 1988 poderiam deixar de se submeter às novas vedações, optando por permanecer no regime da Carta de 1967/1969 e da Lei Complementar 40, que só os proibiam de (I) exercer o comércio ou participar de sociedade comercial (exceto como cotista ou acionista) e (II) exercer a Advocacia. Paradoxalmente, ingressar ou não na nova ordem constitucional — no que diz respeito aos impedimentos — tornou-se uma questão de escolha *personal* dos membros da instituição e, nesse sentido, proibições que foram pensadas para imprimir maior neutralidade política a uma instituição cada vez mais forte só teriam eficácia se seus integrantes decidissem se submeter *voluntariamente* a elas.¹¹⁴ Quem explica porque isso ocorreu é Plínio Arruda Sampaio,

112. Fábio Kerche, *op. cit.*, 1999b, p. 73.

113. Há integrantes do Ministério Público que ainda hoje defendem essa equiparação de vedações com a magistratura. Ver, por exemplo, Hugo N. Mazzilli, *op. cit.*, 1996, pp. 174-178.

114. Veremos adiante como as Leis Orgânicas do Ministério Público posteriores a 1988 amplia-

relator do projeto sobre o Ministério Público na constituinte de 1987-1988:

Eu praticamente reproduzi o projeto [da Conamp] no meu relatório. Eu acrescentei a proibição de participar de partidos políticos, que foi derrubada por um *lobby* do Ibsen Pinheiro [deputado federal, integrante do Ministério Público do Rio Grande do Sul]. E eu me lembro que na época me disseram: "você quer cassar o Ibsen?" Eu disse: "não, não quero cassar ninguém não. Eu quero que o Ministério Público tenha coerência. Você não pode dar esse poder na mão de um funcionário sem ter restrição nenhuma [...]". Eu introduzi [a vedação], mas eles derrotaram. Nesse eu fui derrotado porque havia 6 ou 8 deputados que eram promotores e eles ficaram muito assustados e não quiseram correr risco. De modo que isso foi uma falha [...]. Eu acho que o promotor não pode pertencer a partido político, não pode disputar eleição e não pode ser convocado para trabalhar fora do Ministério Público. Ele tinha que ter a mesma restrição que o juiz tem. Só poderia permitir-se que ele desse aula na universidade e mais absolutamente nada. Porque a verdade verdadeira é que comprometer, e você vê o que aconteceu, a degenerescência evidente do Ministério Público de São Paulo no Governo Fleury. Inclusive comprometendo um trabalho enorme, mais de 50 anos, não é? Quer dizer, foi uma coisa muito grave, essas falhas são graves e estão minando a instituição (Plínio Arruda Sampaio, entrevista concedida em 7/7/1995).¹¹⁵

Se as vedações receberam tratamento casuístico, reduzindo questões institucionais importantes à vontade pessoal dos interessados, uma outra proposta de reforço "negativo" da independência obteve mais sucesso: a proibição da representação judicial e da consultoria de entidades públicas, por parte de membros da instituição, introduzida pelo inciso IX do Art. 129.¹¹⁶ Tal dispositivo foi inserido para que não restasse dúvida de que o Ministério Público estava se separando defi-

ram, contra o sentido da Constituição, as exceções mencionadas no artigo relativo a essas vedações.

115. Plínio A. Sampaio defendeu publicamente esse ponto de vista, no contexto da discussão sobre o projeto de lei orgânica do Ministério Público de São Paulo, em 1993. Cf. Plínio Arruda Sampaio, "A Lei do Ministério Público", 1993.

116. Essa vedação só entraria plenamente em vigor, segundo o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Art. 29, § 5) depois da promulgação das leis orgânicas da Advocacia Geral da União e do Ministério Público da União, pois caso contrário a sua aplicação imediata deixaria sem defesa judicial os interesses da União, levada a cabo pelo Ministério Público Federal. Tais leis foram aprovadas em 1993 e, portanto, desse ano em diante, o Ministério Público não pôde mais representar judicialmente a União. Cf. Hugo N. Mazzilli, *op. cit.*, 1996, pp. 251-252.

nivamente do Poder Executivo e de que o interesse público por ele defendido não se confundia mais com o interesse da administração pública do Estado¹¹⁷. Para completar, o texto de 1988 reafirmou o princípio da Lei Complementar 40/81 de que as funções do Ministério Público só poderiam ser exercidas por integrantes da carreira, afirmando definitivamente a antiga prática de nomeações e designações de pessoas estranhas à instituição (Art. 129, § 2).

Em síntese, o resultado geral das alterações constitucionais de 1988 foi a conquista do último degrau que faltava ao Ministério Público brasileiro para se tornar um caso paradigmático dentre as instituições congêneres existentes no mundo: a independência.

E essa conquista foi fruto da ação deliberada de seus membros. Plínio Arruda Sampaio nos oferece detalhes importantes da mobilização do Ministério Público, anterior à Constituinte, e destaca a atuação de um duplo *lobby* da instituição no Congresso, um vindo da Conamp e outro do Ministério da Justiça:

Preparando-se para a constituinte, eles foram construindo essa teoria do Ministério Público. O que seria o ideal de um instrumental para o promotor poder realmente ser o fiscal da lei e um agente da sua execução — que é a definição do promotor público. Quais são as prerrogativas que ele tem que ter, quais são os direitos que ele tem que ter, quais são as funções que ele tem que ter, quais são as obrigações que ele tem que ter! Bom, isso verteu na constituinte, eu recebi este material todo, levado por [cita os nomes]. E eles montaram um *lobby* permanente na constituinte, eles ficaram dia e noite lá. E aí eu recebi esse material todo. E eu fui assessorado por quatro promotores, porque eu também precisava de assessoria e havia a velha tradição de que os promotores assessoravam. No gabinete do ministro da Justiça, havia quatro promotores de São Paulo [cita os nomes]. Esses quatro me procuravam dia e noite, me mostravam material e eu era o relator da subcomissão do Poder Judiciário, mexia com todo o Judiciário, e eu acho que a minha posição ajudou no seguinte sentido: "ele quer o Ministério Público? Então vamos dar, para sossegar ele" (Plínio Arruda Sampaio, entrevista concedida em 7/7/1995).

117. Em meados de 1997, estimava-se a existência de 500 a 600 mil ações na Justiça brasileira contra a União. A Advocacia Geral da União, depois de alguns percalços no processo de instalação, contava nesse ano com 250 advogados. Já o Ministério Público Federal herdou dessa separação uma estrutura material e de recursos humanos montada quando sua função principal era a defesa dos interesses do governo. A partir de 1988 e depois da criação da AGU em 1993, toda essa estrutura foi colocada em movimento para defender a sociedade, tendo muito frequentemente o poder público da União no banco dos réus.

Havia, portanto, representantes da instituição atuando em diversas frentes, tendo na própria relatoria da Subcomissão um importante quadro do Ministério Público paulista. E como demonstrou Kerche, não só a atuação do *lobby* do Ministério Público foi eficiente, como também o projeto da instituição encontrou ambiente favorável à sua aprovação na constituinte:

Ele se diferencia enquanto projeto não porque se apresentava enquanto concepção de um único grupo, mas por representar um modelo novo, diferenciado, perfeitamente justificado como necessário tanto para aqueles que queriam romper com o passado autoritário do país, quanto para aqueles que percebiam o Estado como agente (ainda) fundamental para a realização, inclusive, da cidadania e, finalmente, para aqueles que buscavam formas alternativas de participação e interferência no debate público e na defesa de interesses.¹¹⁸

Da soma de um *lobby* eficiente com um ambiente ideológico favorável, o Ministério Público pôde sair da Constituinte com um perfil renovado. Uma de suas mais importantes vitórias foi afastar a hipótese de concorrência na área de defesa dos direitos difusos e coletivos, notadamente quando conseguiu sepultar a idéia da criação de um *ombudsman* ao estilo sueco. Plínio Arruda Sampaio, em entrevista, relatou que fora pressionado a introduzir essa novidade no Brasil, mas que reagira negativamente a ela, afirmando na época que “o *ombudsman* desse país é o Ministério Público. Tem um *ombudsman* em cada cidade. Então um *ombudsman* nacional não serve para nada. Não vai fazer coisa nenhuma, vai ser envolvido por dois ou três processos que interessam a algum grupo. Esse órgão não terá o *know-how* que o Ministério Público tem” (Plínio Arruda Sampaio, entrevista concedida em 7/7/1995).

A partir da Suécia, a instituição *ombudsman* disseminou-se por vários países da Europa nos anos de 1970, como mecanismo de fiscalização da administração pública,¹¹⁹ e pela América Latina nos anos de 1980 e 1990, entre os países que transitaram para a demo-

118. Fábio Kerche, *op. cit.*, 1999b, pp. 61-77.

119. Cappelletti e Garth mostram como na década de 1970 vários países adotaram a figura do *ombudsman*: Austrália, Áustria, França, Grã-Bretanha, Israel e Estados Unidos. Mauro Cappelletti & Bryant Garth, *op. cit.*, 1988, pp. 139-141.

cracia e se reorganizaram constitucionalmente. Segundo Laguardia, analisando os casos latino-americanos e os mais recentes do sul da Europa, as versões mais novas de *ombudsman* têm sido instituídas não só para cumprir a função original de fiscalizar os atos rotineiros dos poderes públicos, mas especialmente para zelar pelos *direitos humanos*, que são supervalorizados nessas regiões em função do peso do autoritário e para enfrentar algumas práticas e mesmo instituições dos regimes de exceção que resistiram à democratização política.¹²⁰

De qualquer modo, apesar da valorização de suas atribuições, o *ombudsman* ou *defensor del pueblo* (como é denominado na América hispânica) manteve suas características básicas de organismo não judicial, normalmente ocupado por pessoas escolhidas pelo legislativo mas independentes dele após a nomeação, com poderes para receber reclamações do cidadão e dar publicidade a elas, provocando os órgãos competentes a encaminhar solução para os problemas apontados. Do ponto de vista que estamos examinando aqui, importa frisar que as *defensorías del pueblo* ou *ouvidorias* não têm função jurisdicional e não estão habilitadas a buscar remédio judicial para lesões de direitos, tarefa que caberá aos órgãos públicos ou à advocacia privada (dependendo do caso) autorizados a ingressar em juízo. Como diz Laguardia, o *ombudsman* ou *defensor del pueblo* “ouve queixas apresentadas pelo público, sem formalidades especiais, contra a atividade defeituosa ou injusta da administração. Suas faculdades limitam-se à investigação, à crítica, à recomendação e à publicidade de sua atividade, que não tem caráter jurisdicional. Nesse sentido, suas resoluções não obrigam os funcionários e não chegam a produzir a anulação ou revogação dos atos das autoridades administrativas”.¹²¹

No Brasil, entretanto, a instituição do *ombudsman* foi descartada durante os trabalhos constituintes de 1987-1988 porque o Ministério Público pleiteou e ocupou o espaço que se abriu para a criação de órgãos fiscalizadores do Estado, na defesa dos interesses da sociedade. Como vimos, o Ministério Público veio acumulando atribuições que lhe permitiram, em 1988, reivindicar também o papel de *om-*

120. Jorge Mário García Laguardia, “Os Defensores do Povo e os Direitos Humanos na América Latina”, 2000.

121. *Idem*, p. 13.

budsman no novo sistema político constitucional. Como agra Ferraz, procurador de justiça (SP, 1991): "merece registro e aplauso, em conclusão, a inovadora solução constitucional adorada, pois, mais do que simplesmente prever a criação do *ombudsman* no Brasil, de imediato o introduziu, na figura do promotor de justiça, em cada uma das comarcas que compõem o território nacional".¹²²

A opção constitucional de 1988 levou a uma judicialização de conflitos que, na fórmula tradicional do *ombudsman*, receberiam tratamento político ou administrativo, isto é, a transmutação de um órgão do sistema de justiça — o Ministério Público — em *defensor do povo* teve o efeito sistêmico de canalizar as demandas contra a administração e outras relativas a direitos coletivos para o Judiciário, com as vantagens e desvantagens daí decorrentes. Por um lado, o modelo de 1988 parece ter apostado na idéia de que a fiscalização do poder público e a realização de direitos metaindividuais teriam mais chances de se efetivar caso fossem deslocadas do sistema político *stricto sensu* para o sistema de justiça, em função do grau elevado de institucionalização do Ministério Público e do Judiciário no Brasil, da aparente neutralidade política dos mesmos e, principalmente, pela capacidade de fazer cumprir suas requisições e sentenças, como órgãos que partilham do uso da violência monopolizada pelo Estado. Se bem-sucedido ou não esse modelo, o fato é que Ministério Público e Judiciário lograram revalorizar seus papéis institucionais perante a sociedade brasileira, sob a vigência da nova constituição.¹²³

Por outro lado, dentre outros problemas que serão analisados nos próximos capítulos, cabe mencionar desde já que as referidas vantagens do *modus operandi* judicial converteram-se em obstáculos à efetividade das ações almeçadas pelos próprios integrantes do Minis-

122. Antonio A. M. C. Ferraz, "O *Ombudsman* Parlamentar e o Ministério Público", 1991, p. 98.
123. Entre os que valorizaram a solução de 1988, alguns chegaram a pensar no Judiciário como uma *instância de substituição* dos poderes políticos, no que diz respeito à efetivação dos direitos difusos e coletivos. Assim se manifesta, por exemplo, Mancuso: "Na verdade, se essas instâncias ordinárias [órgãos da administração pública] sempre operassem com a eficácia que é de se esperar, não temos dúvidas em afirmar que muito diminuiriam as ações civis públicas e as ações populares: é que o Judiciário é uma *instância de substituição*, ele atua quando provocado por um cidadão ou entidade que reclama quanto à inação ou má atuação do poder público, que deixa desprotegido ou ameaçado um interesse difuso relevante". Rodolfo de Camargo Mancuso, *op. cit.*, 1994, p. 100.

tério Público: passados pouco mais de dez anos da Carta de 1988, a lentidão do método judiciário e os parcos resultados processuais das ações coletivas comprometeram decisivamente o êxito do novo modelo constitucional e têm levado o Ministério Público a um sinuoso movimento de privilegiar a fase pré-processual — por meio do uso intensivo de procedimentos administrativos, do inquérito civil e do chamado *termo de ajustamento de conduta*¹²⁴ — para antecipar a solução de litígios sem ter que recorrer ao Judiciário. Como diz Filomeno, procurador de justiça (SP, 1997), a experiência do Ministério Público na área dos direitos difusos e coletivos "tem demonstrado que em cerca de 95% dos casos não é preciso o ajuizamento de ação civil pública, porquanto os investigados submetem-se a 'termos de compromisso de ajustamento' referendado pelo próprio promotor de justiça, dando-se então a solução negociada do impasse verificado em dado caso concreto".¹²⁵

124. O compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido inicialmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13/7/1990, e depois ampliado para outras hipóteses de direitos difusos e coletivos por meio do Código de Defesa do Consumidor, de 11/9/1990, que inseriu o § 6º no Art. 5 da Lei 7.347/85 da ação civil pública (ver anexo, Quadro 3). Por meio desse procedimento, o Ministério Público e os demais órgãos públicos legitimados a fazer uso da ação civil pública podem tomar o compromisso, por parte do causador do dano, de ajustar sua conduta às exigências legais, com força de título executivo extrajudicial. O curioso é que o presidente da República vetou explicitamente esse dispositivo no projeto de lei do CDC, mas como se esqueceu de mencionar o segundo dos dois artigos que tratavam do assunto (vetou o § 3º do Art. 82 e deixou passar o § 6º do Art. 113), o compromisso de ajustamento de conduta sobreviveu no ordenamento jurídico. Sobre o assunto, ver Hugo Nigro Mazzilli, *O Inquérito Civil*, 1999, pp. 293-310.

125. José G. B. Filomeno, "Ministério Público como Guardião da Cidadania", 1997b, p. 137. Tanto que no início, integrantes do Ministério Público chegaram a imaginar que a vocação da instituição era se direcionar para a esfera administrativa e não para a esfera judicial. Em 1985, Filomeno e Benjamin (procurador e promotor de justiça de São Paulo, 1985, respectivamente), falando sobre a área do consumidor, concluíam que "não basta dar legitimidade ao Ministério Público para propor a ação civil pública. Já se viu que o modelo de tutela judicial é moroso e, de certa forma, de difícil evolução. O fortalecimento que interessa ao Paquet, na questão do consumidor, é aquele que se insere na tutela administrativa do consumo. É no âmbito administrativo que se abre o grande horizonte para o Ministério Público. Que possa requisitar dos órgãos administrativos a interrupção, suspensão ou interdição de atividades. Que tenha assento em todos os órgãos colegiados que, direta ou indiretamente, tratem de consumo e produção. Que possa, ele próprio, em casos excepcionais, emitir interdições. A tutela administrativa é muito mais vasta e célere do que hoje se apresenta. Seu potencial no país, infelizmente, não foi ainda descoberto. Até parece que ao legislador não interessam as soluções fáceis, baratas, informais e rápidas". J. G. B. Filomeno & A. H. V. Benjamin, "A Proteção do Consumidor e o Ministério Público", 1985, p. 73. A inclinação

O paradoxo das consequências gerado pela evolução do modelo de 1988 é que hoje o Ministério Público tenta evitar o quanto pode a arena judiciária e, por essa via torta, aproxima-se da figura do *ombudsman* tradicional ao supervalorizar sua atuação em sede administrativa. Todavia, restam diferenças fundamentais entre os dois sistemas: o Ministério Público exerce parcela significativa do poder coercitivo do Estado, mesmo na fase pré-processual ou dita administrativa; o *ombudsman* não tem tanto poder. Ele é, na maioria dos casos, designado pelo Legislativo e tem geralmente mandato fixo, numa fórmula que combina independência e controle políticos; o Ministério Público não está submetido a mecanismo externo de controle, é instituição permanente e seus membros gozam de vitaliciedade.

Os integrantes do Ministério Público conheciam a alternativa do *ombudsman* e três anos antes da Constituinte já expunham publicamente sua rejeição a ela, como atestam algumas teses apresentadas e aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público realizado em 1985, em São Paulo: Carneiro, promotor de justiça (RJ, 1985), alertava, por exemplo, que a falta de iniciativa do Ministério Público na defesa dos novos direitos poderia levar à "estagnação da instituição, dando margem à criação de outros órgãos do Estado, como, por exemplo, o Ouvidor Geral, de que já se cogita em determinados estados, para cumprir esta missão."¹²⁶ Ferreira, procurador de justiça (RJ, 1985), foi ainda mais explícito em sua tese e, depois de propor uma aproximação mais efetiva do Ministério Público com o povo, concluiu que "O Ministério Público não deverá admitir a

dos autores nessa época talvez se explique pelo fato de que as primeiras curadorias do consumidor criadas em São Paulo, a partir de 1983, atuavam no âmbito administrativo, uma vez que a tutela judicial coletiva dos interesses do consumidor ainda não havia sido instituída. A primeira Promotoria de Justiça do Consumidor de São Paulo foi instalada no Procon, órgão administrativo de defesa do consumidor, segundo J. G. B. Filomeno, "Promotorias de Justiça do Consumidor: Evolução, Metas e Prioridades", 1993, p. 102.

126. Paulo C. P. Carneiro, "Da Tutela Preventiva dos Direitos Difusos pelo Ministério Público", 1985, pp. 283-284. E sobre a crítica de que faltaria aparelhamento adequado ao Ministério Público para desempenhar tal tarefa, diz Carneiro: "Os meios, instrumentos e os recursos a este fim deverão ser pleiteados com firmeza pelos ministérios públicos estaduais, cabendo, até, num vó de imaginação criadora, a afirmação de ser difuso o direito ao aparelhamento dos ministérios públicos para a real e prática defesa dos demais direitos coletivos [...]", *idem*, p. 284.

proliferação de órgãos como a Procuradoria Geral do Povo, com atribuições já no elenco de competências do Ministério Público, ou cuja inclusão naquele [elenco] corresponde à evolução natural da instituição".¹²⁷ E durante os trabalhos de elaboração constitucional, Hugo N. Mazzilli, em tese aprovada no VII Congresso Nacional do Ministério Público em 1987, propôs uma série de diretrizes para intervenção do Ministério Público no debate legislativo, dentre elas a seguinte: "não se reconhecia necessidade de criação de novos organismos burocratizados do Estado para o mister de *defensor do povo*, cabendo naturalmente a função de *ouvidor* ou de *defensor do povo* ao próprio Ministério Público".¹²⁸ A orientação era cristalina e o resultado dos trabalhos constituintes foi totalmente favorável ao Ministério Público.

A imagem do Ministério Público como instituição a um só tempo nacional e descentralizada, com representantes em todas as comarcas do extenso território brasileiro, parece ter sido decisiva para mais essa vitória, desta feita contra a implantação do rival *ombudsman*. E a vitória teve sabor especial se considerarmos que o contexto ideológico, de forte crítica ao Estado e de valorização das soluções extrajudiciais, informais e conciliatórias para o problema do acesso à justiça, não favorecia o Ministério Público. Não fosse a ampliação de competências, anterior a 1988 (em torno da defesa do interesse público e dos direitos difusos e coletivos), e o manifesto desejo de se tornar independente do Poder Executivo após a redemocratização do país, dificilmente o Ministério Público teria conseguido chamar para si a quantidade de atribuições relevantes que a Constituinte finalmente lhe outorgou, dentre elas a de substituir, com vantagens, a figura do *ombudsman* tradicional.

Como último aspecto da análise sobre o processo de elaboração constitucional, cabe registrar a única derrota significativa do Ministério Público na Constituinte de 1987-1988: a recusa dos parlamentares em aceitar a proposta da *Carta de Curitiba* em manter o monopólio da instituição sobre a Representação de Inconstitucionalidade

127. Sérgio de Andréa Ferreira, *op. cit.*, 1985, p. 139.

128. Hugo Nigro Mazzilli, *op. cit.*, 1991, p. 35.

perante o Supremo Tribunal Federal. Na verdade, o projeto da Conamp transformava o procurador geral de justiça em uma espécie de intermediário do controle constitucional das leis: segundo a proposta da Confederação, o presidente da República, as mesas do Senado e da Câmara, 25% dos membros de cada uma das casas legislativas, os governadores de estado, as Assembléias Legislativas, os procuradores gerais de justiça estaduais e o Conselho Federal da OAB poderiam se dirigir ao chefe do Ministério Público para *solicitar-lhe o encaminhamento da representação ao Supremo Tribunal, podendo o procurador geral oferecer parecer contrário ao interesse dos autores da reclamação*.¹²⁹ Como se sabe, a Constituinte preferiu quebrar o monopólio do Ministério Público nessa área e entregou a uma lista de nove agentes a titularidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF, sem intermediários.¹³⁰ O impacto dessa abertura da corte suprema a novos agentes pode ser visto no Gráfico 1, embora os dados levantados revelem uma surpresa ainda maior sobre o período.

Com base numa longa série histórica, o Gráfico 1 mostra surpreendentemente que não foi a promulgação da Carta de 1988 que causou o aumento no volume de ações de inconstitucionalidade, mas sim o retorno ao governo civil da Nova República em 1985. Como se pode observar, houve um extraordinário crescimento do número de representações de inconstitucionalidade entre 1985 e 1988, antes, portanto, da quebra do monopólio do uso desse instrumento pelo procurador geral da República. Como explicar que, sob uma Constituição considerada à época um "entulho autoritário" (Constituição de 1967-1969), o primeiro governo civil, por meio do chefe do Ministério Público, tenha recorrido tantas vezes ao controle da constitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal? Uma análise de

129. *Idem*, p. 31.

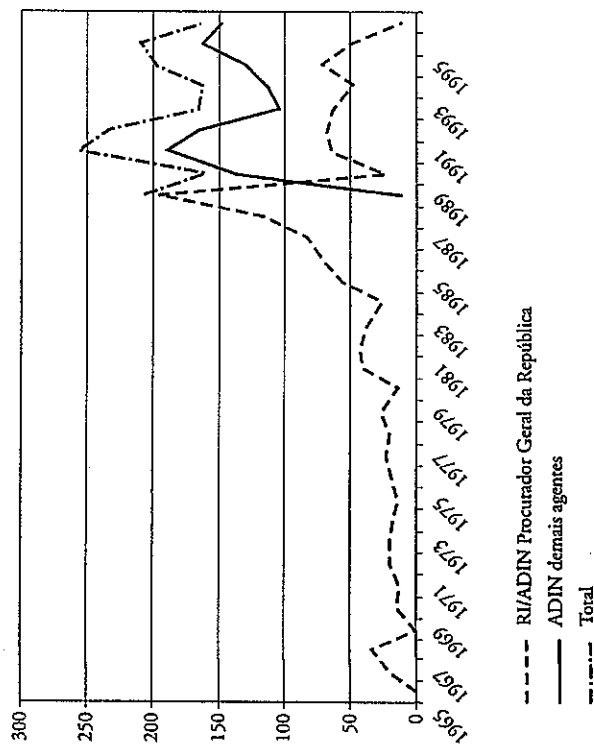
130. Segundo o Art. 103 da Constituição federal de 1988, podem propor a ação de inconstitucionalidade: I - o presidente da República; II - a mesa do Senado Federal; III - a mesa da Câmara dos Deputados; IV - a mesa de Assembléia Legislativa; V - o governador de Estado; VI - o procurador-geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - o partido político com representação no Congresso Nacional; IX - a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Realizei uma análise do sistema de controle da constitucionalidade das leis no Brasil em *Judiciário e Política no Brasil*, 1997.

121 representações de inconstitucionalidade - sorteadas dentre as 460 distribuídas no STF entre 1985 e 1988 -, indicou que apenas seis (das 121 analisadas) diziam respeito a normas de origem federal. Todo o restante, isto é, 115 representações (95%), foram movidas contra diplomas de origem estadual. Portanto, quanto ao tipo de norma submetida à verificação constitucional direta perante o Supremo, a Nova República manteve o padrão iniciado pelos militares, isto é, o de usar o expediente da representação para submeter a legislação estadual aos princípios da Constituição federal.

Nesse sentido, chama a atenção o crescimento extraordinário do número de ações para derrubar atos e normas estaduais, em face da carcomida Constituição federal, durante os três primeiros anos da

Gráfico 1

REPRESENTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE (RI) E AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN) DISTRIBUÍDAS PARA JULGAMENTO NO STF (1965-1996)



Fonte: Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal, para os dados até 1988. Para os dados posteriores a 1988: Luiz Werneck Vianna *et al.*, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, 1999.

Nova República. Uma hipótese plausível para o aumento do controle constitucional sobre a atividade legislativa dos estados, entre 1985 e 1988, pode ser formulada e conectada com as considerações de Abrucio sobre a evolução do federalismo brasileiro, ao longo da transição do regime autoritário para a democracia. Como lembra o autor, a redemocratização política brasileira começou em nível estadual — com as eleições de 1982 — dando origem ao que ele chamou de “federalismo estadualista”¹³¹, caracterizado por um crescente aumento da autonomia dos governos estaduais e um enfraquecimento dramático do Executivo federal, sob as presidências de Figueiredo (1979-1985) e Sarney (1985-1990). Lamounier já havia chamado a atenção para a natureza *diárquica* da estruturação do poder nos primeiros anos da Nova República, decorrente da eleição de dez governadores de oposição em 1982.¹³² Nesse quadro, de uma oposição fortalecida do plano estadual e uma presidência fragilizada no plano federal, faz sentido imaginar que o crescimento do número de representações de inconstitucionalidade durante o período 1985-1988 resultou da tentativa de controlar a produção normativa estadual cada vez mais independente (e, às vezes, desobediente) em relação aos interesses da União.

O Gráfico 1 revela outros aspectos importantes. Apesar de ter havido uma troca no comando do Ministério Público Federal em maio de 1989,¹³³ parece mais plausível atribuir a queda abrupta do número de ações de inconstitucionalidade movidas pela Procuradoria Geral da República à nova Constituição, que quebrou o monopólio do Ministério Público nessa área. A legitimação de outros agentes para provocar o controle constitucional pelo STF teve vários efeitos importan-

131. Nas palavras do autor: “a crise financeira do governo federal no início da década de 1980, a conquista dos governos estaduais pela oposição, o papel dos governadores na transição e, por fim, as regras estabelecidas pela Constituição de 1988 destruíram o antigo modelo de federalismo. Em seu lugar surgiu um federalismo estadualista, que tornou os governadores ‘barões da Federação’, com forte influência no plano nacional, graças ao controle exercido sobre as bancadas estaduais na Câmara federal. O fortalecimento dos governadores se expandiu também em razão do enfraquecimento do presidente da República no sistema político brasileiro”. Fernando L. Abrucio, *Os Barões da Federação: Os Governadores e a Redemocratização Brasileira*, 1998, p. 107.

132. Bolívar Lamounier, “E, no Entanto, se Move: Formação e Evolução do Estado Democrático no Brasil, 1930-1994”, 1994, pp. 84-87.

133. José P. Sepúlveda Perence, procurador geral da República entre 15/3/1985 e 17/5/1989, cedeu lugar a Aristides Junqueira Alvarenga.

tes¹³⁴, sendo que dois deles merecem destaque: primeiro, os governadores de estado e as mesas das Assembléias Legislativas ficaram autorizados a acionar diretamente o Supremo Tribunal, nos casos de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais em face da Constituição federal. Com isso, secou a fonte de reclamações que antes impulsionavam a atividade do procurador geral da República, o que explica boa parte da redução das ações movidas pelo órgão após 1988. Ou seja, o STF continuou funcionando como tribunal da federação, mas agora provocado por representantes dos próprios estados e não mais pelo representante da União. Segundo, a quebra do monopólio da chefia do Ministério Público fez com que aumentasse significativamente o percentual de normas de origem federal levadas à apreciação do STF, depois de 1988: enquanto nossa amostra encontrou 95% de representações relativas a normas estaduais no período 1985-1988, Vianna *et al.* revelaram que esse percentual caiu para 63% (1.211 casos) do total de ADINs do período 1988-1996 e que cerca de 37% (712) se referiram a normas editadas no nível federal.¹³⁵

Em síntese, pode-se concluir que a abertura do sistema de controle constitucional a outros agentes, na Constituição de 1988, teve o efeito de ampliar a fiscalização sobre a produção normativa em nível federal — que havia sido anulada pela Procuradoria Geral da República no período anterior — além de reequilibrar as relações federativas, possibilitando aos legislativos e executivos estaduais recurso direto ao STF, para resolver seus conflitos legislativos em face da Constituição federal, sem que para isso tivessem de usar a intermediação do chefe do Ministério Público Federal, nomeado pelo presidente da República.

NOVOS AVANÇOS NOS ANOS DE 1990

A Carta de 1988 confirmou a tendência geral de abertura do ordenamento jurídico aos direitos difusos e coletivos, constituiona-

134. O baixo número de ADINs promovidas pelos demais agentes em 1988 se deve ao fato de que a Constituição entrou em vigor em outubro daquele ano, restando pouco mais de dois meses entre a promulgação e o início dos recessos parlamentar e do Supremo Tribunal federal.

135. Luiz Werneck Vianna *et al.*, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, 1999, p. 61.

lizando um grande número deles e pavimentando o caminho para outros que viessem a surgir. Curiosamente, a Constituição disciplinou o assunto na seção do Ministério Público, embora a promoção das ações coletivas não fosse mais monopólio da instituição. Segundo o Art. 129: "São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*". Como vimos, a Lei da ação civil pública de 1985 continha essa menção genérica ao final mas, sob alegação de que poderia provocar insegurança jurídica, o dispositivo foi vetado pelo então presidente José Sarney. Ao introduzir novamente a abertura para *outros interesses difusos e coletivos* num artigo destinado a descrever as funções do Ministério Público, o constituinte sinalizou que a experiência recente autorizava promotores e procuradores a abraçarem outras causas cíveis de dimensão coletiva, não necessariamente previstas em legislação específica.¹³⁶

Desse modo, a Constituição de 1988 ratificou a função *tutelar* que vinha sendo pleiteada pelo Ministério Público sobre os direitos metaindividuais, reforçando a tese que atribuía a esses direitos as características de *indisponibilidade*, por um lado, e de *incapacidade dos seus titulares*, por outro. Esse entendimento presidiu a fixação constitucional dos novos direitos, e a reabertura do ordenamento jurídico para acolher outros no futuro inspiraria a transformação de vários *interesses difusos e coletivos em direitos positivos* na década de 1990.

Em que pese pouco discutida, essa distinção entre *interesses e direitos* mereceria um capítulo à parte. O fato de o texto constitucional e leis específicas utilizarem as duas expressões indistintamente não deve apagar a profunda diferença entre elas. Enquanto a noção de *direitos* sugere algo estabelecido por norma específica, de conteúdo e titularidade claros e com acesso à justiça por caminhos processuais previsíveis, a noção de *interesses* parece identificar algo meta-

136. Em nível infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor, de setembro de 1990, também restabeleceu a abertura para *outros interesses difusos e coletivos*. Com isso, a retomada desse princípio pela Constituição de 1988, no capítulo do Ministério Público, foi finalmente estendida às associações civis e demais entidades públicas legitimadas a fazer uso da ação civil pública.

jurídico ou uma espécie de *vir a ser*, no sentido de que *ainda* não foi reconhecido por lei própria, mas que goza de presunção de legitimidade e merece proteção judicial. Enquanto a noção de *direitos* remete ao resultado de conflitos passados que sedimentaram valores na sociedade, a noção de *interesses* parece servir à promoção de novos conflitos, abrindo caminho para os *interessados* ou seus representantes buscarem a transformação de seus interesses em direitos, não pela via político-representativa mas pela via do processo judicial. A abertura do ordenamento jurídico e constitucional à noção de *interesses* pode ser considerada mais uma das razões pelas quais o sistema judicial brasileiro se converteu em arena de solução de conflitos coletivos (muitos deles de dimensão política), distinguindo o Brasil no elenco dos países que recentemente se (re)democratizaram.¹³⁷

Como mostra o Quadro 1, desde 1989, uma série de interesses antes *individuais* e alguns até *disponíveis* foram convertidos em direitos de dimensão coletiva e de ordem pública, passíveis de tutela pelo Ministério Público. Assim, em 1989, a Lei 7.853 qualificou indiretamente as *pessoas portadoras de deficiência* como incapazes juridicamente quando seu Art. 5 instituiu a intervenção obrigatória do Ministério Público não só nas ações coletivas mas também nas ações *individuais* em que interesses relacionados à deficiência da pessoa estivessem sendo apreciados. Do mesmo modo, a Lei 7.913/89 colocou sob tutela jurisdicional coletiva os interesses dos *investidores do*

137. No caso da Europa central e oriental, por exemplo, a queda do comunismo levou a maioria dos países a elaborarem novas constituições, como parte importante do esforço de transição política para regimes democráticos. Todavia, em nenhum deles houve uma valorização do sistema judicial semelhante à que ocorreu no Brasil. Analisando as constituições da Hungria (1989), Bulgária (1991), República Tcheca (1992) e Eslováquia (1992), Elster *et al.* mostram que todas elas trazem uma lista abrangente de direitos coletivos e sociais, mas não atribuem ao judiciário a capacidade de *enforcement* desses direitos: "True, they [direitos sociais] do not have the force of judicially enforceable entitlements; but they are not merely political declarations without any legal significance either. They are declared outright as requiring legislative action (and administrative implementation), and this sets them close to the French model of constitutional rights. One of the consequences characteristic of the constitutions under study is the less important role of the judicial branch of government. This is consistent with the continental European tradition which had more trust in the parliaments than in the courts as the defenders of the rights and interests of the individuals". Jon Elster; Claus Offe & Ulrich K. Preuss, *Institutional Design in Post-Communist Societies*, 1998, p. 107 (grifo meu).

mercado de valores mobiliários eventualmente lesados, justificando a intervenção do Ministério Público na defesa desses direitos individuais disponíveis, pela relevância social e econômica dos mesmos. Segundo seu Art. 2, o dinheiro decorrente da condenação, na ação movida pelo Ministério Público, reverte aos investidores lesados, na proporção do prejuízo de cada um.

Quadro 1

LEIS QUE INSTITUÍRAM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E AMPLIARAM AS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO, A PARTIR DE 1988

ANO	LEI	OBJETO
1989	7.853	Institui os interesses coletivos e difusos das <i>pesoas portadoras de deficiência</i> e a tutela jurisdicional desses interesses, definindo a atuação do Ministério Público.
1989	7.913	Institui a proteção coletiva dos <i>investidores do mercado de valores mobiliários</i> e a ação civil pública de responsabilidade por danos causados a esses investidores, definindo a atuação do Ministério Público.
1990	8.069	Institui os direitos difusos e coletivos da <i>criança e do adolescente</i> , com papel de destaque para o Ministério Público, atribuindo-lhe amplas funções.
1990	8.078	Institui os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do <i>consumidor (Código)</i> , ampliando também as funções do Ministério Público nessa área. O maior mérito do CDC foi criar um subsistema que passou a integrar e reforçar toda a legislação existente sobre direitos difusos e coletivos.
1992	8.429	Institui as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, estabelecendo funções importantes para o Ministério Público (Lei da <i>Improbidade Administrativa</i>).
1993	8.625	Lei <i>Orgânica Nacional do Ministério Público</i> , que estabelece normas para a organização dos ministérios públicos estaduais, a partir dos princípios constitucionais de 1988.
1993	75	Lei Complementar, que cria o <i>Estatuto do Ministério Público da União</i> , organizando os ministérios públicos federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios.

ANO	LEI	OBJETO
1993	734 (SP)	Lei Complementar estadual, que institui a <i>Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de São Paulo</i> .
1994	8.884	Institui normas para prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, estabelece competência judicial para o Ministério Público e cria cargo para representante do Ministério Público Federal oficial perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).
1995	8.974	Estabelece normas para o uso das técnicas de <i>engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados</i> , e dá legitimação para o Ministério Público da União e dos estados para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, em face do descumprimento da Lei (e cria a <i>Comissão Técnica Nacional de Biossegurança</i>).

Ampliando mais ainda a competência do Ministério Público para atuar em conflitos de natureza econômica envolvendo direitos individuais redimensionados pela relevância pública, a Lei 8.884, de 1994, instituiu normas para *prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica*, autorizando o Ministério Público a ingressar em juízo para, em defesa de interesses individuais ou "individuais homogêneos",¹³⁸ interromper as infrações praticadas contra a ordem econômica, bem como o pagamento de indenização por perdas e danos sofridos (Art. 29).

Regulamentando um dos tópicos constitucionais mais importantes, a Lei 8.069 de 1990 veio reconhecer a dimensão coletiva dos interesses das *crianças e adolescentes*, ao lado da característica de *indisponibilidade* que sempre caracterizou os direitos individuais nessa área e que tornou obrigatória a intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, no processo judicial. A partir da Lei 8.069, entretanto, a ofensa aos direitos da criança e adolescente ganha dimensão coletiva e de ordem pública, ficando o Ministério Público legitimado a patrocinar *Ações Cíveis Públicas* em defesa de interesses não só difusos e coletivos mas também *individuais*, relativos à vida, à saúde,

138. Ver definição no anexo, Quadro 1.

à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária das pessoas menores de dezoito anos (Art. 4 da Lei 8.069/90).

O que chama a atenção nesses e outros textos legais que surgiram nos anos de 1990 é que eles marcam uma nova fase na evolução dos direitos metaindividuais no Brasil. Como afirma Zavascki, a propósito dos chamados *interesses individuais homogêneos* formalizados pelo *Código de Defesa do Consumidor (CDC)*, torna-se necessário distinguir a defesa de *direitos coletivos da defesa coletiva* de direitos, pois

[...] direito coletivo é direito transindividual (=sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles.¹³⁹

O fato de o CDC ter autorizado o Ministério Público a agir em defesa dos interesses individuais homogêneos (sem que houvesse previsão constitucional para isso) gerou grande polêmica na comunidade jurídica, dado que um dos princípios históricos da instituição é a proibição de atuar em defesa de interesses individuais e disponíveis. Mas não tardou a surgir a tese que tornaria viável a defesa dos novos interesses pelo Ministério Público, suplantando a vinculação entre indisponibilidade e *indivisibilidade* do direito, até então necessária para justificar a atuação do Ministério Público no processo civil coletivo: promotores e procuradores poderiam defender interesses divisíveis e particulares, sob a justificativa da *relevância social* e da *repercussão coletiva*, desde que demonstradas em cada caso concreto. Mazzilli, analisando os *interesses individuais homogêneos* disciplinados pelo CDC, cita a Súmula n. 7 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, que ele mesmo ajudou a produzir, e que estabelece as situações nas quais se justifica a defesa de interesses individuais pelo *Parquet*:

139. Teori Albino Zavascki, "Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos", 1995, p. 33.

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social e jurídico.¹⁴⁰

Como era de se esperar, a defesa de interesses particulares, divisíveis e disponíveis pelo Ministério Público não foi bem recebida pelo Judiciário, dado que a presença da instituição na esfera cível sempre esteve condicionada à ocorrência da *indisponibilidade* dos valores jurídicos lesados. Entretanto, como mostra Watanabe, decisões como as que têm reconhecido a legitimidade do Ministério Público em ações relativas à cobrança de mensalidades escolares, por exemplo, indicam uma abertura dos tribunais à tese da indisponibilidade decorrente da relevância social dos casos concretos, para além da natureza disponível e divisível dos interesses em jogo.¹⁴¹ Caso essa tese seja confirmada e ampliada a outras áreas pelos tribunais, o Ministério Público completará seu movimento de expansão iniciado em 1973, pois cairá a última barreira que o impede de generalizar sua presença, como *agente político da lei*, no processo civil: a impossibilidade de representar interesses individuais disponíveis em juízo. E o mais importante de tudo isso é que o critério legal da indisponibilidade cederá lugar ao critério da *relevância social* que é, sem sombra de dúvidas, um conceito político. Conseqüentemente, é possível prever que essa tendência de abertura do processo judicial coletivo ao princípio da relevância social avançará na mesma proporção em que o Ministério Público conseguir *politicizar* o conteúdo das ações civis públicas e obter do Judiciário decisões que recomponham o sentido da indisponibilidade, por meio da incorporação do critério da relevância social. E, por *politicização* do conteúdo das ações, leia-se a capacidade do Ministério Público de elevar ao máximo a razão existente entre a *importância pública* do bem subjetivo lesado (que deve ser a

140. Hugo Nigro Mazzilli, *op. cit.*, 1994, p.96. Sobre essa questão, ver também Rodolfo de Camargo Mancuso, "Sobre a Legitimação do Ministério Público em Matéria de Interesses Individuais Homogêneos", *op. cit.*, 1995, pp. 438-450.

141. Kazuo Watanabe, "Comentários ao Capítulo I do Título III do CDC", 2000.

mais alta possível) e a *capacidade* da vítima, ou da sociedade, de defendê-lo em benefício de todos (que deve ser a mais baixa possível). Se esse raciocínio estiver correto, é possível prever que, paralelamente à tentativa de demonstrar a relevância social de suas ações, promotores e procuradores intensifiquem cada vez mais seu discurso sobre a hipossuficiência da sociedade brasileira.

Outro marco importante da transformação do Ministério Público em agente político foi a revisão do enquadramento legal dos chamados atos de *improbidade administrativa*, praticados por agentes públicos contra a administração pública (Lei 8.429, de 1992). Por meio desse novo e polêmico diploma legal, promotores e procuradores têm realizado ações de grande impacto contra políticos e administradores públicos, seja porque a lei refletiu uma tendência jurídica que prega a redução drástica do conceito de discricionariedade administrativa – “criminalizando” uma série de condutas administrativas que considera “imorais” – seja porque ela instituiu penas severas (apesar de não ser lei penal) aos agentes públicos que incorrerem em atos de improbidade e enriquecimento ilícito. Como reconhece Gatto, promotor de justiça (SP, 1993), “o paralelismo com a matéria penal é grande; em que pese atribuir sanções de natureza civil (latu sensu), a lei segue uma sistematização muito próxima à da técnica legislativa penal”.¹⁴²

A tendência jurídica que inspirou a Lei 8.429/92 desqualifica a noção de *poder* discricionário e reduz enormemente as margens de escolha e ação autônoma do administrador público. Desse ponto de vista, não só a *legalidade* dos atos administrativos deve ser submetida ao controle jurisdicional, mas também a sua *finalidade*, nos casos em que não houver previsão legal objetiva. Como diz Bandeira de Mello, um dos principais doutrinadores dessa perspectiva:

[...] tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isto se diz “função administrativa”), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado “poder discricionário” tem que ser

142. Ruy Alberto Gatto, “A Atuação do Ministério Público em Face da Lei 8.429/92 (Lei Anticorrupção)”, 1993, p. 59. Esses e outros aspectos da Lei 8.429, bem como casos concretos de atuação do Ministério Público nessa área, serão analisados nos capítulos seguintes.

simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*. Só assim poderá ser corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que há é um *dever discricionário*, antes que um “poder” discricionário.¹⁴³

Com a Lei 8.429/92, pode-se dizer que a judicialização da política no Brasil enveredou para aquilo que Santos *et al.* identificaram como um novo padrão de intervencionismo judicial, na sua análise comparativa dos tribunais nas sociedades contemporâneas:

[...] acresce que esse intervencionismo, ao contrário dos anteriores, ocorre mais no domínio criminal do que nos domínios civil, laboral ou administrativo e assume como seu traço mais distintivo a criminalização da responsabilidade política, ou melhor, da irresponsabilidade política. Tampouco se dirige, como as formas anteriores de intervencionismo, aos usos do poder político e às agendas políticas em que este se traduziu. Dirige-se antes aos abusos do poder e aos agentes políticos que os protagonizam.¹⁴⁴

A Lei 8.429/92 reflete o movimento de ampliação dos direitos de ordem pública não só por elevar os valores de probidade e moralidade administrativas a interesses passíveis de tutela jurisdicional pelo Ministério Público, mas por se inspirar no mesmo princípio da *responsabilidade objetiva* que tem instruído toda a legislação relativa a direitos difusos e coletivos desde 1981, a saber, quando determina, no Art. 21, que a aplicação das sanções previstas na lei independe (I) *da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio* e (II) *da aprovação ou rejeição das contas*. Por último, cabe registrar que a ação de improbidade administrativa criada pela Lei 8.429/92 veio suplanar na prática a Ação Popular – para a qual o Ministério Público não está legitimado – e que é mal vista pela comunidade jurídica por seu uso indiscriminado e quase sempre “corrompido” por interesses políticos facciosos.¹⁴⁵

143. Celso Antonio Bandeira Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2000, p. 15 (grifos no original).

144. Boaventura de Sousa Santos *et al.* “Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas”, 1996, p. 30.

145. Para uma comparação entre a ação civil pública por improbidade administrativa e a Ação Popular, ver Ada P. Grinover, “Uma Nova Modalidade de Legitimação à Ação Popular: Possibilidade de Conexão, Continência e Litispêndência”, 1995, pp. 23-27.

A partir de 1993, estas e outras funções foram ratificadas pelas leis orgânicas do Ministério Público (ver Quadro 1), que exploraram toda a potencialidade do texto constitucional e se converteram em instrumentos decisivos para a crescente atuação política de promotores e procuradores. Em meio às atribuições "específicas" definidas por essas leis orgânicas, cabe destacar a tarefa de defender os direitos listados nas constituições federal e dos estados, perante os poderes públicos municipais, estaduais e federal (Art. 27 da Lei 8.625), o que transformou o Ministério Público brasileiro numa instituição estatal *sui generis*, capaz de fiscalizar e cobrar políticas públicas dos órgãos governamentais nas áreas de saúde, educação, transporte, segurança etc., por meio de procedimentos administrativos e recorrentes do ao judiciário, se preciso for.¹⁴⁶

É importante deixar registrado também que as leis orgânicas não se limitaram a fazer desabrochar princípios constitucionais, mas foram além destes, aproveitando brechas deixadas pela Carta de 1988 e às vezes até contrariando alguns de seus comandos originais. Exemplo nesse sentido são as *vedações* que, como vimos, já nasceram sob o signo do casuísmo. Quanto ao exercício da atividade político-partidária, o Art. 128, inciso II, "e" da Constituição ressaltava que exceções poderiam ser estabelecidas pela lei, o que de fato veio a ocorrer com a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93) e o Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/93). A pri-

146. Insistindo nessa linha do potencial de expansão da instituição, existe uma área ainda não devidamente ocupada pelo Ministério Público, mas que é extremamente importante do ponto de vista político. Refiro-me à pouca explorada função perante a Justiça Eleitoral. Como demonstrou Sadek, em sua análise comparativa das formas de controle das eleições na América Latina, o Brasil conta com uma Justiça Eleitoral bem institucionalizada e com capacidade de interferir decisivamente no processo político-eleitoral, diferentemente de outros países que adotam soluções mistas (órgãos jurisdicionais e políticos) ou simplesmente entregam o controle das eleições a organismos nos quais predomina o elemento político. Nesse sentido, pode-se perguntar por que o Ministério Público, comparativamente a outras áreas, não tem investido numa *judicialização* dos conflitos eleitorais, ainda mais se considerarmos que por aí ele teria chances de realizar um controle *preventivo* sobre os agentes políticos? Uma das causas pode ser a inexistência de um ramo específico de Ministério Público eleitoral. Essa função é exercida na forma de rodízio e pode envolver integrantes dos ministérios públicos federal e estadual. De qualquer modo, é possível prever que mais cedo ou mais tarde a judicialização da política avance também por aí. Maria Tereza Sadek, *A Justiça Eleitoral e a Consolidação da Democracia no Brasil*, 1995.

meira estabeleceu como norma geral para os ministérios públicos estaduais a vedação do exercício da atividade político partidária, mas ressalvou a *filiação* e ainda manteve a porta aberta para que outras exceções sejam fixadas por lei no futuro. A segunda, que tratou dos ministérios públicos federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e dos Territórios, foi além e praticamente anulou o artigo constitucional das vedações, na medida em que transformou as exceções em regra: o Art. 237, inciso V, do Estatuto do Ministério Público da União tornou aceitáveis as "exceções" da *filiação partidária bem como do direito de se afastar para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer* (o que indiretamente atingia também a vedação constitucional do exercício de outra função pública, ainda que em disponibilidade). Apondo a flagrante inconstitucionalidade do Art. 237 da Lei 75/93, Machado acrescenta que o afastamento do membro do Ministério Público, segundo a mesma lei, "se dará sem prejuízo de vencimentos, vantagens ou qualquer direito inerente ao cargo, assegurada, ainda, se eleito, a escolha da remuneração preferida, sendo o tempo de afastamento considerado de efetivo exercício para todos os fins e efeitos de direito (Art. 204, § 2)".¹⁴⁷

Por fim, ainda a propósito do Quadro 1, cabe mencionar que a Lei 8.974/95, que instituiu normas relativas à *Biossegurança* no Brasil¹⁴⁸, atribuiu aos Ministérios Públicos da União e dos estados a tarefa de propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, decorrentes do uso indevido das técnicas de engenharia genética e da liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (Art. 13, § 6).¹⁴⁹

147. Hugo de Brito Machado, "Aspectos da Competência do Ministério Público e Atividade Política", 1993, p. 29.

148. Uma análise detalhada da lei e de seus motivos pode ser encontrada em Paulo Afonso Leme Machado, "Engenharia Genética e Meio Ambiente - A Lei 8.974/95", 1995, pp. 367-395.

149. Benjamin, perguntando-se até onde pode ir o Ministério Público e essa expansão de sua intervenção na área cível, afirma: "já de início somos forçados a reconhecer que onde o Ministério Público trouxe a si novas atribuições cíveis ganhou em prestígio e legitimidade [e cita os casos norte-americano, venezuelano, colombiano e brasileiro]. Onde ele se manteve limitado às tarefas tradicionais que lhe reservam os ordenamentos do século XIX, perdeu em visibilidade e relevância político-social [e cita os casos argentino, uruguaio e chileno]. Há pois

Mais do que leis esparsas e isoladas, temos assistido no Brasil pós-1988 ao surgimento de um verdadeiro *subsistema jurídico* no qual os diversos diplomas legais sobre direitos difusos e coletivos se renovam e se reforçam mutuamente. Foi o Código de Defesa do Consumidor que criou o mecanismo de integração e retroalimentação da legislação processual nessa área, por meio do seu Art. 117, que mandou acrescentar à Lei da ação civil pública um novo dispositivo, com o seguinte teor: "Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".¹⁵⁰ Com isso, a revolução processual causada pelo CDC, por meio do seu título III, atingiu todos os demais direitos passíveis de proteção pela ação civil pública. E, desde então, o que se tem visto é que cada lei nova sobre direitos difusos e coletivos reforça esse mecanismo de integração processual, estendendo a todo o conjunto de leis dessa área as inovações introduzidas pela norma específica.

A ampliação crescente desse *subsistema*, orientado pelos princípios do anti-individualismo processual, da indisponibilidade dos direitos substantivos e da hipossuficiência dos seus titulares, está mudando a face do ordenamento jurídico brasileiro e transformando o Ministério Público no ator principal desse novo arranjo institucional. Digno de nota é que essa extraordinária mudança se deu basicamente por meio de alterações nas regras *processuais* de acesso à Justiça. Mesmo a legislação que introduziu os novos direitos metaindividuais se destacou menos pelo que trouxe de elementos *substantivos* e muito mais pelo que inovou no *modo* como esses direitos deveriam se submeter à tutela jurisdicional. No fundo, nem tanto se criou direito material, tampouco se fez uso *alternativo* dos já

razões institucionais para que o Ministério Público traga a si tais desafios da sociedade industrial". Antonio H. V. Benjamin, *op. cit.*, 1995, p. 141 (grifo meu).

150. Para essa e outras inovações importantes do CDC, ver Ada P. Grinover *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 2000. Sobre a interação do código com a Lei da ação civil pública, ver especialmente pp. 867-909 (autoridade Nelson Nery Júnior). Sobre o processo que levou à elaboração e promulgação do CDC, com destaque para o papel do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (criado em 1985), dos Procons e expoentes do meio forense, ver Josué de Oliveira Rios, *A Defesa do Consumidor e o Direito como Instrumento de Mobilização Social*, 1998, cap. 2.

existentes,¹⁵¹ mas se alterou as regras de acesso ao *processo* judicial, com base na justificativa da incapacidade dos sujeitos coletivos e da indisponibilidade difusa de certos interesses e direitos.

No meio jurídico, a expressão que mais se popularizou, como síntese dessa grande transformação do direito pela via processual, foi aquela formulada por Dinamarco: a *instrumentalidade do processo*. Mencionada em vários escritos de promotores e procuradores, a idéia da instrumentalidade do processo registraria uma nova fase do direito processual, na qual a reflexão analítica e a prática judicial não estão mais preocupadas com a manutenção da coerência lógica das regras formais, nem em manter fidelidade aos princípios individualistas clássicos que presidiram a organização do moderno direito processual. A preocupação — agora que o direito processual se tornou um campo autônomo — é com a sua *efetividade*, com a sua real capacidade de garantir direitos reivindicados socialmente. Nesse sentido, Dinamarco propõe que se atribua ao processo uma finalidade teleológica, isto é, que ele não seja mais objeto de contemplação meramente formal, mas que seja discutido em termos de sua finalidade última: a realização do melhor direito possível. Como diz o autor:

É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e a eliminação das diferenças de oportunidades em função de situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.¹⁵²

151. Referimo-nos aqui ao chamado movimento do "Direito Alternativo", sobre o qual é possível levantar a hipótese de que tenha arrefecido em decorrência do espaço que perdeu para o uso "alternativo" do processo, no sentido da abertura do sistema judicial aos interesses coletivos, que descrevemos acima. Para uma análise do movimento "Direito Alternativo", ver Amilton Bueno de Carvalho, *Magistratura e Direito Alternativo*, 1992.

152. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 1997, pp. 22-23 (grifo do autor).

Uma das conclusões de Dinamarco sobre essa nova fase do direito processual é que nela o sistema judicial tende a ganhar importância e a equiparar-se aos sistemas político e administrativo, concorrendo para a realização de fins coletivos ou públicos. E considerando que a divisão de poderes é uma questão meramente funcional — diz o autor — jurisdição, legislação e administração teriam hoje exatamente o mesmo peso, e procurar distinções entre elas seria mera especulação acadêmica, algo totalmente supérfluo. Sem deixar de mencionar a necessária cautela em relação à preservação das garantias que formam o *due process of law*, Dinamarco concluirá que

[...] o juiz, investido por critérios estabelecidos na ordem constitucional e mediante as formas que a lei institui, é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos. Inexiste razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa.¹⁵³

PERSPECTIVAS: A REVISÃO DA ESTRATÉGIA EXPANSIONISTA

Depois da mudança extraordinária ocorrida nos últimos trinta anos, baseada no ritmo *dois passos para frente nenhum para trás*, é possível encontrar sinais de esgotamento da estratégia expansionista de reconstrução institucional do Ministério Público. Melhor dizendo, há sinais partindo da própria instituição no sentido de rever o conjunto de suas atribuições e de descartar aquelas consideradas menos relevantes, diminuindo a *quantidade* e melhorando a *qualidade*. Para tanto, uma das novas frentes de debate tem sugerido a revisão do conceito de *interesse público*, aquele que em 1973 credenciou o Ministério Público a iniciar sua longa e vitoriosa trajetória de reconstrução institucional.

Quanto ao abandono de funções, Guimarães Jr., promotor de justiça (SP, 1997) defende a idéia de que a ampla intervenção do Ministério Público, como *custos legis* no processo civil, não condiz mais com o

153. *Idem*, p. 166. Para considerações nessa mesma linha, em escala comparativa de países, ver Mauro Cappellietti, *op. cit.*, 1999.

novo perfil constitucional da instituição e, portanto, é preciso avançar na discussão sobre atribuições que não têm contribuído para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e que poderiam ser abandonadas. Segundo Guimarães Jr., o Ministério Público de São Paulo está empenhado nessa revisão e já deu o primeiro passo “extrinsecando a atribuição do Ministério Público para oficiar como curador especial do réu revel fictamente citado (curadoria de ausentes)”¹⁵⁴. O promotor paulista vai ao cerne da questão quando propõe a revisão da noção de *interesse público*, que norteia a atuação da instituição desde 1973, como forma de diminuir a quantidade de casos que requerem a presença do Ministério Público, para que este possa se dedicar àqueles realmente importantes. Como vimos, o Código do Processo Civil de 1973 tornou-se um marco na história do Ministério Público porque dele se extraiu um conceito ampliado de interesse público. Então em fase de crescimento, a inflação do conceito era bem-vinda e foi bem aproveitada. Agora, com a instituição alçada à condição de defensora da sociedade, quer-se desinflacionar o conceito e, dentre as várias atribuições suscitadas por ele, abandonar as menores. Segundo Guimarães Jr.:

[...] deve o Ministério Público, então, zelar apenas pelo interesse público que se apresenta como mais relevante, porque relevantes são suas incumbências constitucionais. Assim, se ao Parquet incumbe a *defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* apenas o interesse público *qualificado* deve merecer sua fiscalização no processo civil, sob pena de um perigo de desvirtuamento da missão constitucional da Instituição, que parece ser a de autêntica alavanca, procurando sempre a efetiva aplicação da lei para propiciar o fortalecimento do Estado de Direito e a pacificação social.¹⁵⁵

Mas como seria possível *qualificar* o interesse público digno da atenção da instituição? Segundo Guimarães Jr. o interesse público

154. João Lopes Guimarães Júnior, *op. cit.*, 1997, p. 154. Na primeira versão desse texto, apresentada no IX Congresso Nacional do Ministério Público em 1992, o autor afirma que “A legislação processual civil atribuída ao Ministério Público funções interventivas em demasia, numa escala incompatível com o novo perfil da Instituição, pois como órgão interventivo no processo o Ministério Público tem sua atuação, na maioria dos casos, atingindo direitos meramente individuais disponíveis” (essa versão foi publicada na revista *Justitia*, 55 (161): 29-39, jan.-mar. 1993).

155. João Lopes Guimarães Júnior, *op. cit.*, 1997, p. 155 (grifo do autor).

relevante em casos individuais seria assim qualificado pelo "alcance social que a causa pode oferecer" e caberia "ao próprio Ministério Público, e não ao Judiciário, a decisão final a respeito da existência do interesse público e da forma de intervenção no processo".¹⁵⁶ Como exemplos de causas irrelevantes — nas quais a presença do *fiscal da lei* seria desnecessária — o autor cita os pedidos de benefício por acidente do trabalho, os mandados de segurança, os pedidos de separação consensual e de retificação de teor de registro.¹⁵⁷ Segundo o autor, trata-se de propor, enfim, "uma participação mais qualitativa no processo civil, possibilitando a *seleção* das causas que merecem a intervenção do Ministério Público por sua relevância, seja no que tange à indisponibilidade de seu objeto, seja no que tange ao alcance social da decisão a ser proferida".¹⁵⁸

Outro exemplo dessa nova tendência é o que Ferraz e Guimarães Jr. chamam de uma *Nova Doutrina* ou *nova ideologia* de Ministério Público. Segundo os autores, passada a primeira etapa de transformação da instituição, que esteve baseada na estratégia de equiparação com a magistratura, cabe pensar numa segunda etapa que seja capaz de corrigir um dos poucos, mas importantes, defeitos da primeira: a "despersonalização" do Ministério Público que levou à reprodução impensada da estrutura monocrática-individualista do Judiciário.¹⁵⁹ Outro componente da primeira fase a ser revisito é a tática de "ocupar quaisquer espaços", que não faz mais sentido depois da quantidade de atribuições conquistadas nos anos de 1980 e 1990, cabendo agora, ao contrário, desvencilhar-se daquelas mais tradicionais e que já não guardam mais relação com o novo perfil da instituição.¹⁶⁰ Segundo Ferraz e Guimarães Jr. seria possível abandonar certas funções e ampliar outras que venham reforçar seu papel de promotor de direitos:

Quando falamos do Ministério Público como órgão "agente", não queremos referir-nos apenas a sua atuação perante o Judiciário, ajuizando a ação civil pú-

156. *Idem*, pp. 155-156.

157. *Idem*, p. 157.

158. *Idem*, p. 158 (grifo do autor).

159. Antonio A. M. C. Ferraz & João L. Guimarães Junior, "A Necessária Elaboração de uma Nova Doutrina de Ministério Público, Compatível com seu Atual Perfil Constitucional", 1997.

160. *Idem*, p. 25.

blica. Consideramos, outrossim, sua importantíssima atuação *extrajudicial*, tal vez ainda não estudada e compreendida devidamente. A experiência ministerial na defesa dos direitos difusos e coletivos, embora recente, tem revelado que o acordo estabelecido no curso do inquérito civil, e mesmo antes de sua instauração, é a opção mais rápida e eficaz tanto para a reparação como para a prevenção de danos e abusos. É fundamental, segundo nos parece, que o promotor tenha em mente que o Judiciário é a *última*, porém não a *única* via para a solução e prevenção de conflitos.¹⁶¹

Outra idéia que tem acompanhado essa nova tendência é a relativização do princípio da obrigatoriedade da ação do Ministério Público, decorrente da indisponibilidade dos direitos por ele representados na esfera judicial. Como se sabe, seja na esfera criminal, seja na esfera civil, o Ministério Público não está autorizado a agir discricionariamente nas situações que requerem sua participação. O que se pretende agora é introduzir essa discricionariedade, para que promotores e procuradores possam agir segundo os princípios da *oportunidade* e da *conveniência*, selecionando os casos que julgar mais relevantes para sua atuação.¹⁶² O argumento geral é que o acúmulo indiscriminado de trabalho, provocado pela obrigação de agir em todos os casos, tem prejudicado a qualidade das ações do Ministério Público. Nesse sentido, o que funcionou como a "fonte da vida" da instituição nos últimos trinta anos — o binômio *indisponibilidade de direitos-obrigatoriedade da ação* — precisa ter sua vazão controlada por meio do registro da discricionariedade, que funciona à base de um binômio inverso: a *oportunidade* e a *conveniência* da ação, segundo a avaliação dos responsáveis por ela. Como defende Proença:

[...] para que haja uma mínima eficácia em sua atuação investigativa e processual, deve o Ministério Público restringi-la a casos exemplares, de maior relevância social e visibilidade, atuando, deste modo, pedagogicamente, pois mais vale a efetiva tutela em um menor número de casos paradigmáticos, que a pretensão de atuação universal, totalizadora, em geral frustrada pela dispersão dos recursos, em confronto com o poder organizacional, econômico e político dos investigados e réus.¹⁶³

161. *Idem*, p. 27 (grifo no original).

162. Proença, Luis Roberto. *Atuação Extrajudicial do Ministério Público para a Solução de Conflitos Coletivos (Inquérito Civil e Compromisso de Ajustamento)*, 1999, pp. 196-197.

163. *Idem*, p. 200.

Nessa linha de introduzir uma nova racionalidade no trabalho do Ministério Público, Ferraz e Guimarães Jr. lançaram uma proposta arrojada e certamente polêmica: a substituição do modelo "individualista" que caracteriza a organização da instituição pelo que chamam de *sistema de promotoria*, no qual as promotorias de uma comarca seriam reunidas sob um órgão administrativo, cuja função principal seria racionalizar os trabalhos dos promotores individuais, estabelecer metas, estratégias e prioridades. Evidentemente, os autores prevêem que esse novo sistema exigirá mais recursos materiais e humanos e o apoio de serviços técnicos externos (especialistas, peritos etc.). De certo modo, o Ministério Público já instalou o embrião desse modelo em algumas comarcas, por meio da figura do *secretário* das promotorias de justiça locais, responsável justamente pela maior racionalização dos trabalhos. O grande problema do *sistema de promotoria*, ao propor o funcionamento colegiado e a ampliação da discricionariedade na definição de prioridades, é que ele se distanciará do princípio do "promotor natural", um dos poucos e indiretos controles da atividade do Ministério Público hoje existentes. Mas se considerarmos que essa questão do promotor natural é menos importante – na percepção da instituição – o *sistema de promotoria* terá que enfrentar um outro desafio: demonstrar que sua institucionalização não afetará o mais valioso dos princípios de organização do Ministério Público, isto é, a independência funcional de seus membros (aquela que se traduz na subordinação de promotores e procuradores apenas à lei e a suas próprias consciências). Se a nova proposta não afastar esse risco, a resistência ao *sistema de promotoria* partirá, paradoxalmente, de integrantes da própria instituição.

Em resumo, pode-se afirmar que o Ministério Público de hoje continua engajado na revitalização de seu papel político perante o Estado e perante a sociedade no Brasil, buscando superar alguns pontos inconvenientes resultantes da primeira estratégia expansionista e investindo em novas formas de atuação que ampliem ainda mais sua condição de *agente político da lei*. Como diz Macedo Jr., promotor de justiça (SP, 2000), depois de afirmar que a evolução do Ministério Público não foi algo natural, mas decorrente do senso de oportunidade de seus membros, a instituição precisa estar permanentemente

te atenta aos desafios colocados à sua sobrevivência em patamares cada vez mais elevados, evitando ao mesmo tempo os riscos de uma indesejável decadência.

A sua eventual decadência poderá ser gerada pelo surgimento de novas instituições (estatais ou não-governamentais), mais modernas e aptas a atender as demandas de seu tempo. Em outras palavras, [...] uma instituição decai não apenas por seu enrijecimento e burocratização, mas também pelo surgimento de novas instituições que lhe tomam o lugar, desempenhando novas e antigas funções com maior eficácia e adequação. A história do Ministério Público nestes 500 anos é um exemplo disto. Os riscos que hoje corre, também.¹⁶⁴

164. Ronaldo Porto Macedo Jr., "O Ministério Público 500 anos Depois do Descobrimento", 1999b, p. 88.