



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

ANTONIO DURVAL CAMPELO BARAUNA

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ATUAL DEMOCRACIA
BRASILEIRA**

Salvador
2016

ANTONIO DURVAL CAMPELO BARAUNA

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ATUAL DEMOCRACIA
BRASILEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Valdemar Ferreira de Araújo Filho

Salvador
2016

B227 Barauna, Antonio Durval Campelo
O Ministério Público e a atual democracia brasileira / Antonio Durval Campelo
Barauna. – 2016.
105 f.

Orientador: Prof. Dr. Valdemar Ferreira de Araújo Filho
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de
Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2016.

1. Ministério Público. 2. Democracia. 3. Poder judiciário. 4. Política.
I. Araújo Filho, Valdemar Ferreira. II. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de
Filosofia e Ciências humanas. III. Título.

CDD: 347.81013

ANTONIO DURVAL CAMPELO BARAUNA

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ATUAL DEMOCRACIA
BRASILEIRA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 07 de janeiro de 2016.

Valdemar Ferreira de Araújo Filho – Orientador _____
Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
Universidade Federal da Bahia

Alvino Oliveira Sanches Filho _____
Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil
Universidade Federal da Bahia

Cloves Luiz Pereira Oliveira _____
Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
Universidade Federal da Bahia

Maria Victoria Espiñeira Gonzalez _____
Doutora em Filosofia e Ciência da Educação pela Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha

Aos meus filhos, Leticia e Gustavo, razão de tudo o que faço.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente ao professor Valdemar Araújo, meu orientador, exemplo de seriedade e atenção, pela sua generosidade e disposição e auxílio em todo o curso e no mestrado, especificamente.

Ao professor Antonio Oliveira, que me incentivou a cursar as disciplinas de Ciência Política, abrindo para mim as portas do curso de Ciências Sociais.

Ao professor Alvino Sanches, pela presteza e boa vontade no esclarecimento das dúvidas surgidas no decorrer do curso.

À Pós-graduação em Ciências Sociais (PPGCS/UFBA) e seus funcionários, o coordenador Prof. Clóvis Roberto Zimmermann, pela sua gentileza e solicitude, e a secretária Dôra, pela sua eterna disponibilidade. Às funcionárias Dilzaná, da biblioteca e Soraya, do Departamento de Filosofia pela inestimável colaboração.

Aos meus amigos e colegas de trabalho Silvana Carneiro e Walter Ribeiro Costa Junior, pelo apoio enriquecedor.

Finalizo os agradecimentos, dizendo que o curso de Ciências Sociais e o mestrado com ênfase em política me ajudaram na compreensão de muitos conceitos que se aplicam à nossa vida cotidiana, além de fortalecer o desejo natural de conhecer que todos nós temos. Acho que a formação na Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, iniciada com o curso de Filosofia, me ensinou bem, e eu a ela agradeço.

Convicção é a crença de estar, em algum ponto do conhecimento, de posse da verdade absoluta. Esta crença pressupõe, então que existam verdades absolutas; e, igualmente, que tenham sido achados os métodos perfeitos para alcançá-las; por fim, que todo aquele que tem convicções se utilize desses métodos perfeitos. Todas as três asserções demonstram de imediato que o homem das convicções não é o do pensamento científico; ele se encontra na idade da inocência teórica e é uma criança, por mais adulto que seja em outros aspectos.

Nietzsche (1878)

BARAUNA, Antonio Durval Campelo. O Ministério Público e a atual democracia brasileira. 105 f. il. 2016. Dissertação (Mestre) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

RESUMO

A dinâmica de uma sociedade democrática moderna exige uma contínua participação dos seus membros na busca da satisfação das suas demandas. O Ministério Público, na forma concebida e com os poderes que a Constituição Federal de 1988 lhe conferiu, passou a ter ingerência em todas as esferas da vida da sociedade e a tutelar direitos coletivos, difusos e principalmente individuais, na forma de uma instituição destinada a substituir e intermediar as necessidades dessa sociedade na condição de seu ‘defensor’ em face da ineficiência estatal, sem com isso deixar de ser uma instituição concebida e mantida pelo próprio estado. A presente dissertação busca discutir esse modelo que faz com que as demandas da sociedade em relação ao estado, assumidas e tratadas pelo Ministério Público de forma seletiva, sujeitas a motivações políticas, se torna uma *práxis* institucional tuteladora e serve como fator desmobilizador da sociedade nas suas demandas coletivas ou individuais frente ao estado, e até que ponto a atuação autônoma e não responsiva do Ministério Público pode comprometer o regime democrático.

Palavras – chave: Ministério Público. Democracia. Judicialização. Política. Instituições.

BARAUNA, Antonio Durval Campelo. Public Ministry and current Brazilian democracy. 105 f. il. 2016. Dissertation (Master) – Faculty of Philosophy and Human Sciences, federal university of Bahia, Salvador, 2016.

ABSTRACT

The dynamic of modern and democratic society requires a continued participation of your members involved in the search of gratification for their demands. The Public Ministry, designed in the manner and with the powers that the Federal Constitution of 1988 gave them powers, started to have interference in all aspects of society life and to protect collective, diffuse and mainly individual rights, in the form of an designed institution to replace and to intermediate the necessity of the society on condition of their 'protector' in the face of State inefficiency, without thereby to stop being a institution designed and maintained by the own state. This dissertation intends to discuss this model that makes the demands of society about the State, assumed and treated by the Public Ministry selectively, subject to political motives, becomes a “práxis” institutional and tutelar and serves like a demobilization factor to the society in their collective or individuals demands against the State, and to what extent the autonomous and not responsive operation of Public Ministry may compromise the democratic regime.

Keywords: Public Ministry. Democracy. Judicialization. Policy. Institution.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1	Total de ações civis públicas propostas contra o Estado da Bahia e Município de Salvador.....	57
Gráfico 2	Ações civis públicas propostas contra o Estado da Bahia e Município de Salvador (2009-2013)	58
Gráfico 3	Natureza das ações (total).....	58
Gráfico 4	Natureza das ações (2009-2013).....	59
Gráfico 5	Óbitos em relação ao total.....	59

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Ajuizamento de ações civis públicas e sua natureza propostas contra o Estado da Bahia e Município de Salvador.....	56
Tabela 2	Ações civis públicas propostas contra o Estado da Bahia e Município de Salvador.....	57
Tabela 3	Natureza das ações.....	58

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Adin	Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
Conamp	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
PSD	Partido Social Democrático
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
UDN	União Democrática Nacional

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO E OBJETIVOS	13
CAPÍTULO 1: MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL: ORIGEM, EVOLUÇÃO E EXPANSÃO DE SUAS ATRIBUIÇÕES	19
CAPÍTULO 2: JUDICIALIZAÇÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO: GÊNESE E PROCESSO.....	30
2.1 VISÕES SOBRE O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO	30
2.2 FORMA DE ATUAÇÃO JUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	39
2.3 ESSÊNCIA DA RETÓRICA LEGITIMADORA DO MINISTÉRIO PÚBLICO	46
2.4 AS DEBILIDADES DA POLÍTICA DE SAÚDE E O ESPAÇO JURÍDICO E INSTITUCIONAL DO ATIVISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	50
CAPÍTULO 3: INTERVENCIONISMO ESTATAL E CORPORATIVISMO X INDIVÍDUO E DEMOCRACIA	61
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	61
3.2 CORPORATIVISMO E AUTORITARISMO.....	63
3.3 TUTELA INSTITUCIONAL, INDIVÍDUO E DEMOCRACIA	72
3.4 A TRADIÇÃO ESTATAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	79
3.5 OS INDIVÍDUOS E OS DIREITOS POLÍTICOS FRENTE À NATUREZA DA DEMOCRACIA ATUAL.....	83
3.6 LIBERALISMO, INTERVENCIONISMO E DEMOCRACIA.....	90
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIAS.....	101

APRESENTAÇÃO E OBJETIVOS

Este trabalho faz uma reflexão sobre a própria existência do Ministério Público no seu formato atual e questiona se a forma de atuação jurídico-constitucional do órgão, abrangente e sem responsividade, contribui para limitar a efetividade da democracia.

Não é intenção questionar a eficiência ou a performance da instituição. Apenas se a sua falta de limites em campos de atuação diversos, a sua pouca responsividade e a “indefinição” na sua localização institucional são fatores que podem de alguma forma, comprometer a prática democrática. Resumindo, se uma instituição, pode atuar, sem os limites políticos e jurídicos, ou se os seus membros constituem, como chamou Tocqueville (2005), uma “moderna aristocracia” em meio a um sistema político já bastante elitizado.

Hoje temos o Ministério Público envolvido em todas as esferas de atuação da sociedade, exercendo da atividade investigativa, à tutela de direitos individuais. Como bem observa Fábio Kerche (2009, grifos do autor):

O estudo do Ministério Público pela Ciência Política, e em especial a questão da autonomia e da ampliação de suas tarefas pós-constituição de 1988, permite a inclusão da instituição como mais um exemplo do fenômeno, presente em diversas democracias, da judicialização da política, ou mesmo da *negação da política*.

Tão ampla a atuação do Ministério Público, que necessário se tornou um *recorte ilustrativo* da atuação do órgão, daí ter o trabalho se desenvolvido a partir da observação de demandas individuais relativas à saúde, de prestação obrigatória pelo Estado, nas quais se torna necessária a intervenção do Ministério Público como elemento provocador do Poder Judiciário, para uma prestação que deveria ser naturalmente atendida. A escolha nos mostra até onde vai a necessidade da intervenção de um órgão estatal para o exercício do mais elementar dos direitos.

Ao descumprir as suas funções constitucionais, o Estado cria desigualdades de acesso que tornam necessária a ampliação das atribuições do Ministério Público no exercício da tutela de direitos individuais, coletivos e difusos dos cidadãos, podendo-se observar que a Instituição teria as suas funções sobremaneira esvaziadas caso o Estado cumprisse as suas atribuições constitucionais e legais.

Figurando o Estado muitas vezes como agente agressor dos direitos coletivos, não há entre os membros do Ministério Público esperança de que as instituições políticas sejam capazes de deslanchar qualquer processo consistente de efetivação de direitos constitucionais.

Há quem afirme que, por essas e outras razões, o Ministério Público transitou da sociedade política para o âmbito da sociedade civil. Cabe lembrar o que dizem Machado e Goulart (1992) depois de citarem a distinção entre sociedade política e sociedade civil elaborada por Gramsci:

A evolução histórica do Ministério Público revela essa gradativa mudança de função como o sinal inequívoco do seu deslocamento institucional na superestrutura do Estado. Passando de procuradoria do rei à defensoria do povo, o Ministério Público brasileiro, com estruturação jurídico-formal das mais modernas, hoje é um organismo que integra e representa a sociedade civil. (MACHADO; GOULART, 1992).

Toma-se como motivo empírico inicial no presente trabalho, ações que dizem respeito a esse “mais elementar dos direitos”, o direito à saúde e à vida, em um contexto de recorrente desrespeito do Estado no atendimento do mesmo.

É possível compreender a importância que a Constituição de 1988 atribuiu ao direito à saúde, observando o que afirma Felipe Asensi (2010), para quem:

O direito à saúde, em virtude do seu atributo de direito fundamental, recebeu a qualificação de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, possui força normativa suficiente para sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior para sua aplicação. O caráter pleno de eficácia de uma norma diz respeito à ideia de que, desde a entrada em vigor da Constituição, tais normas produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais relativos aos interesses, comportamentos e situações, que o constituinte direta e normativamente quis regular, sendo garantida a existência de um aparato jurídico-institucional para a sua efetivação. Neste contexto, atribuiu-se às ações e serviços de saúde o caráter de *relevância pública*, o que implica dizer que a alteração de tal preceito depende de amplo e rígido processo legislativo, o que cristaliza justamente sua relevância jurídica, política e social no ordenamento brasileiro. O direito à saúde ainda se constitui como *clausula pétrea* no âmbito constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, não pode ser excluído do resguardo que lhe foi alçado pela Carta Constitucional (ASENSI, 2010, grifos do autor).

Observa-se, entretanto, o descompasso existente entre a atuação do poder público e o que preconiza a Constituição “cidadã”, e a lei, no que diz respeito ao atendimento de saúde prestado a crianças e adolescentes, tomando-se por amostra as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público nos anos de 2009 a 2013, visando buscar, juridicamente, atendimento médico de urgência negado pelo Estado ou Município, estas são suficientes para comprovar a inadequação do Estado à previsão constitucional. Ainda, segundo Asensi (2010, grifo do autor):

O direito à saúde, enquanto direito fundamental, se insere na categoria dos chamados direitos de titularidade coletiva. Em virtude da natureza desses

direitos, no Brasil consolidou-se o que comumente se denomina de *litigância de interesse público*, que comporta a ideia de que os direitos não se restringem às meras partes individuais, na medida em que são de titularidade de grupos e coletividades. Em linhas gerais, Ingo Sarlet sustenta que tais direitos “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo, como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)” (SARLET, 2001). São, assim, novas facetas do princípio da dignidade da pessoa humana, que traduz a ideia de que “o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.

Tal afirmação, entretanto parece não corresponder à nossa realidade. Encontram-se lacunas nas demandas que o Estado está constitucionalmente obrigado a atender, fazendo-se necessária a intervenção de um órgão também estatal, para acionar o Judiciário, na busca da satisfação de pleitos individuais – o que, de certa forma, demonstra a natureza antiliberal e coletivista da democracia brasileira e compromete a sua qualidade como democracia.

Empregamos como referência empírica para ilustrar o trabalho, a prestação de atendimento de saúde a crianças e adolescentes no Município de Salvador/BA, a partir do exame de autos de ações ajuizadas pelo Ministério Público da Bahia, na 1ª Vara da Infância e da Juventude de Salvador entre os anos de 2009/2013, que objetivavam fazer com que o Estado cumprisse o mandamento constitucional ao qual está obrigado.

A Constituição Federal de 1988 consolidou o processo de afirmação de direitos individuais tutelados pelo Ministério Público, iniciado com o fim do regime militar, representando um marco para a sociedade brasileira. A Constituição almejou nos aproximar do que pode ser entendido como direitos universais, típicos de uma democracia plena, naquele momento ainda estranha a toda uma geração que sobreviveu sob o regime militar.

Se a importância deste fato político não pode ser questionada, o conteúdo da Carta conferiu-lhe um significado muito mais amplo. Esta inovou e, em alguns aspectos, consolidou uma série de transformações substantivas na definição das regras do jogo:

Do ponto de vista da organização e funcionamento dos poderes e, mais especificamente, no que tange às instituições de justiça, pode-se vislumbrar mesmo um ponto de inflexão. Seguindo tendência presente desde o desenvolvimento dos Estados democráticos e suas políticas de bem-estar social, que forçaram mudanças na arquitetura institucional e transformaram o Judiciário num poder ativo, a Carta de 1988 redefiniu o papel do Judiciário brasileiro, ampliando sua margem de atuação com a extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivas alçando-o para o centro da vida pública e conferindo-lhe um espaço de proeminência no cenário político (SADEK, 1999).

Em relação ao Ministério Público não foi diferente. Diríamos mesmo que o processo de transformação foi muito mais profundo o que veio a tornar a instituição “indispensável” e a cada dia mais, inquestionável: “De mero apêndice do Executivo, a instituição conquistou uma série de atribuições que garantiram sua independência frente a todos os poderes do Estado de forma nunca vista na história do ordenamento político administrativo brasileiro” (ARAÚJO, 1997).

A preocupação do legislador em tornar independente o Ministério Público se configura em capítulo distinto na Constituição Federal, onde a Instituição é tratada como se fosse um órgão à parte dos Poderes, uma espécie de quarto poder. Do ponto de vista da definição de suas competências, além da clássica atribuição de detentor do monopólio da ação penal, tornou-se fiscal dos outros Poderes e um agente responsável pela defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Mazzili (2001) explica que:

[...] individuais homogêneos são aqueles direitos que, em função da inserção dos indivíduos em determinado contexto social, criam um núcleo comum de questões de direito ou de fato entre os sujeitos, como, por exemplo, o direito de cada criança à matrícula em escolas públicas. Coletivos são aqueles de interesses comuns a uma coletividade de pessoas, tais como os interesses que reúnem os moradores de um conjunto residencial. Difusos, referem-se a grupos menos determinados de pessoas não ligadas por um vínculo de direito ou de fato preciso, como no caso dos consumidores de determinado bem lesados pela empresa que o produziu.

Desde então, o poder de intervenção do Ministério Público só tem aumentado no campo dos direitos coletivos. Segundo Arantes (2002):

[...] a partir de 1989, uma série de interesses, antes individuais, e alguns indisponíveis, foram convertidos em direitos de dimensão coletiva e de ordem pública, passíveis de tutela pelo Ministério Público, como por exemplo, a Lei 7.853/89 que instituiu os interesses coletivos e difusos de pessoas portadoras de deficiência; a Lei 8.069/90 que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei 8.078/90 que criou o Código de Defesa do Consumidor; a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público de 1993, e a Lei 8.429/92 de Improbidade Administrativa que deu instrumentos jurídicos ao Ministério Público para uma atuação mais incisiva no combate aos atos de improbidade praticados por agentes políticos.

Essas e outras leis comprovam que as transformações mais significativas na atuação do Ministério Público ocorreram na área cível, ampliando sobremaneira suas atribuições, até então restritas à atuação como órgão interveniente – fiscal da lei – na proteção das relações jurídicas do direito da família, na defesa dos incapacitados e da propriedade privada, intervindo em feitos de usucapião, testamentos e disposições de última vontade. As atribuições relativas à defesa de direitos difusos, coletivos e individuais, demonstram que o

poder político de intervenção do Ministério Público se mostrou imenso, incrementando, de forma incontestável, a possibilidade de intervenção na vida de indivíduos e grupos sociais.

Essa capacidade de tutelar a autonomia individual e os direitos coletivos em reivindicar direitos sem a intermediação do Estado cria um problema crucial para a natureza da democracia brasileira, tendo em vista que esse regime se fundamenta na idéia de liberdade e autonomia coletiva e na capacidade da sociedade de se estruturar e agir de forma autônoma frente ao Estado. Ainda hoje o lugar ocupado pelo Ministério Público na engenharia constitucional brasileira pós-1988 suscita polêmica. Seria a Instituição o quarto Poder da República ou um órgão com autonomia financeira e funcional, mas ainda atrelado ao Executivo? Para muitos juristas, a melhor definição para a questão foi dada pelo eminente jurista baiano e ex-senador Josaphat Marinho, para quem, o Ministério Público é um órgão que ocupa uma posição equidistante dos demais poderes constituídos.

Certamente há dúvidas acerca da existência de um quarto poder consubstanciado no Ministério Público, mas diante da ampliação das suas atribuições, o processo jurídico político efetivo resultante vem indicando *que pode estar emergindo um Leviatã de outra natureza: uma entidade sem um pacto fundacional claro e sem um posterior pacto orgânico de associação entre seus membros*, tendo em vista que a estrutura organizacional e jurídica do Ministério Público e a sua dinâmica interna atribuem grande autonomia aos seus agentes individuais, os promotores. E se Hobbes está ausente da forma assumida por esta entidade, Locke também vem se exilando de seu entorno, tendo em perspectiva que o poder tutelar desse novo Leviatã sobre a sociedade deixa pouco espaço para que indivíduos e grupos possam agir de forma autônoma quando este decide absorver áreas de direitos coletivos ou individuais. Nessa direção, o Ministério Público deixou de ser lembrado quase que exclusivamente pela sua atuação na esfera penal como titular da ação penal pública incondicionada, para apresentar-se, hoje, como elemento “obrigatório” que incide sobre o exercício dos nossos direitos mais elementares, com a sua atuação ampliada e alimentada nessa esfera, pela ineficiência ou omissão do Estado.

Como causa adicional de aprofundamento desse processo, a Constituição de 1988 também prevê que o advogado é essencial à administração da Justiça, ou seja, ninguém pode ir à Juízo sem a assistência de um advogado, salvo em casos especiais previstos em lei, como forma de desburocratizar o aparelho Judiciário. Desta forma, ante o desaparecimento e, em muitos casos, até a inexistência de Defensoria Pública em muitas localidades, coube ao

Ministério Público – amparado em uma legislação especial que lhe confere inclusive isenção de custas – o exercício dessa assistência, tutelando os direitos individuais, que aqui tratamos.

Desta forma o trabalho objetiva discutir condicionantes sobre a atuação do Ministério Público, o seu espaço institucional e político livre da ancoragem estatal em um regime democrático, inclusive no tocante aos direitos individuais e como, à luz das prerrogativas jurídicas institucionais, a atuação do Ministério Público incide sobre o modelo de democracia liberal no Brasil.

CAPÍTULO 1: MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL: ORIGEM, EVOLUÇÃO E EXPANSÃO DE SUAS ATRIBUIÇÕES

Para um melhor entendimento do vasto papel que o Ministério Público desempenha atualmente, torna-se necessário expor como o órgão desenvolveu-se no Brasil ao longo da nossa história, chegando à configuração atual.

O Ministério Público brasileiro busca raízes diretas no direito português, como consequência dos aspectos históricos de nossa colonização e, principalmente, pelo fato de o direito português ter tido vigência no país durante o período colonial, o império e o início da República através das Ordenações Manuelinas, datadas de 1521, e Filipinas, de 1603. Observa Carlos Alberto de Salles (1992) que:

[...] a despeito das palavras da exposição de motivos, a estrutura funcional do Ministério Público não foi substancialmente alterada. Manteve-se, por exemplo, a tradição vinda das Ordenações Filipinas, segundo a qual “as funções do Ministério Público em superior instância eram exercidas por membro do Poder Judiciário”. As Ordenações Manuelinas de 1521 já mencionavam o Promotor de Justiça e suas obrigações perante as Casas da Suplicação e nos juízos das terras. Nelas estavam presentes as influências dos direitos francês e canônico. Segundo estas, o Promotor deveria ser alguém “letrado e bem entendido para saber espertar e alegar as causas e razões, que para lume e clareza da justiça e para inteira conservação dela convém.”.

A figura do Promotor de Justiça surge do Tribunal da Relação da Bahia em 1609. No caso, o Promotor agia em conjunto com o procurador dos feitos da Coroa e da Fazenda, os dois membros do Tribunal. É relevante salientar que a consolidação da Instituição do Ministério Público nas Constituições brasileiras não acompanha exatamente sua evolução institucional. Mesmo com as oscilações sofridas de um texto constitucional para outro, este manteve a função que legal e socialmente ocupava perante o Poder Judiciário. É visível que antes de uma criação legislativa a Instituição se tornou peça-chave para o funcionamento Poder Judiciário e com o passar do tempo, para o acesso à justiça. Veio a nossa primeira Constituição e, segundo Hugo Mazzili (2001):

Sob a Constituição de 1824, atribuía-se ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional a acusação no juízo de crimes, ressalvadas as hipóteses de iniciativa acusatória da Câmara dos Deputados. Por sua vez, o Código de Processo Criminal do Império (de 1832), continha uma seção reservada aos promotores, com os primeiros requisitos para sua nomeação e o elenco das principais atribuições.

Todavia, é com o Código de Processo Penal do Império, de 29 de novembro de 1832, que vem ocorrer uma sistematização da Instituição do Ministério Público. Percebe-se que no Brasil, por questões estritamente políticas, no que diz respeito à codificação das leis, o direito penal se antecipou em relação ao direito civil. Até então a atuação do Ministério Público limitava-se à esfera criminal. Dessa forma, os Promotores tinham suas atribuições dispostas no referido Código e tais funções limitavam-se a denunciar os crimes públicos e policiais, solicitar a prisão dos criminosos, promover a execução das sentenças e mandados judiciais além de dar parte às autoridades competentes das negligências, omissões e prevaricações dos empregados na administração da Justiça.

Com a proclamação da República, o Ministério Público foi contemplado com nova regulamentação. O Decreto n. 848, de 11 de setembro de 1890, criou e regulamentou a Justiça Federal e reservou um capítulo inteiro para dispor sobre a estrutura e atribuições da Instituição em âmbito nacional, embora a primeira Constituição republicana não tenha aludido ao Ministério Público enquanto Instituição, “apenas fez referência à escolha do procurador-geral e à sua iniciativa na revisão criminal *pro reo*” (MAZZILI, 2001).

A Constituição de 1934 inovou ao assegurar ao Ministério Público a estabilidade funcional de seus componentes e dispôs que os mesmos deveriam ingressar na carreira através de nomeação precedida de concurso público, além de apenas perderem seus cargos nos moldes da lei e por sentença judicial. Tais garantias atribuídas à Instituição em patamar federal foram estendidas, posteriormente, aos Estados.

Pioneiramente, na Constituição de 1934, algumas funções foram apresentadas ao *parquet* que contribuiriam para uma valoração e crescimento da Instituição. Seu artigo 96 confiava ao Ministério Público o dever de comunicar ao Senado Federal a inconstitucionalidade de uma lei. Também o artigo 76 declarava que a revisão criminal em benefício aos condenados, *ex officio*, era de titularidade do *parquet*.

A Constituição de 1937, ditatorial, representou um enorme retrocesso para a Instituição do Ministério Público. Fez apenas algumas referências esparsas ao *parquet* no decorrer do texto. Tem-se registrado que, para Getúlio Vargas, a Instituição tinha um caráter peculiar, entendia que era um órgão que cooperava na atividade do Governo, ou seja, um órgão de atuação do Poder Executivo junto aos Tribunais.

No artigo 99 da Carta Constitucional, fica explícita a subordinação do Judiciário ao Executivo, ou seja, à pessoa do Presidente da República, já que o artigo confirmava a

competência privativa do Presidente para efetuar nomeação e demissão do Procurador-Geral da República, que deveria se efetivar perante o Supremo Tribunal Federal.

No entanto, fica registrado que foi sob o regime constitucional de 1937 que os integrantes do Ministério Público adquiriram o benefício de concorrer ao preenchimento do quinto constitucional nos tribunais superiores (artigo 105).

Aliás, pode-se afirmar também que, a partir da Revolução de 1930, inaugura-se um longo período autoritário, interrompido por um curto período tido como democrático, entre 1934 e 1937, quando ocorre o golpe que institui a ditadura do Estado Novo. Na denominada “Era Vargas”, refunda-se o antigo Brasil oligárquico, criam-se instituições que promovem a urbanização do país e a aproximação entre a sociedade e o Estado. O período ditatorial, iniciado com a outorga da carta de 1937, traz a edição da legislação trabalhista – com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – e um crescente processo de codificação do direito. O Código de Processo Penal de 1941 consolidou a posição do Ministério Público como titular da ação penal e deu-lhe poder de requisição de instauração de inquérito policial e outras diligências no procedimento inquisitorial.

No campo da industrialização, a implantação da siderurgia em 1942 e da Petrobrás em 1953, já no período democrático de governo varguista, são de fundamental importância para a industrialização futura do país. Vargas muda o país criando as bases para a industrialização e, ao deixar o governo em 1945, modela o sistema partidário que iria perdurar durante o regime inaugurado com a Constituição de 1946. Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido Social Democrático (PSD) e União Democrática Nacional (UDN) eram os partidos que iriam abrigar os políticos em agremiações nacionais e seriam os primeiros partidos políticos de grande influência no Brasil, já que até 1930 os partidos políticos eram regionalizados.

As maiores realizações estruturais da “Era Vargas” se concentraram no período ditatorial, na fase autoritária do Estado Novo, período em que não existiam partidos políticos e debate político na sociedade. Vargas morre em 1954, mas as realizações do chamado “Estado Varguista” subsistem até os dias de hoje, exercendo ainda extrema influência sobre a vida nacional. Governantes posteriores buscam vinculação à herança de Vargas e paralelos entre suas realizações e as do período varguista, certamente pela importância dessas realizações, mesmo considerando que boa parte delas ocorreu em um Estado de exceção. O histórico do Estado Varguista nos expõe um padrão de regulação endógeno, departamental e organizado corporativamente, podendo-se observar que muitos elementos dessas estruturas, mesmo anacrônicos, persistem até hoje. Segundo Helder Canal (2011):

A estrutura normativa corporativa implantada pelo Estado ancorou-se na cooperação entre as classes, reunidas e articuladas sob sua égide. Para os ideólogos do Estado, somente dessa maneira o Brasil conseguiria se desenvolver. Para conseguir isso, o governo editou e decretou várias leis, reforçando sua posição de comando e coordenação. A bem da verdade, as classes empresariais jamais deixaram de gozar de maior liberdade que as classes trabalhadoras. Utilizando sua influência econômica, o empresariado logrou manter várias de suas entidades representativas à margem da tutela sistemática do governo. Já os órgãos representativos dos trabalhadores dificilmente conseguiam manter sua autonomia. Vale ressaltar que o corporativismo varguista foi, em dado momento, necessário. No início da chamada “Era Vargas” não existiam partidos fortes, de caráter nacional no Brasil, tornando-se necessária a criação de entidades que pudessem intermediar a relação estado-sociedade. Daí vieram, por exemplo, sindicatos e Conselhos profissionais, que cumpriram suas funções por determinado tempo e se tornaram entes anacrônicos à luz da atualidade. O Estado precisava ‘construir’ e inculcar nas classes trabalhadoras o ideal de nação, autoridade e hierarquia que se apresentavam, até então de forma muito incipiente. Assim, não era aceitável que as classes trabalhadoras gozassem de plena liberdade de articulação e mobilização. Tal situação implicou no afastamento e cooptação, pelo Estado, dos líderes dos sindicatos mais combativos e no atrelamento dos sindicatos ao Estado, o que fez com que este pudesse intervir em sua dinâmica e orientar suas principais diretrizes. Observa-se, desse modo, o caráter autoritário do Estado ancorado em uma ideologia autoritário-corporativista (CANAL, 2011).

Com a redemocratização, na Carta de 1946, o Ministério Público foi tratado com um Título inteiro a seu respeito. A lei ainda determinava que sua organização, no plano federal, devia ser feita através de lei infraconstitucional. Entretanto, posição contraditória era colocada pelo artigo 126, que impunha que a nomeação do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público, seria feita pelo Presidente da República e que a exoneração do cargo poderia ser feita *ad nutum*.

O novo texto constitucional retomou disposição já feita na Constituição de 1934, que estabelecia o acesso aos cargos iniciais de carreira mediante aprovação previa em concurso público. Também as garantias da estabilidade e inamovibilidade, mutiladas pela Constituição anterior, foram retomadas. Ademais, é importante ressaltar que a Constituição de 1946 estabelecia de maneira contundente que era o Ministério Público Federal quem representaria a União em juízo.

Com todas as observações feitas não há como não reconhecer que foi sob o regime instituído pela Carta de 1946 que o Ministério Público ganhou destaque e independência.

A Constituição Federal de 1967 trouxe inovações ao colocar a instituição no Capítulo relativo ao Poder Judiciário, tratando-a em seção autônoma. Mais uma vez determinou que a organização do Ministério Público perante juízos e tribunais, na esfera federal, fosse feita por

intermédio de lei infraconstitucional. Também dispôs o ingresso inicial na carreira por intermédio de concurso público de provas e títulos, além de ter propiciado aos seus membros prerrogativas de estabilidade e inamovibilidade.

Ao se referir ao Procurador-Geral da República, a Carta Magna repetiu o que dispunha a Constituição de 1946 em seu artigo 126: sua nomeação pelo Presidente da República e sua exoneração *ad nutum*.

Em 17 de outubro de 1969 foi outorgada Emenda constitucional n.1, que introduziu profundas mudanças na Constituição de 1967, que continuou em vigor com as alterações realizadas pela sobredita Emenda.

Com as mudanças propostas pela emenda o Ministério Público foi situado nos artigos de 94 a 96. Sendo assim, ficou clara a intenção dos governantes de, mais uma vez, transformar a Instituição num instrumento de governo. No mais, manteve as disposições a respeito do *parquet*.

O Código de Processo Civil de 1973 deu tratamento sistemático ao órgão, disciplinando sua intervenção e conferindo-lhe um papel de órgão interveniente, *custos legis*. É possível notar que, à medida que o tempo foi passando, foram crescendo as atribuições do Ministério Público, as quais davam, de forma crescente, o poder de tutelar direitos como um instrumento do Estado, mesmo antes da edição da Constituição de 1988 – poder decorrente do descumprimento da lei, no que se refere a direitos individuais, coletivos ou difusos.

De forma crescente em termos de tutela, a Lei n. 6.938/81 previu a ação de indenização ou reparação de danos causados ao meio ambiente, legitimando o Ministério Público a proposição de ação de responsabilidade civil e criminal. Logo depois, em 1985, veio a Lei de Ação Civil Pública, (Lei n. 7.347/85), que conferiu legitimidade à instituição para a propositura de ações civis públicas em defesa dos interesses difusos e coletivos, como aqueles relacionados à defesa do meio ambiente, patrimônio histórico e paisagístico, consumidor, deficiente e direitos constitucionais do cidadão. Segundo Milaré (1992):

Este diploma legal inaugurou uma nova fase do Direito Brasileiro e deu novo horizonte para a atuação do Ministério Público na área cível. A partir de tal lei foi criado um canal para o tratamento judicial das grandes questões do direito de massas, dos novos conflitos sociais coletivos de caráter notadamente urbanos. Tal lei conferiu ao Ministério Público o poder de instaurar e presidir inquéritos civis sempre que houvesse a informação sobre a ocorrência de dano a interesse ambiental, paisagístico, do consumidor, etc. Nesta nova fase, o Promotor de Justiça passa a atuar como verdadeiro advogado (como órgão agente que propõe a ação, requer diligências, produz

prova, etc.) dos interesses sociais coletivos ou difusos. Para apreciar a dimensão do Ministério Público no interior de uma ordem social como a brasileira que conta com uma sociedade civil ainda desorganizada e desarticulada, basta lembrar que o Ministério Público é hoje autor de 96% de todas as ações civis públicas ambientais em trâmite pelos tribunais do país. A despeito da ausência de dados estatísticos precisos, é válido supor que tal situação de quase monopólio de fato (de vez que o Ministério Público não tem o monopólio jurídico para a propositura destas ações) de todas as ações civis em defesa de interesses sociais coletivos ou difusos.

De qualquer forma, fica clara a atuação do legislador e dos próprios constituintes, no sentido de criar um órgão “desvinculado” de qualquer dos poderes, conferindo a ele um papel fundamental na tutela de direitos, órgão esse que viria a ser conhecido, como o é, como “defensor da sociedade”, instrumento que forneceu ao Estado mais um caminho, dado que o Ministério Público é estatal, de controle sobre o indivíduo.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 delineou um novo perfil institucional ao Ministério Público, definindo-o como “*Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (artigo 127) (BRASIL, 1988, grifo nosso). Definiu a sua unidade, indivisibilidade e independência funcional.

Este novo perfil marca a especificidade do Ministério Público brasileiro que, ao contrário de outros ministérios públicos nacionais, adaptou-se e incorporou a tutela do que se chamou de Direito Social. Este se caracteriza por sua estruturação feita a partir de um novo padrão ou paradigma de racionalidade jurídica. Procurou-se, talvez como justificativa para tantos papéis atribuídos ao Ministério Público, associá-lo à ideia de promoção da justiça distributiva em oposição a um princípio de justiça corretiva, predominante na lógica jurídica liberal, tomando-se o direito social cada vez mais como um direito dos interesses de grupos sociais, orientado para a correção das desigualdades.

As atribuições constitucionais do Ministério Público, ampliadas pela legislação ordinária posterior, ensejaram o seu crescente ativismo judicial. Atua nas mais diversas áreas e tutela o cidadão no exercício de seus direitos, embora pretenda garantir o acesso à justiça de forma mais barata e eficaz. O seu papel guarda estreita relação com as características do Direito Social, na medida em que o fundamento de intervenção do Promotor de Justiça, no âmbito do aparelho judicial, é o de defensor direto dos interesses sociais. “Encarna” a figura do tutor da vontade ou quem guarda a discricionariedade de escolher, em nome do cidadão, o que deve ou não ser submetido ao poder judiciário. A partir da legislação ordinária, o Ministério Público passou a intervir em relações cada vez mais pertinentes à vida privada,

como no caso do direito da infância e juventude e das relações de consumo. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069/90 e o Código de Consumidor, Lei n. 8.078/90, colocam o Promotor de Justiça como um guardião dos interesses do hipossuficiente, o incapaz, em particular a criança e os adolescentes carentes.

Também o Código do Consumidor, através dos princípios da transparência, do justo equilíbrio, da vedação das cláusulas contratuais abusivas e da proibição da onerosidade excessiva, procura, sob a tutela do Ministério Público, estabelecer um equilíbrio concreto nas relações entre consumidores e comerciantes, atuando também na tutela de direitos de outros grupos considerados socialmente mais fracos e, por tal motivo, considerados pelo Estado como merecedores de proteção especial, como, por exemplo, os deficientes físicos, acidentados, idosos, mutuários, inquilinos, analfabetos, dentre outros. Aliás, quando o texto constitucional afirma que “o Estado proverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII)” (BRASIL, 1988), realçando a importância da inserção do direito do consumidor dentre os direitos fundamentais, e edita uma lei regulando a matéria e dando atribuições ao Ministério Público para promover essa defesa, evidencia a natureza estatal do órgão. Cabe ainda salientar que:

[...] o Ministério Público, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, ampliou o âmbito de sua atuação funcional para além dos limites de sua atividade perante o Poder Judiciário. Ao ampliar os limites e extensão do inquérito civil, de sua atuação de fiscalização e promoção dos interesses sociais, o Promotor de Justiça passou a ter importante papel como instituição mediadora dos conflitos e interesses sociais. A sua tarefa institucional ampliou-se no plano da realização de acordos, promoção da efetiva implementação da justiça social através do seu envolvimento direto (a não apenas através dos autos do processo) com os problemas sociais (MACEDO JÚNIOR, 1999).

Novamente, o Ministério Público parecia estar acompanhando o paradigma institucional dominante, isto é, a defesa dos interesses sociais que afluíam em todos os sistemas jurídicos ocidentais. No entanto, a conclusão não é tão simples, pois o Ministério Público brasileiro tem traços peculiares e únicos, e tal defesa não deixa de constituir uma tutela do Estado na vida e direitos do indivíduo. Fica a critério do Ministério Público, muitas vezes, a definição do que é ou deixa de ser importante para a vida do cidadão ou da comunidade. O próprio acesso à justiça, pelo menos na amostra com a qual trabalhamos, referente ao acesso à saúde de crianças e adolescentes, universalizado pela Constituição Federal, ocorre com maior chance de êxito quando feita através do Ministério Público, que já detém estrutura para tanto e presta tal serviço de forma gratuita.

No curso desses vinte e seis anos, a sociedade brasileira testemunhou um processo de transmutação em alguns dos mais tradicionais institutos do Direito Privado. O elevado conteúdo social embutido na Constituição Federal promulgada em 1988, mitigou em muito no Brasil a clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, sujeitando, em tese, o princípio da autonomia da vontade – e os institutos jurídicos derivados – à realização do bem-estar coletivo. Esse fenômeno vem sendo identificado como constitucionalização do direito privado, fato que deixa claro uma maior permissividade para que o texto constitucional se ocupe com temas que dizem respeito à esfera da vida privada do indivíduo, constituindo, tal situação, uma “porta aberta” ao controle, ou melhor, a um maior controle do Estado sobre a vida de cada um. Segundo Melo (2007):

Por suas características supostamente singulares, a Constituição brasileira tem sido apontada como um dos elementos determinantes do (mau) funcionamento das instituições no país. É lugar comum na discussão da agenda pública brasileira referências ao seu impacto sobre a qualidade da democracia no país. Dentre as características frequentemente apontadas estão sua extensão e grau de detalhamento, os quais afetariam de forma relevante o funcionamento do sistema político brasileiro. Sartori cunhou o termo *constitucional graphomania* para designar a tendência das constituições promulgadas após a segunda guerra mundial a serem detalhadas e minuciosas e cita explicitamente o caso brasileiro como exemplo de patologia institucional. Seu vaticínio é efetivamente pessimista: a hiperconstitucionalização traria os germes de sua própria destruição ao criar incentivos para a violação de regras constitucionais.

Ao analisar a Constituição Federal de 1988, o autor percebe que, no texto magno, existem não somente regras sobre o jogo institucional, mas também regras relativas às políticas públicas, e que essa hiperconstitucionalização é fruto da tentativa de desmontar o Estado intervencionista que norteava a formulação das políticas no governo militar. Esta hiperconstitucionalização no Brasil tem um impacto difuso que produz certa ineficiência no aparelho estatal, permitindo que minorias exerçam alguma influência, pois é grande o rol de atores habilitados a ajuizar Adin (Ações Diretas de Inconstitucionalidade), o que pode, em nome de uma maior “participação”, provocar até uma paralisia no processo decisório. Por isso a razão para a elevada taxa de emendamento encontrada na Constituição Federal de 1988, que apresenta uma baixa rigidez constitucional.

A democratização social brasileira, com o seu modelo hiperconstitucionalizante, veio confirmar a crescente tentativa de grupos sociais tradicionalmente alijados dos benefícios e recursos públicos, de *converterem interesses em direitos*. E tem sido ela que, ao se encontrar pela primeira vez com as instituições da democracia política, tem promovido um processo de incorporação de todos à cidadania, inclusive a “ralé de quatro séculos”, na expressão de Maria

Silvia de Carvalho Franco. O atual Estado democrático de direito tem tido êxito onde falharam o Império, a Primeira República, o liberalismo da Segunda República, o estatismo-orgânico dos regimes autoritários.

A Constituição, é certo, conferiu direitos. A tais direitos, entretanto, contrapõem-se os limites da efetividade estatal em garantir o “acesso” concedido aos que, até então, se encontravam à margem do processo social, viabilizando o acesso a direitos básicos, como saúde e educação. Criou, entretanto, os instrumentos para fazer valer tais direitos sob o seu controle, dando ênfase, numa composição formal de Estado ao novo papel do Ministério Público, que passa a atuar na tutela dos interesses dessa sociedade.

A democracia política é o campo, por excelência, em que a física dos interesses pode livremente se expressar e em que se efetiva o processo de socialização para uma cidadania ativa. O seu papel civilizatório reside, então, em propiciar a passagem do interesse individual egoísta para o interesse bem compreendido, o qual supõe a deliberação e a agregação de vontade, traduzindo-se na intenção de criar o direito como obra continuada de todos. Desde sempre, soube-se no Brasil que triunfar sobre a fragmentação e a ausência de solidariedade social dependia de uma construção política. Mas o que nunca havia sido experimentado de fato foi a maior concessão de liberdade política no contexto de uma institucionalidade democrática. Estender a ela, como se deu a partir da Carta de 1988, o acesso aos procedimentos que levam à elaboração das leis e mesmo ao controle da sua produção, permitindo-lhes combinar as ações da sua vida associativa com os seus órgãos de representação, vem se apresentando como um caminho inédito, em que a república se recriasse por baixo, para alguns, enraizada nos interesses e expectativas de direitos do que até agora foi o limbo do Brasil.

O Ministério Público no Brasil apresenta uma série de peculiaridades em relação aos congêneres pelo mundo. Na maior parte dos países, como por exemplo nos Estados Unidos, o Ministério Público apresenta-se mais ligado à persecução criminal, assim como sempre esteve e ainda está no Brasil, embora tenha, com a Constituição de 1988, alargado o seu rol de atribuições.

Rogério Arantes (2002) sustenta que desde 1988 temos vivenciado o desenvolvimento do que chama subsistema jurídico, em que novas leis promulgadas orientam-se pela ideia da proteção de direitos coletivos e difusos e reforçam o papel do Ministério Público. Assim, a Constituição de 1988, pródiga em direitos, e que a tudo constitucionalizou, ensejou o surgimento de grupos de interesse organizados demandando solução de conflitos coletivos,

facilitando o que se configurou chamar de ativismo judicial a partir do qual juízes e membros da Instituição passaram a ocupar, de forma destacada, a cena política brasileira, invadindo em diversas situações, a área de atuação dos demais poderes sem qualquer espécie de limitação formal.

A compreensão do papel do Ministério Público na Constituinte de 1988 e os desdobramentos que as atribuições a ele concedidas pelo texto constitucional trouxeram em termos de tutela de direitos e, conseqüente, de ativismo judicial, requer uma pequena digressão histórica da evolução da Instituição. De acordo com Ronaldo Porto Macedo Júnior (1999), o Ministério Público:

[...] é certamente uma das instituições brasileiras que tem apresentado maior grau de plasticidade e mudança no Brasil desde a descoberta. No âmbito das instituições que formam o Aparelho Judicial, tal observação parece ser ainda mais verdadeira. Em que pese as profundas alterações sofridas pelo Judiciário brasileiro desde a descoberta até hoje, o Judiciário ainda é o Judiciário, isto é, uma esfera do poder estatal responsável pela interpretação e aplicação da lei. O Judiciário ainda é um “Poder do Estado”. A mesma observação pode ser feita com relação à Polícia (MACEDO JÚNIOR, 1999).

Surge a questão de onde situaríamos o Ministério Público a partir de tal abordagem:

O Ministério Público, portanto, surge historicamente com o advento da separação dos poderes do Estado Moderno. Por tal motivo, a sua proximidade mais direta é com os “*advocats e procureurs du roi*” criados no século XIV na França. Os advogados do rei (“*advocats du Roi*”) foram criados no século XIV e tinham atribuições exclusivamente cíveis. Os procuradores do rei (“*procureurs du Roi*”) surgem com a organização das primeiras monarquias e, ao lado de suas funções de defesa do fisco, tinham função de natureza criminal. O Ministério Público francês nasceu da fusão destas duas instituições, unidas pela idéia básica de defender os interesses do Soberano que representava os interesses do próprio Estado (TORNAGHI, 1978, grifos do autor).

Valer ressaltar ainda que os promotores e procuradores souberam se organizar de forma eficiente, todavia, surge a questão: se várias instituições fizeram *lobby*, por que justamente o Ministério Público conseguiu ampliar mais suas atribuições? Tentando responder a essa questão, Kerche (2003) aponta alguns fatores que influenciaram a atual estrutura da instituição. Primeiramente, ele aponta o *lobby* da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). Como demonstrado, esse fator seria uma condição necessária, mas não suficiente, visto que outros grupos também fizeram *lobby* e não conseguiram adquirir os privilégios do Ministério Público. Sendo assim, Kerche (2003) formula a hipótese de aprovação do atual modelo de Ministério Público baseado em dois aspectos. Por um lado, a Conamp mostrou uma organização bastante eficiente, “oferecendo aos constituintes uma

proposta em forma de texto constitucional [...] e desenvolveu um trabalho de acompanhamento junto às discussões constituintes (*lobby*) que se mostrou eficaz” (KERCHE, 2003).

Por outro lado, a própria conjuntura política da época com o fim do período autoritário e o sentimento de democratização implicou no fortalecimento das instituições responsáveis pela transparência do Estado. Assim, “houve relativa facilidade para esse *lobby* operar ‘vendendo’ aos constituintes a ideia da importância da criação de um agente não-político partidário – responsável pela defesa dos interesses da sociedade” (KERCHE, 2003).

Dessa forma, pode-se observar que, na Constituição de 1988, nenhuma instituição estatal saiu tão fortalecida e prestigiada como o Ministério Público, em relação aos textos constitucionais anteriores. O texto fundamental de 1988 proporcionou ao Ministério Público um tratamento constitucional de riqueza inédita, em termos de abrangência e densidade normativa, seja sob o prisma da organização e da autonomia da instituição em relação aos Poderes de Estado, seja sob o estatuto básico das garantias e das atribuições dos seus órgãos de atuação, conferindo-lhe tão grande poder que torna-se difícil, hoje, “localizar” o Ministério Público na estrutura do Estado brasileiro, ficando a ele atribuído, por muitos, o papel de “quarto poder”.

CAPÍTULO 2: JUDICIALIZAÇÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO: GÊNESE E PROCESSO

2.1 VISÕES SOBRE O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

O fenômeno da judicialização tem sido abordado por inúmeros teóricos do direito e do processo de constitucionalização contemporânea. Tal tendência é interpretada de diversas formas. Para alguns, significa o fim da política no seu sentido clássico. Para outros, ela expressa o fortalecimento do direito e da política e uma reação à juridificação passiva e burocratizada desencadeada pelo núcleo administrativo do *Welfare*. Como pano de fundo contextual e ambiente mobilizador dos conflitos em torno do papel do direito na democracia contemporânea, temos um já quase secular processo de democratização, que mobiliza tanto adesões quanto reações, algumas destas já tornadas clássicas, pois, como se sabe, o processo de democratização é ambivalente e expressa dois movimentos.

Na perspectiva tocquevilleana tem-se uma democratização referida de alguma forma como um processo que possui um conteúdo democrático *ativo* e libertário de luta pela igualdade, mesmo que posto como ameaça à liberdade. Mas na visão weberiana existe uma acentuação do seu conteúdo *passivo* e a democratização é vista como fundamentalmente organizada e mobilizada pelas burocracias do Estado racional legal em busca de ampliação, nivelamento e incorporação de clientelas. Nesse texto, ao nos referirmos ao processo de democratização, estamos assumindo que ele, de fato, apresenta essa ambivalência: ao mesmo tempo em que ele se manifesta como processo social e político libertário, caracterizado por uma luta contínua pela igualdade e pela participação ativa no sistema político, também expressa uma tendência da sociedade civil a se situar como objeto passivo do Estado interventor.

O fato é que a democracia não passou imune ao processo de democratização e, no centro dessas transformações, o direito passou crescentemente a se situar como uma espécie de nova moralidade social capaz de influenciar os termos decisivos dessa relação. Os padrões de relações entre democracia, direito e democratização estão na base da retomada de um ideal republicano renovado e do processo de judicialização como fenômeno que situa a centralidade do direito como uma manifestação de uma profunda transformação na ordem social das democracias contemporâneas. Resenhar as principais visões sobre esse fenômeno é o objetivo dos próximos itens.

Cabem aqui, entretanto, algumas referências sobre como esse processo vem sendo interpretado por alguns dos estudiosos que vêm se dedicando ao estudo do tema. Basicamente, eles tratam a evolução do direito a partir de duas grandes vertentes de evolução.

A *Civil Law* é considerada como a mais abrangente, importante e antiga tradição do direito. É a estrutura sobre a qual se funda, basicamente, o nosso direito, preso à sua principal fonte que é a lei escrita, em contraposição à *Common Law*, que é uma estrutura mais utilizada por países de origem anglo-saxônica como Estados Unidos e Inglaterra, embora algumas características dessa estrutura já estejam incorporadas à nossa estrutura jurídica, como as súmulas de tribunais e as próprias súmulas vinculantes, no sistema de precedentes. Nos países da *Common Law*, o Direito se baseia mais na Jurisprudência, qual seja, o conjunto de interpretações das normas do direito proferidas pelo Poder Judiciário, que também existe como estrutura permanente nesses países, mas a principal fonte do direito são os costumes, cristalizados no entendimento dos tribunais.

Em que pese a tradição da *Civil Law* haver recebido contribuições nacionais específicas, que se cristalizaram nos sistemas jurídicos nacionais, trata-se de um sistema que mantém suas especificidades na forma de estruturar, formular, mobilizar e interpretar a lei. Na perspectiva de Merryman (1985), “essa homogeneidade se mantém porque uma tradição legal não é apenas um conjunto de regras sobre contratos, corporações e crimes, embora elas também reflitam o caráter dessa tradição legal”.

Mais do que isso, trata-se de um conjunto de atitudes profundamente enraizado em valores e historicamente condicionado sobre a natureza da lei e do seu papel em relação à sociedade e ao sistema político, assim como sobre a própria operação e organização do sistema legal, definindo o entendimento público sobre a forma como a lei deve ser feita, aplicada, aperfeiçoada e mesmo pensada. E dentre as particularidades da tradição representada pela *Civil Law*, está o fato desse conjunto de valores, crenças e comportamentos diante da lei ser autorreferente, pensada como um sistema de lei superior às demais e referida pela sua antiguidade, transparência e coerência interna, que perante seus tutelados faz dela uma forma de expressão jurídica superior à *Common Law*, esta referida como uma tradição caótica, desorganizada e subdesenvolvida de estrutura jurídica.

Apesar dessa imagem, Merryman (1985) observa que a *Civil Law* é um compósito de várias tradições de origens distintas e desenvolvidas em diferentes períodos da história. A primeira sub-tradição, a mais importante e antiga, e que referencia a própria imagem de superioridade da *Civil Law*, inicia-se com o Código de Justiniano, representado

posteriormente como um corpo coeso de leis e códigos do direito romano, embora se trate de compilações do direito romano realizado por Justiniano, que tinha como objetivo unificar e tornar coerente, sob a tutela centralizada do imperador, a sucessão de leis, comentários e tratados desenvolvidos pelos jurisconsultos romanos.

Apesar da parte referente à lei civil ser a que comumente desperta o interesse dos estudiosos, o Código de Justiniano não se restringia a ela, incluindo muitas das leis de organização do império e do papel do imperador nesse processo, caracterizando as questões que os juristas definem como pertinentes à lei pública. De uma forma ou de outra, versões menos sofisticadas do direito romano, particularmente a sua parte civil, foram aplicadas pelos invasores germânicos. Assim, a fusão da tradição legal germânica com a tradição legal e institucional romana se difundiu pelo mediterrâneo europeu, representando o que os juristas denominam de uma espécie de vertente vulgarizada e barbarizada do direito romano. Mas convém observar que esse movimento deitou raízes na Europa continental, permitindo que, mais tarde, os Comentadores dispusessem de espaço social e tradição institucional para reinterpretar e legitimar o direito romano durante o Renascimento.

Um marco histórico importante foi o estudo e sistematização do *Corpus Juris Civilis* pelos Comentadores a partir de Bolonha, que se tomou um centro irradiador da tradição da “sagrada legislação” para toda a Europa. Pode-se afirmar que a representação que se desenvolveu a respeito da lei civil romana se formou a partir da interpretação dessa escola. Talvez a sua forte difusão se vincule ao momento político vivenciado no Renascimento. Em um contexto de centralização política e de emergência do Estado nacional, era conveniente afirmar um direito considerado superior frente às legislações vigentes nas guildas, cidades e condados, formuladas a partir de autoridades e príncipes locais. Com a decadência do Sacro Império, o *jus commune* também declina, mas alguns de seus princípios foram recepcionados pelas legislações nacionais, que permaneceu mais forte nos países de tradição da lei civil romana. Essa é uma das principais razões para as diferenças que se observa nos direitos nacionais da tradição romana. E apesar da tendência dominante ser a de tentar glorificar os sistemas nacionais de direito durante a nacionalização dos códigos – a exemplo da França, em que, após a Revolução, fez-se um grande esforço para incluir as instituições costumeiras no processo de codificação da nova ordem legal centralizada que se implantava – de uma forma ou de outra, o desenvolvimento dos sistemas legais da tradição da *Civil Law* da Europa continental se constituíram também a partir da incorporação da lei civil Romana através da *jus commune* às leis tradicionais de cada país, consubstanciada nos códigos nacionais.

A segunda sub-tradição foi a lei canônica da Igreja Católica Romana, enquanto corpo próprio de leis desenvolvidos para a sua própria governabilidade e para regular as obrigações de seus tutelados. Segundo Merryman (1985), representou a lei universal do domínio espiritual sob a autoridade papal, com suas cortes eclesiásticas próprias, embora no sistema medieval as jurisdições fossem sobrepostas, com a autoridade eclesiásticas exercendo o papel de administrador civil, principalmente nos assuntos familiares. Essa característica de sobreposição territorial de jurisdições foi um dos traços do período feudal até a consolidação dos Estados nacionais.

A Revolução política e intelectual, que se inicia no século XVIII como marco histórico que veio imprimir um formato específico à *Civil Law*, não tinha nada que apontasse para uma tendência à autonomização. Esse processo veio modificar os padrões longamente estruturados sobre a forma de pensar o Governo e o Estado, a economia e os indivíduos. Essas transformações foram as principais fontes do que se denomina hoje como leis públicas na tradição civil, com implicações diretas sobre os procedimentos administrativos e a organização legal vigente nos Estados. A revolução desencadeou um processo de secularização da lei civil, tornando-a laica e antirreligiosa, princípios que se consubstanciaram através da Declaração Americana de Independência e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assegurando direitos naturais de crença, propriedade e vida.

Dessa forma, rompeu com os princípios remanescentes do feudalismo que asseguravam status e privilégios públicos a certos estamentos sociais. No âmbito político-institucional, essas ideias se expressaram através da afirmação do princípio da separação dos poderes, consubstanciado principalmente nos trabalhos de Montesquieu. Mas na sua matriz revolucionária, a separação dos poderes na Revolução Francesa foi pensada como uma forma de evitar a penetração do Judiciário – constituído por uma aristocracia judiciária referida como aliada da aristocracia tradicional – sobre as funções dos outros dois poderes, visto que as funções de formulação e aplicação da lei se confundiam na antiga tradição. Portanto, preocupação bastante distinta da que orientou a institucionalização do Judiciário na Revolução Americana, que objetivava justamente insular este Poder das demandas sociais e dos “poderes políticos” – Executivo e Legislativo – através do sistema de pesos e contrapesos incorporado na sua engenharia institucional. As opções dos revolucionários franceses eram orientadas pela supremacia da razão e da autonomia do homem como entidade auto-construída, expressando e impulsionando um processo de secularização que romperia definitivamente com os parâmetros legais e hierárquicos existentes.

Assim, no âmbito institucional, a engenharia republicana objetivava incorporar os imperativos de liberdade e igualdade civil e objetivava, primariamente, a emancipação dos vínculos da tradição feudal e com tudo que isso significasse. Na esfera privada, como muitas das instituições feudais ainda sobreviviam na Europa, mantendo-se as assimetrias e injustiças sociais inerentes a esse sistema, a revolução intelectual nos países incorporados pela tradição civil impulsionou um direito fortemente orientado para os direitos do homem e da sua propriedade, com especial ênfase na propriedade privada e no contrato. Além disso, a glorificação secular do Estado atingiu também os fundamentos sócio institucionais dos privilégios legais e sociais de todos os corpos e corporações intermediárias existentes.

Posto isso, é possível afirmarmos que democratização e judicialização não se confundem, mas se articulam no esvaziamento de um direito centrado na supremacia do Estado como único agente formulador e executor da lei. Partindo-se do pressuposto de que qualquer interpretação do direito traz em si alguma medida de criatividade por partes dos juízes, o verdadeiro problema que se coloca é o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais, ressaltando-se que certo grau de criatividade não deve ser confundido com total liberdade de intérprete.

A perspectiva de Merryman (1985) acerca do processo de judicialização no âmbito da *Civil Law* é a de que há uma modificação nos fundamentos originais dessa tradição, que se manifesta através do rompimento com algumas ideias, principalmente, como a noção de um sistema legal habitado apenas pelo Estado e pelo indivíduo, uma supremacia incontestável do Legislativo, o estreito papel atribuído ao Judiciário, a supremacia legal e absoluta do Estado enquanto estrutura de ordenamento jurídico com a centralidade do código enquanto lugar de uma lei coerente e transparente. Essa transformação hoje é simbolizada, principalmente, pelo declínio do código civil, pelo crescimento da importância da constituição e pelo crescimento do federalismo como referência supranacional da lei. Internamente, há a instauração e validação de microsistemas de lei que diferem ideologicamente do código e são incompatíveis com ele.

Classicamente, o código tratou as leis do trabalho como a base de um contrato entre dois indivíduos exercendo seus direitos livremente, mas a realidade dos contratos de trabalho hoje é outra. Estes são firmados entre indivíduos e grande corporações, envolvendo questões novas e não familiares ao código, tais como o bem-estar e a segurança dos trabalhadores, questões envolvendo produtividade industrial, regulação dos negócios corporativos, etc. As novas regulações trazem para dentro do universo jurídico, escolhas sociais antes não

contempladas pelo código. Mais do que isso, também apontam para a substituição de uma legislação formulada a partir da reflexão do juiz num ambiente de consensos possíveis por um processo em que se impõe a força dos acordos específicos entre interesses especiais com a mediação de especialista, que assumem um papel dominante na formulação da lei na arena legislativa. Esse tipo de fundação legislativa tem derogado crescentemente tópicos do código, que em confronto com a heterogeneidade e pluralidade desse processo, tem a sua coerência formal diluída. Acrescente-se a isso a crescente autonomia e importância do Executivo e do Judiciário no moderno sistema de bem-estar, rompendo definitivamente com a tradicional distinção entre leis, decretos e sentenças. Assim, as próprias Constituições se transformam em *locus* de novos direitos sociais, rompendo com sua função original de receptáculo e estruturação do arcabouço político-institucional do Estado.

Hoje há evidências empíricas de que o processo de judicialização vem de fato se manifestando como uma tendência generalizada nas democracias ocidentais. Tate e Vallinder (1995) identificam várias causas contemporâneas que têm estimulado esse processo, algumas de caráter bastante geral. Dentre estas, a queda da União Soviética e a afirmação dos padrões jurídico institucionais americanos se apresentam como fatores dos mais proeminentes. Estreitamente conectado a estes, situa-se o processo de democratização que vem ocorrendo na América Latina, Ásia e África. Mas, ao lado dos fatores internacionais, vêm atuando tendências mais antigas, como a tradicional desconfiança em relação aos políticos, muito bem ilustrado pelo exemplo italiano, em que o Judiciário foi ator fundamental no desmonte das redes de corrupção e de negócios obscuros que gravitavam em torno da Máfia. Também na Europa, manifestam-se sintomas profundos e enraizados do processo de judicialização: na França e Alemanha legisladores e executivos modificam rotineiramente suas políticas antecipando as reações das cortes, e mesmo nos países membros da Comunidade Europeia há uma tendência a alterar decisões e procedimentos de política doméstica em função das decisões assumidas pela Corte da Comunidade Europeia.

Tate e Vallinder (1995) identificam aí uma dramática expansão do Poder Judiciário e de seus princípios pelo mundo, difundidos inclusive em arenas não judiciais. Estas passam a assumir procedimentos e normas vigentes nas esferas deste Poder, moldando padrões de negociações entre atores e induzindo a uma transmutação em valores e signos que orientam a sociabilidade coletiva em espaços que antes seriam insuspeitos de qualquer formalização jurídica.

A influência do Judiciário sobre esferas não circunscritas pelo universo jurídico tem açambarcado tanto as áreas tipicamente administrativas do Executivo quanto do Legislativo. Vallinder (1995) considera que:

[...] a judicialização é um processo estranho aos princípios originais da democracia, baseada que é em decisões tomadas por uma assembleia popularmente eleita, orientada pelo princípio majoritário e exercida em debates livres entre iguais e sem constrangimentos externos.

Reconhece, entretanto, que os limites entre os procedimentos flexíveis e politizados do Legislativo e a rigidez interpretativa de um Judiciário que buscaria apenas a solução correta não têm sido tão claros quanto os fundadores da doutrina da separação de poderes gostariam. A rigor, o papel original do Judiciário seria o de garantir os direitos dos cidadãos, as denominadas liberdades negativas. E ao Legislativo caberia assegurar os direitos segundo o princípio da maioria, algumas vezes apoiando processos e iniciativas que asseguram a ampliação dessas liberdades, a denominada liberdade positiva. Porém, o quadro atual está bastante modificado. Hoje se difunde a prática da barganha a portas fechadas entre o juiz e os partidos e, cada vez mais, o Judiciário produz leis através da jurisprudência difusa que se forma a partir dessas interações. Deste modo, é crescente o poder discricionário que é atribuído ao juiz e aos membros do Ministério Público, que, muitas vezes, a partir de critérios subjetivos com roupagem legal, levam ao Judiciário demandas de ordem política, sobrepondo-se a ação dos indivíduos, do Legislativo e dos partidos políticos.

Tem-se observado, dessa forma, nos últimos tempos, o desenvolvimento de um processo de judicialização da política no Brasil. Consequência disso é uma ampliação do poder do Judiciário em relação aos demais poderes. Para melhor compreensão do assunto, faz-se necessária uma abordagem dos motivos que levaram à expansão do poder judicial, bem como uma análise das condições para a efetivação desse fenômeno e uma avaliação das suas consequências para a democracia brasileira.

Essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a crescente participação do Judiciário nos processos decisórios. Apesar da assimetria existente entre os poderes, o Judiciário, como o dono da “última palavra” vem ocupando um lugar estratégico no controle dos demais, principalmente do Executivo, sendo o bastante para que se comprove tal afirmação, que se examine as prerrogativas do controle de constitucionalidade exercidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no período posterior à promulgação da Constituição de 1988, que favoreceu sobremaneira, o processo.

A extensão dos dispositivos que foram constitucionalizados em 1988 é, talvez, um passo para o entendimento do crescente processo de judicialização. Quanto maior a quantidade de matérias elencadas pela Constituição, que até de juro tratou, maior a possibilidade de uma norma ir de encontro a alguma previsão constitucional e maiores as chances de intervenção do Judiciário. Assim a judicialização da política não é fato isolado. As relações sociais, de alguma forma, têm sido levadas ao Judiciário, o que decorre da função por este exercida, de guardião da Constituição, notadamente por intermédio do STF, a quem compete interpretar a legislação conforme a Carta Constitucional, dando efetividade aos direitos fundamentais previstos neste diploma.

A própria Constituição de 1988 alargou as possibilidades de acesso à justiça. Quando o artigo 5º, XXXV, declara que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (BRASIL, 1988, grifo nosso), vem possibilitar o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados, o que amplia o direito de acesso ao Judiciário, antes mesmo da concretização da lesão.

Outra via alargada no caminho da judicialização foi a ampliação quase ilimitada das funções do Ministério Público, o que facilita o acesso à justiça em todos os níveis e em todos os assuntos, pois, como tratamos aqui, o Ministério Público está apto a intervir em todas as esferas da sociedade, seja estatal ou privada, direito individual ou coletivo, determinado ou difuso. Essa ampliação dos poderes do Ministério Público aumentou as possibilidades de fazê-lo figurar no polo ativo de demandas, aumentando o seu ativismo judicial em todas as esferas de atuação da sociedade, incrementando o processo de judicialização. Essa atuação, no nosso entender questionável, é tida como demonstração maior de prática democrática.

Outro fator que favorece o processo de judicialização é a ampliação de agentes legitimados a propor Adin, que o texto de 1988 ampliou para nove. Para Werneck e colaboradores (1999):

O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta, como se viu no final da introdução, de se ter adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma “comunidade de interpretes”, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por antigas instituições.

Assim, a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade acaba por impor ao Judiciário um crescente número de demandas, sem que o Poder tenha sido aparelhado para tanto. Hoje, decorridos 27 anos da promulgação da Constituição de 1988, ante a falência do

Poder Judiciário, em muito devido à situação aqui, o Estado brasileiro vem buscando mecanismos que proporcionem o seu desafogamento, como o incentivo a mediação e arbitragem, ou seja, a solução extrajudicial de conflitos. Tais mecanismos vêm sendo introduzidos ao longo do tempo e vão desaguar no novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, incentivando tais mecanismos.

A defasagem, entretanto é muito grande. O texto constitucional alargou e praticamente incentivou a solução judicial de conflitos, a denominada judicialização, e, seguramente, incentivada pela nossa cultura, que prefere entregar a terceiros a solução dos seus conflitos. Encontrando esses “terceiros” à fartura para essa tarefa, os tribunais ficaram abarrotados e os ditos conflitos, em boa parte das vezes, não chegam a uma solução. A legislação excessiva e arcaica é mais um ponto que contribui com a ineficiência do Judiciário, que, nesse ponto, é vítima da atuação do Legislativo e Executivo na produção das leis.

Isso teve como resultado que, de acordo com números obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em maio de 2015 havia no país 95 milhões de processos ativos, número que indica que cerca da metade da população brasileira tem um processo ajuizado. Enquanto no ano anterior o STF apreciou 125 mil processos, a Suprema Corte americana julgou 135 casos. Essa situação dá ideia da defasagem que vivemos ao contemplar o amplo acesso à justiça, inclusive e principalmente através do Ministério Público, sem o devido aparelhamento do Judiciário para atender tal demanda, o que resulta na não efetivação, na prática, da tutela jurisdicional, fator contrário aos princípios democráticos que a Constituição de 1988 tanto cultivou.

Desta forma, muito em decorrência das falhas no Poder Legislativo e do aumento dos legitimados a propor Ações Diretas de Inconstitucionalidade, os Tribunais Superiores têm recebido um grande número dessas ações, e, em muitas das situações, em que é declarada a inconstitucionalidade, resta um vazio legislativo que acaba sendo “preenchido” pelo Judiciário, circunstância que acaba por constituir o cerne da dita judicialização.

Podem-se articular essas tendências gerais com um dos elementos originais do republicanismo cívico que veio situar a Constituição e o Legislativo como marcos da comunidade nacional no âmbito do liberalismo posterior.

O desenvolvimento do direito positivo através do processo de codificação, demandando a unificação de inúmeros estatutos das tradições anteriores no âmbito de um sistema coerente e hierárquico de regras e normas, requisitou a presença de atores não

previstos no enredo original, pelos menos no papel que lhes seria reservado. As atividades de formulação e interpretação dos estatutos, crescentemente, exigiram a presença de intérpretes e codificadores jurídicos e ajudaram a ampliar, por consequência, o acesso à justiça. Essa tendência se aprofundou na medida em que a complexidade social da vida contemporânea foi se acentuando e reduzindo a original transparência das legislações.

Noutro quadrante, o Executivo não cumpre a lei e obriga o cidadão ou o próprio Ministério Público a propor junto ao Judiciário o cumprimento do que assegura a Constituição Federal ou a própria lei, desobedecida. Segue outra quantidade grande de demandas que sobrecarregam este Poder e conferem a esse a última palavra, em atos que normalmente deveriam ser do próprio Executivo.

Nesses casos se enquadram as demandas do hipertrofiado Ministério Público, atuando em todas as áreas do universo social, inclusive, na defesa de direitos individuais, como o direito à saúde, que ilustra o presente trabalho.

2.2 FORMA DE ATUAÇÃO JUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Uma reflexão acerca dos motivos que tornaram necessárias, ou melhor, deram lugar e incentivaram a atuação do Ministério Público na tutela do direito individual, tomando como exemplo o direito à saúde, se faz necessária. O tema é justificável em função do crescente posicionamento doutrinário, segundo o qual o Ministério Público possui legitimidade para a defesa de direitos individuais, dentre os quais o direito à saúde, independentemente da situação social do titular do direito. Numa concepção ampliada, temos que o Ministério Público é Estado, e como tal, acaba por constituir mais um meio deste tutelar o indivíduo e continuar intervindo no social.

São duas as formas básicas de atuação ministerial, a administrativa ou extrajudicial e a judicial. Em relação a esta última, temos o Ministério Público atuando como *custos legis* e a sua atuação como parte. No que toca à atuação judicial como parte, tomamos como amostra e ilustração do poder de tutela do Ministério Público, como órgão de Estado, a atividade que visa defender o direito individual mais elementar, qual seja, o direito à saúde, e, conseqüentemente, à vida de crianças e adolescentes. Ante o crescente descumprimento, pelo Poder Executivo estatal, das normas legais e constitucionais, cresce o protagonismo e a importância do papel do Ministério Público na tutela de direitos individuais.

Algumas das prerrogativas do Ministério Público como órgão autônomo, na feição atual, são anteriores à Constituição de 1988. Podemos tomar como exemplo o Código de Processo Civil de 1973, que deu atribuições a esta Instituição para atuar em todas as causas em que houvesse interesse público – situação, que, segundo Arantes (2002), já demonstra o início do afastamento do órgão do Poder Executivo.

Entretanto, é ainda na década 1980 que a Instituição sofre as modificações mais importantes. Destaca-se, neste sentido, a Lei n. 6938/81, que tratou da política nacional de meio ambiente e incluiu novos instrumentos processuais que deram legitimidade ao Ministério Público para proposição de ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Assim, mediante mudanças legislativas, ao longo das duas últimas décadas, o Ministério Público veio acumulando novas e importantes atribuições, dentre as quais se destaca a promoção da ação civil pública. Por intermédio desse instrumento, esta Instituição tem a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para promover a defesa de direitos transindividuais, recentemente instituídos por lei e mais conhecidos como direitos *difusos* e *coletivos*.

De uma forma geral, o debate jurídico tem enfatizado não só a novidade da normatização legal e constitucional desses direitos, mas também o fato de representarem uma nova categoria dentro do ordenamento jurídico tradicional, de matriz liberal e princípios de organização essencialmente individualistas.

Na verdade, mais do que uma renovação de atribuições do Ministério Público, pode-se dizer que, a partir da década de 1980, começou a se construir no Brasil uma nova arena judicial de solução de conflitos que até então não tinham acesso ao sistema de justiça. O Ministério Público deixou de atuar como apêndice do Poder Executivo, fazendo com que suas ações fossem tidas como do próprio governo, e passou a agir como um órgão independente.

Além disso, obteve a importante função de fiscalizar o cumprimento das leis e os próprios políticos, passando a fazer parte da sua alçada a função de representante da sociedade. Ou seja, foram garantidos papéis importantes ao Ministério Público dentro do cenário político nacional, os quais podem ser exercidos de maneira autônoma.

A atribuição ministerial para a defesa do direito individual à saúde funda-se, basicamente, no artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe que incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses individuais indisponíveis, conforme já tratado

anteriormente, quando nos referimos à retórica legitimadora do Ministério Público como substituto processual. O direito à saúde é direito individual indisponível, um direito natural constitucionalizado conforme o artigo 6º, *caput*, da nossa Carta Magna, dentre os direitos sociais, como consequência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto logo no início da Constituição Federal, em seu artigo 1º, III (BRASIL, 1988).

Desta forma, conforme discutido no capítulo no qual tratamos da retórica legitimadora do Ministério Público como substituto processual, temos que cabe ao Ministério Público a tutela, que não deixa de ser estatal, do direito individual à saúde.

Fundamentado exclusivamente no texto constitucional, pode o Ministério Público, independentemente da qualidade do titular do direito, como substituto processual, instaurar procedimentos administrativos que busquem garantir o direito individual à saúde. Da mesma forma, a atribuição para intervir e acompanhar processos judiciais em que é discutido o direito individual à saúde decorre diretamente da norma constitucional. Isso, entretanto, não é o bastante para a tutela por parte do Ministério Público a direitos individuais. Necessário se torna a existência de lei ordinária atribuindo-lhe legitimidade processual. E o Estado, através do Poder Legislativo, procurou atender a essa “necessidade” estrutural, editando leis no sentido de facilitar a atribuição da tutela estatal de direitos individuais. Dessa forma, o Ministério Público possui legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis da criança e do adolescente em função do disposto no artigo 201, VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros.

O principal mecanismo para tal atuação do Ministério Público, entretanto, é também anterior à Constituição de 1988, como já mencionado na abordagem sobre a evolução das atribuições da instituição. Trata-se da ação civil pública, que é um instrumento jurídico que permite a representação, junto ao Judiciário, de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Inovação importante da Lei n. 7347/85, que regula a ação civil pública é a instituição da *responsabilidade objetiva*, pouco comum no direito brasileiro. Juridicamente, a responsabilidade objetiva torna desnecessária a demonstração do elemento subjetivo presente no ato lesivo ao interesse difuso ou coletivo. Isto é, basta que seja comprovada a relação de causalidade entre a ação e o dano para que o réu seja condenado a repará-lo, sem que se precise demonstrar a existência subjetiva da culpa. A Lei n. 7347/85 prevê ainda a *inversão do ônus da prova* – cabe ao réu provar que não incorreu em erro – e a *irrelevância da licitude da atividade* – o responsável terá que responder por danos causados a direitos coletivos, mesmo que sua atividade conte com a aprovação dos órgãos públicos competentes. Os

institutos são inéditos em se tratando da ação do Ministério Público ao qual cabia, até então, a prova dos fatos por ele levados a Juízo.

Além de se utilizarem da ação civil pública para fiscalizar o cumprimento da lei, os promotores e procuradores de Justiça passaram a fazer isso de forma independente em relação aos políticos, o que representa uma grande diferença em relação à esfera de atuação anterior do órgão. Ademais, esse instrumento foi ampliado de forma considerável para todos os interesses difusos e coletivos, garantindo um alto grau de autonomia ao Ministério Público brasileiro após a Constituição de 1988 e possibilitando, de forma considerável, o protagonismo do órgão.

Além da autonomia funcional, foi garantida, também, a autonomia administrativa, que consiste da possibilidade de o Ministério Público, apenas subordinado à lei, praticar os atos próprios de gestão administrativa da instituição. Embora não tenha sido assegurada de forma expressa a autonomia financeira, o Ministério Público tem a capacidade de elaborar sua proposta orçamentária, dentro dos limites definidos por lei específica, de gerir e aplicar os recursos destinados à instituição e de administrar o emprego das dotações orçamentárias (MAZZILLI, 2001).

Além do Ministério Público, também a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações existentes há pelo menos um ano com objetivos de defesa do meio ambiente, do consumidor ou do patrimônio histórico e cultural, podem lançar mão de tal mecanismo. Por este motivo, pode-se afirmar que o Ministério Público detém uma legitimidade concorrente, mas não exclusiva no que se refere à ação civil pública. Mesmo não sendo monopólio do Ministério Público, como é a ação penal, a instituição tem aparecido como o agente privilegiado para utilizá-la.

A criação desse instrumento ocorreu em 1981, com a Política Nacional do Meio Ambiente e foi incrementada durante quase toda a década de 1980. Em 1985, “a Lei 7347 regulamentou com precisão esse novo tipo de ação [...] definindo seu objeto, o foro competente, a legitimação para utilizá-la, as atribuições do Ministério Público etc.” (ARANTES, 1997).

Mas, cabe insistir, foi a Constituição de 1988 que ampliou o número de questões que poderiam ser levadas a juízo através desse mecanismo, incumbindo o Ministério Público de

promover a ação civil pública para a proteção da sociedade no que diz respeito aos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

Consolidou-se, dessa maneira, o desenho institucional do Ministério Público, realizado pela Constituição Federal de 1988, como órgão de defesa da sociedade. Assim, na área cível a instituição se caracteriza primordialmente pela atuação judicial como parte na tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em Juízo, já que se trata de atuação com grande repercussão na sociedade. Na defesa judicial de direitos individuais indisponíveis, a atuação institucional deveria ser basicamente como *custos legis*, zelando para que os interesses sejam respeitados, e não como parte. Apenas excepcionalmente o Ministério Público atuaria na condição de parte (substituto processual) nas hipóteses de defesa de direito individual indisponível, quando existe expressa previsão legal atribuindo legitimidade, como é o caso do direito à saúde, principalmente o assegurado à infância e juventude, que tomamos como mostra empírica.

O alargamento sem limites da atribuição do Ministério Público para a defesa destes direitos tem ensejado um desvirtuamento do modelo institucional previsto na Constituição Federal. Diante do atual quadro, parece haver maiores perspectivas de reforço que de limitação do ativismo judicial do Ministério Público. Tal ativismo é de interesse do Estado que o retroalimenta, através da ação tuteladora do órgão, oferecendo motivos para a sua atuação e para o seu ativismo judicial. Neste sentido, parece paradoxal refletirmos que existe uma estrutura estatal, o Ministério Público, que é mantida para tutelar, além de outros direitos individuais (caso que tratamos) desrespeitados pela própria omissão ou descumprimento, por parte do Estado, de comando constitucional ou legal, editado pelo próprio Estado.

Alternativamente, caso o este cumprisse os mandamentos constitucionais e legais por ele editados, poderia prescindir de uma estrutura tão complexa como forma de controle, e, se eventualmente, algum desses direitos individuais – o direito à saúde por exemplo – fosse desatendido pela esfera estatal, o indivíduo poderia diretamente reivindicar o seu cumprimento, acionando ele mesmo o Poder Judiciário, sem a necessidade de um substituto processual intermediando a sua vontade ou tutelando o seu direito.

A aplicação do Direito perpassa obrigatoriamente pelas determinações contidas na Carta Constitucional de 1988, por ser ela o início e o fim de todo o nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, eleva a dignidade da pessoa humana à posição de fundamento do Estado Democrático de Direito, estabelecendo que qualquer ação estatal deverá ter como objetivo precípua o tratamento digno e igualitário dos próprios semelhantes

(BRASIL, 1988). Destarte, pode-se afirmar que a finalidade do princípio da dignidade humana é assegurar a proteção contra o arbítrio do poder estatal e implementar o desenvolvimento da personalidade humana por meio de condições mínimas de vida com dignidade. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, prevê a inviolabilidade do direito à vida, consolidando-o como um dos direitos fundamentais do homem (BRASIL, 1988).

Segundo Canotilho (2006), o direito à vida, inserido no contexto dos direitos fundamentais, tais como os demais, traz as prerrogativas de imprescritibilidade, pela qual não se perde pelo decurso do prazo, inalienabilidade, ou seja, inexistência de possibilidade de transferência, irrenunciabilidade, inviolabilidade, que seria a impossibilidade de desrespeito, a universalidade que é a acessibilidade por todos os indivíduos, a efetividade, segundo a qual o Poder Público deve atuar para garantir a sua implantação, e a indivisibilidade, ou seja, não deve ser analisado isoladamente. O Direito à Saúde, configurando-se corolário do Direito à Vida, fora, pelo legislador Constitucional, elevado ao patamar de Direito Social, tutelando a prestação pelo Estado de um sistema de saúde inclusivo, capaz de garantir o acesso digno universal ao sistema de saúde nacional, preservando-se, desta forma, o princípio norteador de todo o sistema jurídico, qual seja, o já aludido princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Brasileira tutelou esse bem jurídico essencial por meio de previsão expressa nos artigos 196 a 200 (BRASIL, 1988), podendo-se constatar que o direito à vida, à saúde e à dignidade humana devem prevalecer, ainda que em detrimento de gastos públicos, já que configuram meio de resguardo de bens jurídicos essenciais para um regular convivência social entre os homens. O direito à saúde foi universalizado através do Sistema Único de Saúde (SUS), mas o Estado não se aparelhou para prestá-lo de forma adequada e imediata, mesmo decorridos 26 anos da promulgação da Carta de 1988. Houve a opção por investir na ampliação de poderes do Ministério Público, para que ele exija, seletivamente, perante o Judiciário, que o Estado cumpra a sua obrigação constitucional e, alternativamente, reforçar a estrutura das Procuradorias, para tentar se omitir ou adiar ao máximo o cumprimento de tal obrigação.

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (artigo 5º, caput e artigo 196) (BRASIL, 1988), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, deve prevalecer uma só e possível opção: aquela que privilegia a esfera normativa do respeito indeclinável à vida e à saúde humana. Os artigos 196 e 227 da Constituição Federal de 1988 inibem a omissão do ente público (União, Estados,

Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento (BRASIL, 1988).

Constitui função institucional, atribuída pela própria Carta de 1988, ao Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a cumprir a lei e prestar o necessário atendimento à saúde do indivíduo, atendimento esse que deveria ser prestado naturalmente, sem qualquer intermediação ou tutela (BRASIL, 1988).

O Estado, ao negar a proteção necessária ao indivíduo, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida.

E as demandas são postas para a decisão do Judiciário, em que reina a máxima segundo a qual não há juiz sem autor, ou seja, a jurisdição é inerte, age somente se provocada. Com isso, o próprio Estado criou instituições para o exercício do que chamou de *funções essenciais da justiça*, que consistem naquelas “atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal” (SILVA, 1993), em virtude de sua natureza estática. Estas funções, tais como a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, encontram-se descritas nos artigos 127 a 135 da Constituição de 1988, recebendo destaque a presença do Ministério Público, colocado como instituição de garantia e efetivação de direitos, tutela da sociedade e, nos casos aqui tratados, do indivíduo, haja vista não precisar ser provocado para atuar em prol da concretização do que busca, principalmente no que diz respeito a direitos que exigem a atuação do Estado para efetivação. No caso da saúde, a título de exemplo, a falta de medicamentos, a insuficiência de leitos em hospitais, os custos dos tratamentos de alta complexidade e as deficiências nas políticas públicas se constituem como desafios e problemas sensíveis. Tais problemas, em virtude de sua forte associação ao direito à vida, primam por soluções céleres, o que amplia a relevância da atuação do Ministério Público nessa seara, de defesa de direito individual, frente ao Estado.

Tal arquitetura faz com que o Judiciário, como já abordado anteriormente, se ocupe de uma quantidade de demandas superior à sua capacidade, o que torna morosa e ineficaz, de modo geral, a sua atuação, uma vez que o Ministério Público, titular da maior parte das demandas, pouco faz além do ajuizamento dela, na esfera civil, pelo menos.

2.3 ESSÊNCIA DA RETÓRICA LEGITIMADORA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O debate teórico acerca do Ministério Público no Brasil ainda é incipiente. Inicialmente, a preocupação da literatura é explicar os fatores que motivaram a autonomização do Ministério Público. O debate se divide basicamente em duas correntes explicativas: a primeira defende que há argumentos endógenos, ou seja, o que possibilitou essa autonomização foram dispositivos legais construídos de dentro para fora do Ministério Público. Outra diz que há os argumentos que apontam para a existência de interesses fora da institucionalidade – exógenos – do Ministério Público no processo que acarretou o aumento da autonomia da instituição.

Para a primeira explicação, os integrantes do Ministério Público, detentores de um “voluntarismo” político, perseguiram a reconstrução da instituição. Segundo Arantes (1997): “a observação da atuação do Ministério Público revela que setores dentro da instituição têm se dedicado enfaticamente à sua transformação em instrumento de luta pela construção de cidadania”.

A hipótese assumida por Arantes (1997) é de que a reconstrução institucional do Ministério Público deu-se de forma endógena, ou seja, as mudanças ocorridas foram motivadas intencionalmente pelos seus próprios integrantes. E é exatamente para destacar essa dimensão endógena que o autor se utiliza da noção de voluntarismo político, mostrando que o êxito do Ministério Público no que se refere à conquista de autonomia frente aos outros Poderes do Estado é resultado da ação consciente e deliberada dos próprios integrantes da instituição.

Vale ressaltar que os atores não agem em um vácuo institucional. Arantes (2002) destaca que a interferência ambiental e a inter-relação entre os agentes envolvidos são importantes para o quadro explicativo. O foco nas origens endógenas da reconstrução institucional é mais uma opção metodológica do que uma negação da importância dessas dimensões. O autor admite que grande parte das mudanças obtidas pelo Ministério Público foi fruto de alterações legislativas e constitucionais, destacando, assim, o papel dos poderes Executivo e Legislativo. Todavia, defende que, mesmo tendo se efetivado na esfera política, tais mudanças nasceram de sugestões e pressões da própria instituição.

Podemos afirmar, de qualquer forma, que a retórica legitimadora do Ministério Público como substituto processual possui como fonte original a própria Constituição Federal, que, ao delinear as suas funções, atribuiu-lhe tal papel, talvez como mais uma forma de controle a ser exercida pelo Estado, a do “direito individual tutelado”. Segundo prescreve o artigo 129,

inciso II, da citada Carta, cabe ao Ministério Público, dentre outras coisas, zelar pelo respeito “[...] aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Na busca da legitimação como substituto processual para agir, nas questões relativas à saúde, em nome de crianças e adolescentes, informa o legislador constitucional, no seu artigo 227, caput, que:

É dever da família da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

A interpretação conjunta dos dois dispositivos evidencia, de modo claro, que os direitos e garantias assegurados pelo legislador constituinte são alvo da proteção ministerial, que possui legitimação extraordinária, conferida diretamente pela vontade constituinte, para que sejam resguardados tais direitos. Dentre estes direitos, estão os direitos da criança e do adolescente à vida, à saúde e a educação, como direitos fundamentais indiscutíveis.

Ainda na linha da legitimação, poder-se-ia indagar a quem seriam oponíveis tais direitos. A resposta a esta pergunta é dada pelo legislador ordinário: a família, a sociedade e o Estado. Em outras palavras, todos são responsáveis, no que se refere à proteção dos interesses e direitos da criança e do adolescente. Fica claro que é função não só do Estado e da família, mas também da sociedade, aí incluídas as pessoas jurídicas privadas, as entidades não governamentais, ou seja, toda a sociedade civil que esteja inserida no contexto de vida da criança e do adolescente, cabendo a todos, a implementação e o respeito aos direitos da criança.

Cabe acrescentar como contraponto a essa lógica que, embora todos sejam responsáveis, no caso do direito básico à saúde, quem deve atender é o Estado, que se omite de cumprir a lei. A família e a sociedade, quando podem atuar, vão buscar sanar esta omissão apelando ao Poder Judiciário, devidamente tutelados pelo Ministério Público. Nesse sentido, lembra Josiane Veronese (1997) que:

[...] a propositura de ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente não será somente interposta contra o Estado, mas também contra empresas e indivíduos que estejam descumprindo os direitos assegurados àqueles, tanto os previstos na Constituição Federal quanto na lei específica.

O Ministério Público se legitima também no âmbito infraconstitucional, na esfera da lei ordinária, podendo afirmar que a situação de Direito Fundamental, dada aos direitos da

criança e do adolescente, volta a ser reafirmada no artigo 4º da Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que repete o mesmo texto do dispositivo constitucional, acrescido e reforçado pelo conceito da proteção integral da criança e do adolescente, previsto no artigo 3º, da mesma Lei (BRASIL, 1990). Antes da sua publicação, entretanto, o Estado, através do Ministério Público, não possuía legitimidade para a tutela destes direitos – o que demonstra que não bastava a previsão constitucional –, incumbindo ao Ministério Público a defesa de direitos individuais indisponíveis para que este estivesse legitimado como substituto processual.

Existe uma diferença entre a previsão constitucional de atribuição do dever de defesa destes direitos e a atribuição de legitimação processual para a tutela destes direitos, por lei ordinária de cunho processual, em situações específicas. A análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, como um todo, reforça a referida norma constitucional (artigo 227, caput), seja quando cuida dos seus direitos fundamentais (direito à vida e à saúde, à liberdade, ao respeito e à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, ao esporte e ao lazer, à profissionalização e à proteção ao trabalho), seja quando cuida de seus interesses individuais. Tem-se ainda o que afirma o artigo 201, inciso VIII, do ECA, repetindo comando constitucional, que compete ao Ministério Público, “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis” (BRASIL, 1990a).

Da leitura do mencionado dispositivo, percebe-se, extirpe de dúvidas, tratar-se de um desdobramento do já citado artigo 129, II, da Constituição Federal, em que fica patente que o Ministério Público poderá ajuizar quaisquer ações que entender necessárias para defender os interesses garantidos pela lei às crianças e aos adolescentes. Nesse sentido, importa ainda ressaltar que o próprio ECA traz disposição expressa sobre a matéria por ora suscitada, no mesmo artigo 201, porém no seu inciso V, quando diz que o Ministério Público poderá, “promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteger os interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal” (BRASIL, 1990a). Aqui percebe-se que os interesses individuais não estão fora da esfera de defesa do Ministério Público, mas sim, abrangidas por esta. Poder-se-ia perguntar se são todos os interesses individuais que estão sob a proteção ministerial. Nesse sentido, a maioria da doutrina sustenta, com a necessária propriedade, que a linha divisória dessa proteção não está nem na condição financeira dos protegidos nem na

situação estritamente individual do direito tutelado, mas na natureza jurídica desse direito protegido. Destarte, como afirma Hugo Nigro Mazzilli (1997):

[...] é na relevância social do pedido e/ou interesse tutelado que se definirá a viabilidade da atuação ministerial. Assim, quando na defesa dos interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos, fica patente sempre a possibilidade de intervenção ministerial, não havendo dúvidas quanto a isso, sendo que “na defesa dos interesses apenas individuais, raramente se justificará a iniciativa ou a intervenção da instituição, que poderá ocorrer quando a questão diga respeito a saúde, educação ou outras matérias indisponíveis ou de grande relevância social. Assim, tanto é problema do promotor de Justiça zelar pelo acesso à educação de centenas ou milhares de menores, como de uma única criança.”.

Isto posto, tanto é atribuição institucional do promotor de Justiça o respeito ao direito à saúde de centenas ou milhares de crianças, como de uma só. Tal afirmação nos leva a concluir que existe uma carga discricionária na atuação do Ministério Público. A variação de opiniões, mesmo com amparo da lei, pode variar entre promotores de justiça, isso é inerente à espécie humana. A Constituição de 1988 forneceu todo o arcabouço de legitimação para o ativismo judicial do Ministério Público, no exercício da sua função de substituto processual. Isto, aliado à crescente necessidade de se recorrer a ele ante a omissão do Estado e pelo fato de considerarmos normal ou termos uma tendência a aceitar que este nos presta favor e que podemos confiar, pois temos quem “toma conta” das nossas necessidades. O andamento do processo amplia a sua margem de atuação com para além da retórica, durante o seu efetivo desdobramento.

O que existe de fato é um emaranhado legislativo que faz com que o Estado possa se utilizar na tentativa de não prestar o atendimento individual a que está obrigado a fazer, e inclusive, argumentam os seus agentes que, não obstante Ministério Público detenha legitimidade para a defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, nenhuma destas hipóteses afigura-se no caso da defesa de um direito individual como a busca pelo atendimento à saúde. Defendem que esse direito seria do interessado, indivíduo com pretensão de receber atendimento à saúde a ser prestado pelo Estado e afirmam que o Ministério Público age como representante do interesse privado de um indivíduo e não como substituto processual. Em hipóteses tais, a incompetência do Ministério Público seria flagrante, visto que se trata de interesse individual. Desta forma, argumenta o Estado, ao furtar-se da sua obrigação, que o direito de ação deveria ser exercido por Ação Ordinária e através da Defensoria Pública, que, diga-se de passagem, possui uma estrutura muito menor que a do Ministério Público.

Na pequena amostra que se segue pode-se avaliar a estrutura montada pelo Estado para não cumprir a sua obrigação constitucional.

2.4 AS DEBILIDADES DA POLÍTICA DE SAÚDE E O ESPAÇO JURÍDICO E INSTITUCIONAL DO ATIVISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ao longo da história, a saúde não ficou excluída da ideia difundida pela nossa tradição patrimonialista e de proteção abrangente devida ao Estado. Segundo Asensi (2010, grifo do autor):

No estudo da trajetória dos sentidos que a saúde adquiriu no Brasil, é possível identificar três concepções que emergiram ao longo da história: no Império e na República Velha (até início da década de 30 do século XX), a saúde se apresentava como uma verdadeira benesse do Estado, notadamente marcada por relações patrimonialistas de poder que a caracterizavam como um *favor* do Estado à população. Não havia qualquer instrumento jurídico-legal que garantisse a universalidade deste direito, sendo concentrada no Estado a possibilidade e a discricionariedade de realizar ações em saúde em benefício de uns em detrimento de outros. Diante desse cenário, a saúde é vista como um *favor*.

A afirmação dá a ideia de como o Estado tratou o mais elementar dos direitos do indivíduo, por implicar, esse, no próprio direito à vida. O tempo passou e as formas mudaram, mas a essência da prestação desse direito continua a mesma. Hoje existe uma instituição estatal, com poderes bastante ampliados em 1988, que é o intermediário entre o indivíduo e o Estado de tal prestação.

Desta forma, a Constituição de 1988, pródiga em direitos, como já afirmado anteriormente, conferiu ao Estado atribuições que, decorridos 26 anos, este não demonstra ter condições de atender de forma natural e, sim, com a intervenção do Poder Judiciário, através da ação tuteladora do Ministério Público, também largamente ampliada pelo referido texto constitucional. O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser uma definição apropriada de direitos humanos, que, implementadas, proporcionam ao indivíduo condições plenas para o exercício da cidadania.

A Carta de 1988, inspirada na noção de direitos humanos, cuja ideia tem origem no conceito filosófico de direitos naturais atribuídos por Deus, elevou à condição de direitos fundamentais os direitos da criança e do adolescente. Dentre estes direitos, se colocam os

direitos à vida, à saúde e a educação como direitos fundamentais indiscutíveis oponíveis à família, à sociedade e ao Estado. Ou seja, de responsabilidade de todos, situação reafirmada pelo ECA (Lei n. 8069/90).

A Constituição dotou o princípio da igualdade de direitos, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico (BRASIL, 1988). Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações, mostrando-nos que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, ou ainda que o princípio da isonomia protege certas finalidades, o que, de resto, não é uma particularidade do tema em estudo, mas de todo o direito, que há de ser examinado sempre à luz da teleologia que o informa, somente sendo ferido quando não se encontra a serviço de uma finalidade própria, escolhida pelo direito.

Esta eleva a dignidade da pessoa humana à posição de fundamento do Estado Democrático de Direito, estabelecendo que qualquer ação estatal deverá ter como objetivo precípuo o tratamento digno e igualitário de todos e prevê, no seu artigo 5º, a inviolabilidade do direito à vida, considerando um dos direitos fundamentais do homem (BRASIL, 1988). O direito à saúde constitui, desta forma, corolário do direito à vida, tendo sido também tutelado pela Constituição Federal, cabendo ao poder público a tarefa de efetivar o acesso à saúde, assegurando o exercício desse direito que, em relação à criança e ao adolescente, deve atender aos princípios da proteção integral e prioridade absolutas. A Carta Magna, portanto, deferiu à criança e ao adolescente um status fundamental e superior, como forma de protegê-los de qualquer ameaça ou violação.

É grande a quantidade de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, através da Promotoria da Infância e da Juventude, junto à 1ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Salvador. Estas visam obter do Estado atendimento de saúde para crianças e adolescentes, o qual deveria ser prestado de forma natural e não coercitiva. Entretanto, a Constituição da República de 1988 prevê, no artigo 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). O artigo 227 da Constituição Federal juntamente com o art. 4º caput e parágrafo único do ECA impõem ao Estado o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida e à

saúde, dentre outros, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, crueldade e opressão.

É preciso destacar, ainda, a prioridade que a lei assegura à criança e ao adolescente quanto à primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, bem como precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, orientações que solidificam o princípio da prioridade absoluta consagrado no âmbito do direito da infância e da juventude.

O Ministério Público é o instrumento de relevância no processo, uma vez que os casos tratados no presente trabalho dizem respeito, em última análise, ao direito à vida, incorporado pela Constituição Federal, mas negado pelo Estado, ainda que de forma indireta, quando este deixa de prestar atendimento médico. Assim, fica caracterizado que, nas situações em que se omite o Estado, não só está negando à criança o direito à saúde, como à própria vida. Esta situação demonstra a relevância do estudo do tema, posto que, a partir deste, pode-se avaliar até que ponto e por que motivos o Poder Executivo deixa de assegurar o direito à saúde e, conseqüentemente, à própria vida, tarefa que lhe é atribuída por lei, fazendo-o, entretanto coercitivamente, após determinação do Poder Judiciário.

A totalidade das ações da amostra foram ajuizadas contra o Estado da Bahia ou o Município de Salvador, a critério do Ministério Público. Os três entes federados podem figurar no polo passivo da ação, uma vez que o direito à saúde, operacionalizado através do SUS é universalizado pela Constituição, entretanto, as ações propostas contra a União o são perante a Justiça Federal. A dinâmica do processo se constrói a partir de alguém que tem o seu direito à saúde assegurado pela Constituição e, nos casos em exame, com a prioridade que preconiza a lei, não atendido pelo Estado. O indivíduo, atingido pela ineficiência estatal, aciona o Judiciário na busca da solução de um problema que não deveria existir: o livre acesso ao sistema de saúde. Esse indivíduo que, pela previsão constitucional e legal, deveria ter, normalmente, o atendimento prestado, passa a depender de um órgão que se legitima a tutelar um direito individual seu, o Ministério Público, e busca, através do Poder Judiciário, fazer valer um direito seu ante o Estado.

O Ministério Público busca se legitimar na função afirmando que a compreensão da sua legitimidade para pleitear em nome do indivíduo apresenta-se de modo definitivo e claro, a partir da análise de fundamentos que, em geral, enumera. Cita a Constituição Federal, que no seu artigo 129, inciso II, falando sobre as funções institucionais do Ministério Público, que a ele cabe “*Zelar pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos*

direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Ou seja, fica claro que o Ministério Público poderá, na defesa dos interesses garantidos na Constituição, adotar as medidas que forem cabíveis para que os mesmos sejam respeitados. E que esta permite que o órgão intervenha tutelando um direito individual assegurado por ela.

Comentando este dispositivo, e de certa maneira colocando como “natural” a atuação do Ministério Público na “defesa” do indivíduo frente ao Estado, descumpridor da lei, o constitucionalista Alexandre Moraes (2005) afirma que:

Ademais, além de garantidor e fiscalizador da Separação dos Poderes, o legislador constituinte conferiu ao Ministério Público funções de resguardar o status constitucional dos indivíduos, armando-o de garantias que possibilitassem o exercício daquelas e a defesa destes. Portanto, garantir ao indivíduo a fruição total de todos os seus status constitucionais, por desejo do próprio legislador constituinte, que em determinado momento histórico, entendeu fortalecer a Instituição, dando-lhe independência e autonomia, e a causa social para defender e proteger é também função do Ministério Público, juntamente com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Como normalmente os casos aqui tratados envolvem risco à vida da criança, geralmente é concedida uma medida liminar, determinando que o Estado cumpra a lei e efetive o atendimento pretendido, o que normalmente ocorre. O Estado, entretanto, recorre por meio de todas as formas processualmente admitidas, dispendendo recursos financeiros para tanto, até o julgamento final da demanda, mesmo prevendo que sairá derrotado e a liminar concedida, será confirmada.

Na democracia, regime das leis, torna-se necessário, para fazer valê-las, que o cidadão busque a tutela do seu direito por um órgão criado para tanto – o Ministério Público – para que o Poder Judiciário diga que a lei deve ser cumprida. E isso tendo como amostra de referência o mais elementar dos direitos, ou seja, o direito à saúde, e conseqüentemente, à vida.

Podemos concluir que a judicialização acaba por conduzir a uma situação, no mínimo paradoxal. Segundo Gisele Cittadino (1999):

“Se o Judiciário não tem correspondido às expectativas comunitárias”, o mesmo não se pode dizer da ampla comunidade de interpretes criada pela Constituição. A sociedade brasileira se encontra, do ponto de vista jurídico, inteiramente aparelhada de instrumentos processuais constitucionais para a defesa dos direitos fundamentais, individuais e coletivos.

Ou seja, a Constituição inflou o Ministério Público e legitimou outros agentes para a “defesa de direitos” sem dar o correspondente aparelhamento ao Poder Judiciário que, também corporativo e já ineficaz, se curva sob uma sobrecarga de demandas. De um modo geral, inclusive, a magistratura brasileira foi formada a partir de uma matriz liberal-positivista que pressupõe a atividade jurisdicional como a resolução de conflitos interindividuais se mostrando, portanto, em sua maioria, refratária à judicialização de conflitos coletivos. Atua ainda com uma visão superada, que imagina o direito como desprovido de valores, e, nessa medida, não concebe a possibilidade de interdisciplinariedade metodológica como necessária à cognição dos fenômenos reais. Encontra lastro nos valores da tradição bacharelesca, na medida em que ainda ostenta até a oratória ornamental, desprovida de vinculação com o real e que esvazia de eficácia o direito, como característica cultural importante. E, por fim, se apega aos aspectos formais em detrimento, muitas vezes, dos aspectos materiais do fenômeno jurídico, fatores esses que, dentro da estrutura deficiente do Judiciário, ajudam a manter a sua defasagem.

Os instrumentos constitucionais que propiciaram o crescimento da judicialização parecem ser uma mera satisfação que o constituinte quis dar à sociedade. Tornaram-se, por isso, instrumentos muitas vezes ineficazes, diante, principalmente, dos vícios estruturais já existentes na arquitetura do poder Judiciário, mantidos inalterados em 1988. Este fato fez com que o poder se colocasse em uma posição ultrapassada ante às possibilidades de demandar, conferidas à sociedade e aos poderes dados ao Ministério Público.

Nesse contexto, o Poder Judiciário passa a sofrer uma crítica pública, mediada pela opinião difusa de setores da sociedade que criticam o Poder por este não atender seu papel essencial, qual seja, garantir a efetividade dos direitos fundamentais, por não haver operado a transição do paradigma positivista para um paradigma em que o papel político dos tribunais é realçado, e por verem no Estado genericamente, e na má atuação do Judiciário especificamente, um entrave aos seus interesses, patente que se mostra na morosidade da solução de litígios e no alto custo operacional da atividade jurisdicional, fatores pouco observados pelo constituinte de 1988.

2.5 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO À SAÚDE

Neste item trazemos à discussão um exemplo de atuação do Ministério Público no que diz respeito a direitos individuais, demonstrando como a sociedade se tornou dependente da

atuação da instituição até mesmo na busca do mais elementar dos direitos, o direito à saúde e à vida e até que ponto a atuação da instituição, sua pouca responsividade e a inatingibilidade dos seus membros podem comprometer o regime democrático. Tomamos como exemplo as ações relativas à política de saúde, obrigação constitucional do Estado e certamente o mais básico dos direitos individuais, observando em termos gerais, a natureza da seletividade da atuação do órgão.

Assim, os anexos apresentados a seguir mostram a quantidade de Ações Civis Públicas, ajuizadas pelo Ministério Público, na 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador, para buscar do Estado (gênero), através do Poder Judiciário, a prestação do direito à saúde de crianças e adolescentes entre os anos de 2009 a 2013. Vale ressaltar que, embora se preste a outras finalidades, a Ação Civil Pública é manejada pelo Ministério Público, na Vara da Infância e Juventude de Salvador, com o objetivo de assegurar o acesso de crianças e adolescentes à saúde.

Hoje o processamento dessas ações ocorre de forma quase que “mecânica”, uma vez que não pode o Judiciário negar o mais básico dos direitos, que é o direito à saúde e, na maior parte dos casos, o direito à vida.

Ademais, nos termos do artigo 198, II da Constituição Federal de 1988 e artigo 6º, I da Lei 8080/90, o acesso à saúde deve ser integral, ou seja, impõe-se a garantia de tratamento até o nível de complexidade necessária para o atendimento dos usuários do SUS. Segundo Asensi (2010, grifo do autor):

O direito à saúde, em virtude do seu atributo de direito fundamental, recebeu a qualificação de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, possui força normativa suficiente para sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior para sua aplicação. O caráter pleno de eficácia de uma norma diz respeito à ideia de que, desde a entrada em vigor da Constituição, tais normas produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais relativos aos interesses, comportamentos e situações, que o constituinte direta e normativamente quis regular, sendo garantida a existência de um aparato jurídico-institucional para a sua efetivação. Neste contexto, atribuiu-se às ações e serviços de saúde o caráter de *relevância pública*, o que implica dizer que a alteração de tal preceito depende de amplo e rígido processo legislativo, o que cristaliza justamente sua relevância jurídica, política e social no ordenamento brasileiro. O direito à saúde ainda se constitui como *clausula pétrea* no âmbito constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, não pode ser excluído do resguardo que lhe foi alçado pela Carta Constitucional.

No conflito entre a lei e os princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana e integralidade da assistência à saúde) e, principalmente, entre a lei e a Justiça, prevalecem os princípios e a Justiça.

O reconhecimento de omissão do Estado no cumprimento de um dever constitucionalmente explícito e legalmente reconhecido (artigo 7º - em especial inciso II, da Lei n. 8.080/90) não significa qualquer interferência na discricionariedade administrativa.

O direito à saúde, embora definido no título da Ordem Social, está ligado e compõe o conjunto de direitos e garantias fundamentais (Título II), em especial os direitos à vida e à dignidade do viver, à dignidade da pessoa humana. Sua efetivação não está sujeita, apenas, a critérios (falíveis) estabelecidos de forma exclusiva pelo Estado-Executivo, dentro das noções de “seletividade” e “distributividade”, e, tampouco, restrita à rígida previsão orçamentária em rubrica específica.

Dessa forma, é vedado à Administração Pública impor qualquer tipo de restrição quanto à cobertura e atendimento na área da saúde, conclusão esta a que se chega não só da leitura isolada do artigo 194 da Constituição, mas levando-se em conta, também, a necessidade de interpretação sistemática que preserve os valores fundamentais da vida e da dignidade da pessoa humana.

Ante as falhas, omissões e abusos do Poder Público é necessária a atuação do Poder Judiciário, provocado pelo Ministério Público, para a correção de tais ações ou omissões. As situações relativas às ações que buscam assegurar o direito à saúde de crianças e adolescentes têm uma tramitação quase que mecânica. O Estado ou Município se omite à obrigação legal, o indivíduo prejudicado aciona o Judiciário através do Ministério Público, obtém uma liminar determinando que o ente público cumpra a lei; o Estado ou Município contestam, usando da mesma fundamentação em todas as ações; o Ministério Público é ouvido, agora na função de fiscal da lei (*custus legis*), opinando pela procedência do pedido e; a sentença judicial segue o mesmo caminho, a não ser quando há o óbito da criança, circunstância na qual o processo é extinto sem julgamento de mérito. Prolatada a sentença, normalmente o ente público recorre ao Tribunal de Justiça tentando reformá-la, o que não ocorre. Torna-se uma ação mecânica que mobiliza uma estrutura cara para um resultado conhecido.

As ações trazidas como amostra, ajuizadas entre os anos de 2009 e 2013, seguiram o caminho descrito acima, tornaram definitivas as liminares concedidas, valendo ressaltar que

tais liminares tinham por si só, caráter satisfativo. O Estado ou o Município não lograram sucesso, em grau de recurso, para reformar qualquer dos julgados.

O objeto da prestação jurisdicional faz com que o Ministério Público, como informa a Promotoria da Infância e da Juventude, aja de forma seletiva. Genericamente, os pedidos de medicamentos e exames são feitos ao Município, uma vez que esse pode agir de forma mais célere no atendimento de tais demandas. Situações mais complexas, que envolvem cirurgias ou mesmo transferência e internação hospitalar são requeridas ao Estado da Bahia que, segundo a Promotoria, possui melhores recursos para o atendimento de tais situações, embora a obrigação seja solidária e o acionado possa ser escolhido pelo Ministério Público, independentemente do assunto que o pedido envolve.

Podemos observar a evolução dos pedidos feitos através do ajuizamento de ações civis públicas, e a natureza deles no período pesquisado:

Tabela 1: Ajuizamento de ações civis públicas e sua natureza propostas contra o Estado da Bahia e Município de Salvador

Ano	Total	Contra o Estado	Contra o Município	Transferência hospitalar, tratamento e cirurgias	Medicamentos e exames	Óbitos
2009	30	19	11	16	14	2
2010	34	18	16	19	15	1
2011	57	36	21	34	23	4
2012	45	28	17	29	16	3
2013	52	31	21	30	22	2

Fonte: 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador.

Acerca da variação nos números, que é pequena mesmo se considerarmos o período de cinco anos, podemos afirmar a não ocorrência de mudança substancial na política de atendimento à saúde por parte do Estado ou Município, de forma a induzir o indivíduo a prescindir de um órgão estatal para ter acesso a ela. Trata-se da variação das próprias necessidades individuais da população e talvez do crescimento da atuação do Ministério Público nessa área.

É possível notar, entretanto, o crescimento da quantidade de ações propostas no período pesquisado, tendo esse número atingindo um ápice no ano de 2011, caindo um pouco em 2012 e voltando a crescer em 2013. Todavia, mantém-se, nesses anos, um aumento considerável, quando comparado ao ano de 2009.

É possível afirmarmos, entretanto, a partir dos dados obtidos, que é crescente a dependência do indivíduo e da sociedade em relação ao Ministério Público, em todos os campos da vida, a partir do exercício do mais básico dos direitos, que é o de acesso à saúde e à preservação da vida.

Tabela 2: Ações civis públicas propostas contra o Estado da Bahia e Município de Salvador

Ano	Estado	Município	Total	Óbitos
2009	19	11	30	2
2010	18	16	34	1
2011	36	21	57	4
2012	28	17	45	3
2013	31	21	52	2
Totais	132	86	218	12

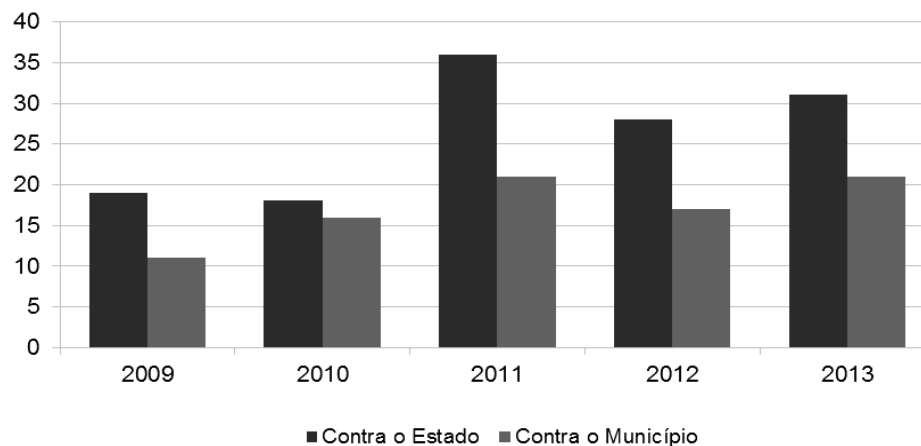
Fonte:

Gráfico 1: Total de ações civis públicas propostas contra o Estado da Bahia e Município de Salvador



Fonte: 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador.

Gráfico 2: Ações civis públicas propostas contra o Estado da Bahia e Município de Salvador (2009-2013)



Fonte: 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador.

Tabela 3: Natureza das ações

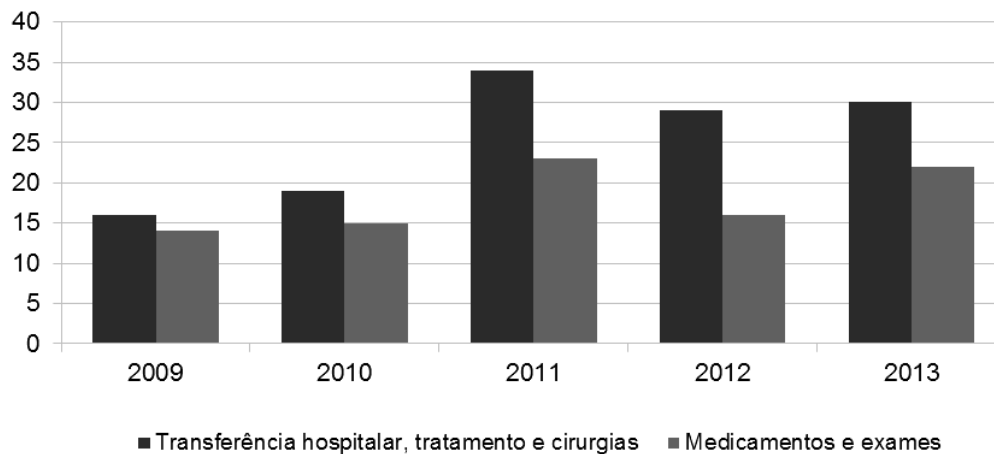
Ano	Hospitalização tratamento e cirurgias	Medicamentos e exames	Total
2009	16	14	30
2010	19	15	34
2011	34	23	57
2012	29	16	45
2013	30	22	52
Totais	128	90	218

Fonte: 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador.

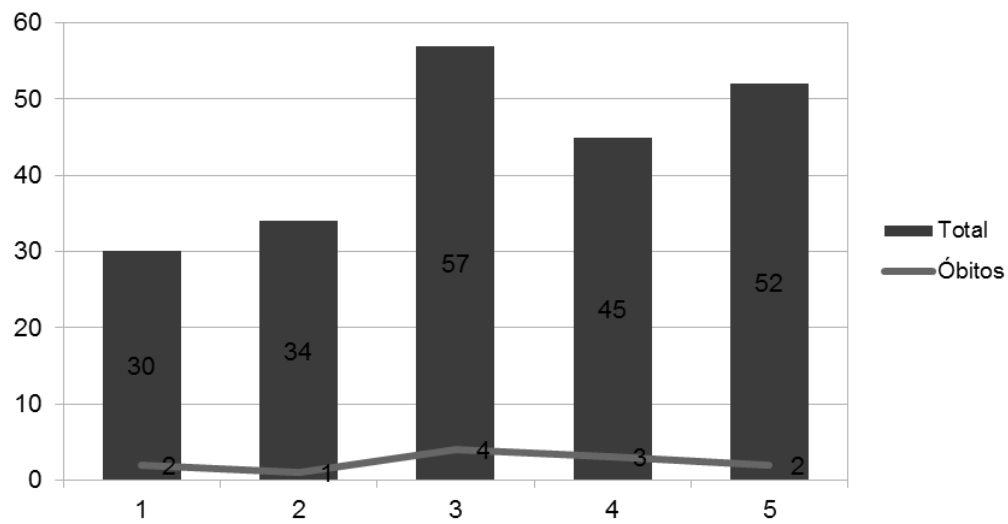
Gráfico 3: Natureza das ações (total)



Fonte: 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador.

Gráfico 4: Natureza das ações (2009-2013)

Fonte: 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador.

Gráfico 5: Óbitos em relação ao total

Fonte: 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador

CAPÍTULO 3: INTERVENCIONISMO ESTATAL E CORPORATIVISMO X INDIVÍDUO E DEMOCRACIA

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Nenhum aspecto dos sistemas jurídicos deve estar imune a críticas. Cada vez mais se pergunta como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas funcionam. É uma indagação que já produz inquietação em boa parte da sociedade. No entanto, a atuação dos tribunais e o papel por eles desempenhado em um regime democrático ainda é assunto pouco lembrado pela nossa Ciência Política. Não é difícil perceber, entretanto, que a atuação dos chamados “operadores do direito”, com destaque para o Ministério Público e para a magistratura, é fundamental para o processo político de um Estado democrático. Para Locke e Montesquieu a democracia é concebida como a expressão da soberania do povo e da capacidade do mesmo de legislar, sendo a criação do Poder Legislativo uma decorrência da impossibilidade do exercício da democracia direta. Talvez a “confusão” terminológica sobre a democracia resida na utilização moderna de um termo que tinha significação diferente na Grécia antiga, onde se originou.

Com frequência afirma-se que a “democracia está em crise”, o que talvez corresponda à realidade se tomarmos a democracia como valor e não como método de seleção de elites governantes. A afirmação decorre do fato de que as pessoas acreditam e lutam por ideais de liberdade e igualdade, valores normativos de uma democracia igualitária, que possuem, porém, grande carga de subjetividade e não podem ser assegurados pela ideia de democracia como método de seleção de dirigentes.

O que se apresenta, na prática, é a descrença na fórmula da representação política, com os representantes se mostrando cada vez mais distantes e alheios aos interesses e anseios da sociedade representada. Desta maneira, pode-se afirmar que o anseio por liberdade, igualdade e por uma sociedade mais justa não está em crise, e sim que os “representantes”, de modo geral, não comungam dos mesmos anseios. A Constituição de 1988, promulgada após um período de poder não legitimado eleitoralmente, reconhece a importância da participação popular, elencando em seus artigos 1º e 14º os alicerces para o desenvolvimento de uma democracia participativa (BRASIL, 1988), embora ciente da existência da impossibilidade de exercício direto do poder pelos cidadãos.

Feita esta ressalva, podemos afirmar que já em “A Democracia na América”, Tocqueville (2005) observa que o Poder Judiciário já ocupava um lugar de destaque na sociedade americana e sua influência estendia-se à ordem civil e ao sistema político. Às características que em todas as partes caracterizam a ação da Justiça, juntava-se, na América, o de exercer um controle indireto sobre os outros poderes por meio do atributo de interpretar a Constituição, dando a “palavra final” nas controvérsias que envolvam a matéria. Essa é uma das raízes do poder do Judiciário em um regime democrático, por ser o poder republicano que tende a se sobrepor aos demais, detentor que é da interpretação final acerca de qualquer assunto constitucional. Por esse princípio, nada pode ser excluído da sua apreciação, base jurídica e política da sua força e importância em uma democracia moderna. Por esse motivo, é pertinente observarmos a forma de seleção dos componentes da cúpula do Judiciário, principalmente os que são escolhidos por critérios meritocráticos, especialmente no contexto atual de judicialização da política.

Hoje nos distanciamos um pouco dessa prática. A aridez de quadros para a composição dos poderes e o protagonismo do Ministério Público fazem com todas as decisões acabem sendo tomadas pelo Poder Judiciário que, muitas vezes, invade competência exclusiva de outros poderes. Os atos de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público tendem a ser endossados pela sociedade e não sofrem restrições, independente da sua natureza.

O Ministério Público recebeu, assim, autonomia especial que lhe permite fiscalizar o cumprimento da lei e da Constituição. Tutelar ações relativas aos direitos fundamentais da pessoa, ao patrimônio público, ao meio ambiente e demais ações da sociedade. Para exercer tais funções, o Ministério Público não poderia estar vinculado a nenhum dos poderes constitucionais, especialmente porque sua função principal é fiscalizá-los. Embora o constituinte de 1987 e 1988 não tenha dito expressamente tratar-se o Ministério Público de um quarto poder, a análise sistêmica do texto assim o caracteriza ao conceder-lhe autonomia funcional de caráter especial. Qualquer tentativa de subordinar essa função de fiscalização típica do Ministério Público a qualquer outra função/poder significa reduzir-lhe os mecanismos de controle e encontra barreiras legais e até constitucionais, de onde se pode concluir, de forma lógica, os motivos da pouca responsividade do órgão.

Muitos dos que se apegam à ideia de que tudo que não é do Legislativo ou do Judiciário é do Executivo, são levados a admitir, contudo, que os membros do Ministério Público, como funcionários, estão sob regime especial, que não são funcionários comuns, pois possuem uma boa margem de discricionariedade e, quando atuam em nome do órgão, gozam de maior

independência e menor responsabilidade por integrarem um corpo autônomo. Seria o Ministério Público um quarto poder, não reconhecido oficialmente como tal.

3.2 CORPORATIVISMO E AUTORITARISMO

Raymundo Faoro (1997), em “Os Donos do Poder”, caracteriza a formação do Estado português como um modelo de Estado patrimonial na tentativa de explicar a origem de ideias e práticas políticas com as quais convivemos até os dias de hoje e atribuindo tais práticas, em muito, à influência do colonizador. O poder sempre esteve concentrado nas mãos de poucos desde a formação social e política do Brasil. Faoro (1997) conclui que o poder sempre foi exercido por meio do que chama de “*estamento burocrático*”, revelando a contradição com o processo de modernização do país, cujas bases são instituições “anacrônicas” e comandadas por este “estamento” – que se fundamenta num sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, que nem mesmo a pressão da ideologia liberal e democrática conseguiu quebrar, diluir ou desfazer.

O autor sustenta a ideia de que o patrimonialismo brasileiro tem fortes raízes em Portugal (FAORO, 1997). Não se deve, entretanto pensar no patrimonialismo brasileiro como uma mera transplantação do regime português. Não fosse por outras razões, temos o fato que ele só se tornou dominante no Brasil quando o país se tornou independente, já na era imperial. Em um ambiente em que a Igreja prometia salvar as almas e o Estado prometia salvar os homens, os cidadãos se habituaram a crer que deveriam ser auxiliados por algum tipo de autoridade política ou religiosa. Isso nos dá, em parte, os motivos pelos quais essa mentalidade cresceu e se revelou tão duradoura com o passar do tempo, embora não sirva de justificativa para fugirmos da responsabilidade pela opção de práticas políticas que infantilizam a sociedade e a colocam no caminho da servidão voluntária e involuntária, do Estado e dos governos.

Desse patrimonialismo, que é, de forma sumária, a inobservância dos limites entre o público e o privado, vieram outras ideias como a do Estado-pai, provedor, protetor e guia do indivíduo. E para assim funcionar intermediando o contato com a sociedade, o Estado cria organismos apropriados. Tal situação acabou por dar origem a um Estado corporativo, que cresce na chama da Era Vargas e acaba por ganhar uma espécie de “existência legal” em 1988, a pretexto de combater o chamado “entulho autoritário” herdado da ditadura militar.

A ideia de Estado forte, centralizador, que combate a autonomia e o particularismo, parece habitar o nosso inconsciente, talvez em função da nossa formação histórica. Esperamos desse Estado a orientação para que sigamos um caminho até mesmo de ordem individual, caminho esse que não coloque em risco os interesses das elites governantes. Pautado em conceito nitidamente autoritário, o modelo de democracia que se desenvolve a partir daí é o orgânico, na defesa da ordem autoritária e repulsa ao individualismo, se apegando às tradições e ao papel do Estado como organizador da sociedade, ideias que constituem marcos fundamentais desse pensamento. Tornou-se presente na sociedade a ideia do “Estado-providência”.

Durante o século XX, fatores históricos favoreceram a visão de um Estado forte como “solução” para todos os problemas e o Brasil não ficou imune ao que se passava pelo mundo. O fascismo surge e assume o poder na Itália em 1922 e, na Alemanha, em 1933. No extremo oposto, mas também como opção à doutrina liberal dominante, surge o regime socialista. A partir de 1917, a ameaça de internacionalização do comunismo após a revolução russa torna-se responsável pelo surgimento de governos fortes, ditatoriais ou não, em praticamente todos os países industriais. Enquanto em alguns ocorreu apenas um endurecimento quanto a grupos ativistas socialistas, em outros se instalaram ditaduras cujas ideologias ou se opunham frontalmente às propostas comunistas (nazismo) ou buscavam neutralizá-las com medidas de segurança nacional no bojo de um projeto político com forte apelo às massas (fascismo de Mussolini, justicialismo de Perón, sindicalismo de Vargas).

No contexto dos regimes autoritários, o poder deve emanar do Estado, com a eliminação dos partidos políticos tradicionais, sendo erigido, em substituição à democracia liberal, um sistema corporativo em que as classes econômicas estariam representadas, o que proporcionaria equilíbrio social, fundamental para o desenvolvimento do país. Dessa forma, o corporativismo de inspiração medieval adaptado aos novos tempos ganha prestígio em círculos influentes de nossa elite, que passa a defendê-lo como a saída para o Brasil vencer as adversidades – e a figura do Estado-protetor se fortalece.

Produto das contradições políticas da primeira metade do século XX, os regimes autoritários, com suas práticas de natureza antidemocráticas, se difundiram explicadas pelos seus defensores, que enalteciam a originalidade de suas ideias e ações. O ato de governar acabou por se tornar no Brasil, por excelência, um ato autoritário. Abdicar do autoritarismo significaria abrir mão do próprio governo. Daí as fortes críticas às instituições da democracia liberal e a defesa da intervenção estatal que ainda hoje perduram.

Os principais ideólogos e figuras centrais do regime de Vargas argumentavam que a democracia representativa não passava de uma forma de caudilhismo a serviço de coronéis, das oligarquias regionais e dos mais abastados economicamente. Daí a necessidade de uma nova forma de democracia, ancorada na representação técnica dos ofícios, representados por sindicatos oficiais. Através dessa representação técnica, as classes trabalhadoras e as classes empresariais teriam seus interesses verdadeiramente representados dentro do Estado. Foi a partir dessa concepção normativa e dessa configuração político-institucional que a cidadania deu os primeiros passos em direção à sua universalização no Brasil. Nesse sentido, pode-se dizer que os direitos de cidadania exerceram um forte papel de controle e tutela das classes populares, evitando reformas radicais.

O Brasil moldou-se sob o autoritarismo. Com um pequeno intervalo proporcionado pelo governo de Juscelino Kubitschek e a eleição de Jânio Quadros, volta-se à intervenção militar, primeiro com a tentativa de golpe semi-consumada em 1961, com a adoção do sistema parlamentarista e, depois, com o golpe civil-militar de 1964, que instauraria uma ditadura de 21 anos que chegaria ao final com uma “abertura política controlada”. A narrativa histórica de tais episódios contextualiza a necessidade que a sociedade desenvolveu de buscar no Estado a solução dos problemas que se apresentavam no seu caminho.

A partir de 1985, a redemocratização do país culmina com a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte (ANC). A ANC foi tida como um processo político decisório altamente legítimo, pois havia um alto grau de confiança na capacidade de os cidadãos participarem do processo e de influenciar nas decisões sobre as políticas formuladas, principalmente porque permitia que a população participasse através de emendas populares.

A Constituição Federal de 1988 acabou por criar uma democracia que deveria reagir contra os retrocessos do regime militar, promover a democratização e a participação popular, diminuir as desigualdades regionais e induzir ao processo governamental de prestação de contas. Mas, durante a Constituinte, as questões relacionadas com a descentralização financeira e política foram voltadas para atender às demandas regionais e não para implementar políticas públicas de caráter mais efetivo. Isso ocorreu porque o processo decisório da ANC se deu pelo consenso em torno da descentralização, sem considerar as possíveis consequências negativas que o desenho descentralizado das políticas poderia causar. A sociedade buscou nesse processo criar um defensor, expandindo e modificando na ANC os poderes conferidos ao Ministério Público. Seria mais um ente ao qual essa sociedade entregaria a resolução de problemas seus, sob o domínio da ideia do Estado-providência.

A expansão do direito e a hipossuficiência da sociedade brasileira são fenômenos inegáveis. No entanto, os defensores dessa corrente não deixam tão claro como esses dois fenômenos se articularam de modo a criar condições para o fortalecimento e a autonomização do Ministério Público, mas, de fato, criaram.

A explicação parte do pressuposto de que atores políticos agiram no sentido de fortalecer o Ministério Público, mas não esclarece o que os levou a agir dessa forma. Também não fica claro quão hipossuficiente é a sociedade brasileira, seja em termos comparativos, seja em perspectiva histórica. A falta de explicação clara para tanto, certamente reside no constrangimento da admissão de que sempre que pudermos, abriremos mão em favor de terceiros – o Estado – da resolução de problemas que são nossos.

Desta forma o Estado, com os governos que representam a sua ação, aproveitam: muito retiram e quase nada oferecem. Para Stephan (1980), os regimes autoritários e os Estados intervencionistas, fossem de esquerda ou de direita, procuraram dar ênfase ao corporativismo, em prejuízo da ação individual. Segundo afirma:

Uma tendência importante, de âmbito quase mundial desde a década de 1930 tem sido o crescimento constante do papel do estado na vida política. No mundo industrializado, a emergência do estado administrador para combater a crise do capitalismo durante a depressão, o campo de ação ampliado do poder executivo na II Guerra Mundial, e as funções reguladoras e do bem-estar do estado crescentes desde a guerra, tudo contribuiu para a sua expansão. No Terceiro Mundo é até mais claro ainda que a maioria dos planos de desenvolvimento requerem que o estado desempenhe um papel importante na estruturação dos sistemas econômicos e sociais. (STEPHAN, 1980).

O intervencionismo estatal corporativo encontrou à época terreno fértil também no Brasil, com a Revolução de 1930, principalmente com o advento do Estado Novo. Vivia-se sob o ataque ao liberalismo e, para intelectuais cujo desafio era construir um mundo moderno a partir de constrangimentos que o negavam, a força da crítica antiliberal podia ser explorada como um estímulo à criatividade.

O regime de Vargas, ante a fraqueza de partidos políticos e a inexistência de elos entre a sociedade e o Estado, procurou criá-los através das corporações, mas aproveitando o elemento mais característico de nossa história política e mesmo do nosso período republicano, que é o autoritarismo político e restrições às liberdades individuais. Oliveira Viana buscou adaptar o corporativismo para a sociedade brasileira pensando como o melhor e mais moderno “instrumento” da época para ordenar as lacunas do Estado liberal, sem necessariamente cair na teoria da “ditadura permanente” do totalitarismo fascista.

Mas o projeto político de Vargas tornou-se não apenas um fenômeno político, mas também cultural. Graças à cooptação de intelectuais como Oliveira Vianna, na década de 1930. O governo converteu a cultura do país em assunto de Estado. Para o exercício do domínio oficial, foi criada “uma estrutura burocrática com orçamento próprio, que atraiu intelectuais e uma certa intelligentsia, e interveio nos setores de produção, difusão e conservação do trabalho intelectual e artístico” (MICELI, 2001).

A proposta de Oliveira Vianna, e de vários outros pensadores, partia de duas premissas: a da impossibilidade de recriação, no país, e no curto prazo, das condições que tornaram o liberalismo possível fora do Brasil e; a da total indesejabilidade de alcançá-las em uma transição para a modernidade. Isso porque a sociedade brasileira tinha características específicas, diferente ideal de ação política a ser implementado. Se tal ação não estava ainda bem delineada, era inclusive porque não se reconhecia mais a existência de modelos universais a serem seguidos, o que exigia um esforço de compreensão das singularidades do país, capaz de orientar as novas diretrizes a serem traçadas. E o Estado assumia cada vez mais papéis que deveriam ser desempenhados pela sociedade.

A ausência do pressuposto liberal “iniciativa privada”, resultou na derrocada dos regimes socialistas implantados na Europa oriental a partir da experiência da União Soviética, estendida à sua zona de influência constituída após a Segunda Guerra Mundial. Aí o sistema mostrou-se derrotado na prática: falta de liberdade individual, ausência da iniciativa privada, produção insuficiente, pobreza, miséria, desabastecimento e, muitas vezes, fome, foram o resultado da experiência socialista. O Estado foi esmagado pela sua própria dimensão organizacional e sua incumbência administrativa e burocrática, pois tinha de se antecipar às necessidades coletivas e “cuidar”, de forma controlada, da vida de todos. Entretanto, a experiência socialista, mesmo fracassada na Europa, foi exportada e deu sobrevida ao modelo, que em muito subsiste até hoje no Brasil, consagrando a ideia do Estado-tutor, responsável pelos passos do indivíduo, cultivador de um organicismo que acaba por reduzir a ação e, conseqüentemente, os direitos individuais.

Certamente que o modelo liberal clássico, com a mínima intervenção estatal, não seja compatível com a realidade do nosso dia-a-dia, o mercado não responde a algumas demandas e o Estado deve estar presente na execução das suas atividades típicas e como regulador dos contratos firmados entre indivíduos, em nome da segurança jurídica, mas não de forma hipertrofiada, em um modelo no qual os indivíduos esperam solução para tudo, mesmo para a sua vida privada.

Exemplo claro da “hipertrofia” estatal talvez seja o próprio Ministério Público, com a ampla gama de poderes que lhe foram conferidos. O órgão, anteriormente ligado ao Executivo, adquiriu autonomia funcional, passando a ser independente de todos os Poderes do Estado e a deter atribuições bastante reforçadas de representante da sociedade. Sem dúvida, essa mudança de status fez com que o Ministério Público fosse capaz de atuar como um relevante ator político.

Concebido como uma espécie de “garantidor da democracia”, como é percebido pelo senso comum, o órgão surge como um exemplo de corporativismo e pouca responsividade. Isto enseja o questionamento acerca do seu papel em um regime democrático e de garantia de direitos, ou mesmo de sua existência como tal, se constitui uma proteção à democracia ou ameaça à sua existência formal.

A dimensão assumida pelo Ministério Público permite que possamos formular tal reflexão, já que o órgão hoje atua em todas as esferas da existência da sociedade, intervindo nas mais diversas áreas. Embora não tenha entre suas atribuições a capacidade de punir diretamente agentes públicos, empresas ou indivíduos, o Ministério Público pode acionar o Sistema Judiciário no caso para tal finalidade, o que pode representar a ruína do acionado, diante da dimensão que ganhou o órgão e pela remota possibilidade dos seus membros estarem sujeitos a ser responsabilizados pelo seu desempenho, pois é difícil uma instituição fiscalizar ou cobrar a conduta de outra que a fiscaliza. Se imaginarmos que o Ministério Público, além de fiscal da lei, na atuação em processos judiciais na condição de *custus legis*, é fiscal da conduta dos três poderes, não teremos uma solução caso desejemos que ele seja fiscalizado, o que fica adstrito à investigação corporativa interna do próprio órgão.

O posicionamento constitucional do Ministério Público não o vincula a nenhum dos Poderes do Estado, estando o mesmo inserido em capítulo à parte, “Das funções essenciais à Justiça”. Esse posicionamento, segundo Mazzilli (2001), “não faz com que o Parquet possa ser considerado um quarto Poder Estatal, mas sem dúvida, a instituição adquiriu efetivamente algumas garantias de poder”.

O texto constitucional coloca o Ministério Público em posição semelhante à do Soberano na formação do contrato Hobbesiano. Nessa concepção, o soberano não pode ser acusado por qualquer súdito de lhe causar injustiça, visto que exerce o poder político em nome de todos os homens. Assim, todos os seus atos são, pelo princípio da representação, atos de seus próprios súditos. Desta forma, Hobbes justifica que a impossibilidade de o soberano ser injusto com qualquer súdito está fundada na também impossibilidade de alguém ser

injusto consigo próprio. Hobbes aqui é tautológico: a vontade do soberano é a vontade de todos os súditos e todos os súditos têm suas vontades expressas pela voz e pelas leis do soberano. Daí a impossibilidade de o soberano promover a injustiça.

O Ministério Público, na qualidade de defensor da sociedade e na situação de um “poder” anômalo, atua de forma análoga e não pode ser acusado pela sociedade a que defende de lhe causar prejuízo. E não pode ser “prejudicado” por um fiscalizado, que manifeste a mínima intenção de lhe fiscalizar com maior rigor ou adotar qualquer tipo de atitude que lhe restrinja o poder.

Como analisado, a Constituição de 1988 assegurou ao Ministério Público brasileiro um alto grau de autonomia e forneceu à corporação instrumentos institucionais necessários para que tal autonomia fosse garantida. Resta saber se existem mecanismos capazes de afetar, de alguma forma, a autonomia do Ministério Público brasileiro. Essa questão é importante porque, segundo Kerche (2009), “a necessidade de controle para a teoria democrática não se restringe somente aos políticos eleitos, mas deve estender-se a todos os atores estatais que detêm algum grau de discricionariedade como é o caso do Ministério Público”.

Ao se moldar uma instituição, deve sempre se levar em conta a ideia de que os homens não são anjos e não será um concurso público que irá transformá-los. Isto é, alto grau de discricionariedade combina com mecanismos de controle e *accountability*, mesmo com relação a agentes não eleitos. Segundo Kerche (2009), tais mecanismos existem, mas são insuficientes, não garantindo uma prestação de contas e muito menos mecanismos que recompensem ou punam ações dos procuradores e promotores. Ainda conforme o autor:

O número de sanções aplicadas pelos políticos, o número de comissões parlamentares responsáveis por fiscalizar uma instituição, a exigência de relatórios anuais de atividade, entre outros, são indicadores mais evidentes para avaliar o grau de interferência externa sobre uma organização. Se o único parâmetro fosse esse tipo de fiscalização a posteriori, conhecida como “patrulha de polícia” (Kiewiet e McCubbins, 1991), a conclusão seria que há total ausência de *accountability*, que os constituintes abriram mão de todo tipo de interferência sobre os rumos do Ministério Público no Brasil, ou seja, que os políticos abdicaram, portanto, de seu poder sobre a instituição. As sanções diretas não ocorrem, inclusive por que não existem instrumentos para que os políticos as façam. Embora seja prevista uma fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial pelo Parlamento, esta se restringe a questões de responsabilidade do Tribunal de Contas, e não se traduz no acompanhamento das atividades propriamente processuais do Ministério Público. Nesse sentido os políticos seriam incapazes de reverter a atuação dos integrantes do Ministério Público, pela ausência de instrumentos diretos para esse fim (KERCHE, 2009).

Desta forma, vivemos uma situação contraditória, pois o país se assume como uma democracia – o que, aliás, todos fazem até mesmo as piores ditaduras –, possui componentes de um Estado corporativo, pouco responsivos; se apresenta, na prática, como uma democracia liberal e trata tais componentes como expoentes de um regime democrático, aparecendo nesse cenário o próprio Ministério Público como exemplo dessa natureza coletivista da democracia brasileira.

Vale então o questionamento: até que ponto a pouca responsividade e o pequeno grau de *accountability* de uma instituição de Estado, equiparada a um poder constituído, compromete a democracia?

Arantes (2002) adota uma perspectiva utilitária e maximizadora no sentido de que os membros do Ministério Público tinham objetivos a serem atingidos e, para isso, agiram racionalmente, escolhendo meios adequados para o alcance dos seus fins. No entanto, na coletividade, o caminho da determinação da preferência para a consecução ótima da mesma, na maior parte das vezes, não é perfeito. A interação de agentes racionais com objetivos comuns nem sempre resulta em um resultado coletivo eficiente, ou seja, um resultado satisfatório para a coletividade. A possibilidade de que o resultado final da Constituição tenha sido positivo para membros do Ministério Público não é nem ao menos considerada na explicação de Arantes (2002). Para ele, a história do Ministério Público brasileiro é de sucesso, não tendo a instituição, sofrido derrotas significativas nos últimos vinte anos. Com isso, a sociedade passou a conviver com a ideia segundo a qual Ministério Público é a única instituição acima do bem e do mal, pronta a solucionar todos os seus males.

Outro fator importante é que a nova ordem democrática não rompeu com as coalizões do antigo regime, mas permitiu a interação destes com novos atores, ampliando o número de participantes, reforçando minorias, fragmentando o poder e nacionalizando conflitos regionais. Como resultado desse processo surgem os diversos questionamentos sobre a qualidade da democracia brasileira e se o mau funcionamento das instituições se deve às características particulares da nossa Constituição.

Em toda a discussão sobre o processo decisório do regime democrático brasileiro, o Executivo federal teve um papel importante nas suas diversas fases. No que diz respeito às reformas orientadas para o mercado e a privatização, o Estado, apesar de ter perdido sua capacidade de implementação de políticas sociais, não perdeu sua capacidade de intervenção. Tanto no campo das iniciativas estatais quanto na representação dos interesses privados, o Estado se vê presente. É nessa nova configuração do ambiente institucional, aberto para o

mercado exterior, que o Estado vai se estruturar em função da implementação da política econômica, tendo o Executivo federal, o papel estratégico para a redefinição do Estado diante dessa nova configuração e dos novos atores organizados.

De acordo com Renato Boschi (2002):

É notória a centralidade do Poder Executivo na engenharia institucional republicana no Brasil, particularmente a partir dos anos 1930, quando se estabelece um modelo de desenvolvimento econômico centrado no eixo urbano industrial e marcado por forte intervencionismo estatal. De fato, se é possível identificar uma linha de continuidade na atuação e no papel de Estado no caso brasileiro, esta residiria nessa preponderância do Executivo ao longo das diversas fases do processo de desenvolvimento a partir dos anos 30, passando pela crise do modelo protecionista estatizante, o período das reformas neoliberais que levaram à retração do Estado, até a atual fase, caracterizada pelo reforço do intervencionismo estatal frente ao mercado e pela inserção do país nos circuitos globalizados.

O autor assegura que é na prática regulatória que o Executivo vai ter um papel importante para levar a cabo a política de “estabilização” econômica, através da privatização e da abertura comercial (BOSCHI, 2002). A atividade regulatória passa a ser exercida por agências autônomas ligadas a este Poder, dando continuidade entre o papel deste no interior do aparelho do Estado e em relação à sociedade. Instaura-se um novo corporativismo, que tem nos investidores e consumidores o seu novo eixo de conflito e assimetria estrutural. Diferentemente do corporativismo inicial da era Vargas, em que a representação de interesses pela via da categoria era fundamental, no novo corporativismo. O recorte entre o público e o privado passa ao largo da dimensão da representação. Há, nesse caso, uma maior privatização dos interesses públicos, diferente da antiga ordem, em que havia uma maior publicização dos interesses privados.

A separação entre as esferas dos resultados e dos processos, que enfatiza a eficiência econômica no curto prazo em detrimento da representação política e do controle democrático sobre o processo decisório, mostra como o controle do Legislativo sobre as atividades das agências é frágil, reforçando a tendência destas serem alvo das atuações dos *lobbies*, que privilegiam os interesses dos investidores em detrimento dos consumidores. Aí também pode se encontrar com facilidade a crescente presença do Ministério Público.

Válido se torna, neste ponto, enfatizar que democracia não é só um regime em que se realizam eleições. Democracia é um regime onde se observam e se cumprem as leis. Temos, na atualidade, ditaduras que chegaram ao poder eleitas e que criam mecanismos de perpetuação no poder ao arrepio das normas legais, com o Executivo preponderando e

manipulando os demais poderes e as instituições. E, ainda assim, julgam-se democracias por realizarem eleições e “vendem” tal imagem interna e externamente.

3.3 TUTELA INSTITUCIONAL, INDIVÍDUO E DEMOCRACIA

A clássica tripartição de poderes concebida por Montesquieu objetivava assegurar meios para que um poder fosse sempre capaz de frear a atuação dos outros. Nessa concepção, portanto, faz-se necessário que os poderes atribuídos ao Estado estejam dispostos de tal forma que mutuamente se travem, no chamado sistema de “freios e contrapesos”. É nesta evolução que Montesquieu distingue o Legislativo, Executivo e Judiciário como poderes de Estado, sustentando que estes poderes devem ser independentes uns dos outros e confiados a pessoas diferentes.

Tal modelo está consolidado e vigora, desde a sua criação, até os dias de hoje nas democracias ocidentais. No Brasil, a partir de 1988, houve um aumento das atribuições do Ministério Público. Esta situação ampliou o âmbito de sua atuação para muito além dos limites de sua atividade judicante, podendo se considerar, à época, o alargamento dos limites de atuação do órgão (proporcionados pela figura do inquérito civil, anterior à própria Constituição) e a sua atuação na fiscalização e promoção dos interesses sociais (expressão bastante ampla, que adicionou à atividade do Ministério Público uma vasta gama de tarefas, conferindo-se a ele importante papel na defesa de direitos coletivos, individuais e difusos).

Algumas dessas tarefas podem resultar na realização de acordos e ajustamentos de condutas, esfera conciliatória, para onde caminha a moderna doutrina, através do envolvimento direto do membro do Ministério Público.

Essa normatização ampliou-se em direção ao patrimônio público e ao controle da probidade administrativa, até chegar aos serviços de relevância pública que envolvem direitos fundamentais como saúde, educação, trabalho, segurança, lazer, etc. O instrumento capaz de ensejar a defesa judicial de tais interesses e direitos – a ação civil pública – teve sua existência legal regulamentada em 1985 e a Carta Constitucional de 1988 ampliou sobremaneira as atribuições do Ministério Público. Na verdade, mais do que uma renovação ou aumento de atribuições do Ministério Público, pode-se dizer que, nestas duas últimas décadas, dr constituiu no Brasil uma nova arena judicial de solução de conflitos que, até então, não tinham acesso ao sistema de Justiça.

Maria Tereza Sadek (2008), ao comentar os vinte anos da Constituição de 1988, considera que o Poder Judiciário não constou como prioridade retórica na agenda do debate nacional no período da Constituinte. Segundo afirma, o papel deste Poder era recorrentemente identificado com situações de crise. As propostas de mudança para o Judiciário, por ocasião da Constituinte, não encontraram partidários em número e com força política suficiente para que se convertessem em alterações concretas. A permanência da situação então existente era favorecida tanto pela força da inércia quanto pela resistência posta pelos diferentes interesses setoriais e corporativos que seriam contrariados com tais mudanças (SADEK, 2008).

A distância entre a fala a favor de alterações e a ausência de iniciativas concretas explica, em grande parte, porque se acentuaram os indicadores do que genericamente se convencionou chamar “crise” do Judiciário. Com efeito, processos avolumaram-se, a defasagem entre casos ajuizados e julgados cresceu, a lentidão agravou-se e a descrença na Justiça ampliou-se. Ao mesmo tempo, fortaleceu-se a consciência de que um Judiciário eficiente e confiável é uma variável institucional com capacidade de afetar o desenvolvimento do país, consolidar a democracia e garantir a paz social.

Assim, a Constituição Federal de 1988 não elevou o Ministério Público ao nível de Poder. Dispôs que ele, no exercício de suas funções, é órgão obrigatoriamente independente. Por consequência, deve ter, como os três poderes, funções independentes, sem a interferência de qualquer um deles.

Nessa perspectiva, importa registrar que o Ministério Público foi concebido a partir de uma ideia de órgão “defensor da sociedade”, dos interesses sociais da comunidade a que serve, salvaguardando os bens e os valores essenciais à prevalência da cidadania e do Estado de direito. O Ministério Público é o fiscal da lei, sendo sua a missão de preservar a ordem democrática. Assim, é possível afirmar que o perfil constitucional o coloca como órgão estatal a serviço da sociedade, incentivando-se um modelo de sociedade tutelada por entes corporativos estatais. É órgão de controle que, atuando em conjunto com os poderes do Estado, é concebido para a defesa do ordenamento jurídico, da democracia, dos interesses da sociedade e dos direitos, até mesmo individuais, como nos casos de acesso à saúde, abordados nesse trabalho. Esta é, pelo menos, a ideia concebida.

Na prática, as atribuições cresceram e equipararam o Ministério Público a um Poder de Estado. Entretanto, o órgão não é o quarto Poder: está inserido, ainda que de forma dissimulada, em todos os Poderes. No Poder Judiciário, por dispositivo inserido na própria Constituição, o Ministério Público tem acesso pelo sistema denominado “5º Constitucional”.

No Executivo, não raro, assume secretarias, ministérios e outros cargos de livre escolha, nomeação e exoneração e; observadas as restrições legais, o órgão também está no Poder Legislativo.

A literatura, principalmente da área jurídica, e o próprio senso comum, enxergam na atuação e poderes do Ministério Público, uma expressão da democracia. Cabe, entretanto, questionar-se até que ponto essa atuação é “democrática” como amplamente difundido, ou representa uma ameaça à democracia como conhecemos, ou melhor, ao modelo democrático que tomamos como paradigma.

É interessante lembrar, acerca da natureza da democracia na contemporaneidade, o debate alemão sobre o Estado, a democracia de massas e o papel do parlamento, que é tratado de forma contraditória e complementar na visão de Carl Schmitt (1996) e de Hans Kelsen (2000). O primeiro confere ao debate um viés político e o segundo, jurídico.

Para Carl Schmitt (1996), democracia é uma forma política, que constitui um modo especial de configuração da unidade de um povo ou, ainda, a forma de unificação política de um Estado. Conforme sustenta, existem dois princípios político-formais sobre os quais se edificam todas as autênticas formas políticas: a identidade e a representação. A forma política, que se assenta sob o princípio de identidade, depende da existência de um povo “capaz de atuação política em sua realidade imediata” (SCHMITT, 1996), pressupondo o povo como unidade política. Já o princípio da representação “parte da ideia de que a unidade política do povo como tal nunca pode se achar presente em uma identidade real e, por isso, tem que estar representada pessoalmente por homens” (SCHMITT, 1996). Para o autor, a liberdade não constituiria um princípio político, visto que nenhuma forma de governo poderia dela resultar, entretanto, admite que esta pode se aliar aos princípios político-formais e os modificar (SCHMITT, 1996).

Schmitt (1996) expõe os pilares da instituição parlamentar – debate, publicidade e separação de poderes – e assim o faz para, em seguida, demonstrar como a experiência histórica subverte o manejo desses valores e torna o Parlamento incapaz de abarcar a democracia moderna. O autor aprofunda sua análise sobre os demais sistemas políticos mencionados para observar o fundamento racional de cada um deles, ponderando sobre a possibilidade da substituição do regime parlamentar.

Como na democracia o povo só pode existir na esfera pública e como ele é homogêneo, a sua atividade essencial é a aclamação. Não há necessidade de discussão e eleições secretas,

pois isso pressupõe heterogeneidade. Ao povo, cabe dizer “sim” ou “não” e é deste modo que um povo reunido escolhe seu líder que é quem expressará a sua vontade. Desta forma, uma ditadura pode ser vista como uma forma democrática, como afirma Schmitt (1996) ao reconhecer como democráticos os regimes fascista e bolchevista, em que a intervenção estatal na vida do cidadão é plena.

Não vivemos em um regime que seja nem semelhante, mas a intervenção do Estado na vida do indivíduo faz com que nos aproximemos do modelo de democracia concebido por Schmitt (1996). O provimento dos serviços prestados pelo Estado e o baixo nível informacional da população nos coloca sempre na esperança de “soluções” por parte do Estado para problemas individuais e o ator eleito como meio, para tanto, é o Ministério Público.

Contrapondo-se à visão de Schmitt (1996), a democracia concebida por Hans Kelsen (2000) funda-se na liberdade e na igualdade. No momento em que o homem se organiza em sociedade, configura-se um aparato estatal que disciplinará as relações dos homens entre si e destes com o Estado. Surge, então, um poder que comandará o indivíduo e a sociedade. Sendo a liberdade própria a cada ser humano, devemos, portanto, ser comandados por nós mesmos.

Assim, para Kelsen (2000), o homem é livre na medida em que participa da formação da vontade do Estado. Afirma o autor que: “o cidadão só é livre através da vontade geral e de que, por conseguinte, ao ser obrigado a obedecer ele está sendo obrigado a ser livre”. Surge, aqui, um dos dilemas do modelo: a vontade geral vale objetivamente, isto é, independe da vontade daqueles que a ela se submetem. Cabe ainda lembrar que a maioria das pessoas já nasce numa ordem estatal preexistente, para cuja criação e configuração não concorreu. Por tudo isso, a exigência de uma maioria absoluta para tomada de decisão representa uma aproximação maior com a idéia de liberdade. Kelsen (2000) estabelece diferença fundamental entre o princípio da maioria e soberania da maioria, afirmando que esta não existe no processo de negociação política, só na escolha dos chefes. Para ele, a proteção da minoria através da garantia das liberdades públicas será desempenhada por uma jurisdição constitucional.

Ao tratar de liberdade como pressuposto da democracia, Kelsen (2000) afirma que:

Se deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos. A liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política. É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia.

Desse ângulo de visão, não é livre uma sociedade que se permite tutelar, que abre mão da iniciativa individual e mesmo coletiva, em benefício de um organismo “protetor” que representa os seus interesses. Essa “não liberdade” reflete na essência da democracia na qual aquela sociedade está inserida.

No momento em que o homem se organiza em sociedade, configura-se um aparato estatal que disciplinará as relações dos homens entre si e destes com o Estado. Assim como em Aristóteles com a *Polis*, o Estado surge como um poder que antecede e institui a sociedade e os cidadãos formal e juridicamente, delimitando a liberdade de ação de indivíduos e grupos sociais, sendo a própria liberdade humana uma liberdade social e politicamente condicionada, bastante distinta da primitiva concepção germânica de liberdade, que reivindicava uma liberdade frente ao social e imersa na natureza. Assim, para Kelsen (2000), o homem é livre na medida em que participa da formação da vontade do Estado, concepção semelhante à ideia de liberdade positiva de Isaiah Berlin, que está associada à feitura das normas e à participação no governo nos moldes de: “se eu participo desse governo, sou livre”. De qualquer forma, “mesmo que a vontade geral seja realizada diretamente pelo povo, o indivíduo é livre só por um momento, isto é, durante a votação, mas apenas se votou com a maioria e não com a minoria vencida” (KELSEN, 2000).

Em Kelsen (2000), a proteção da minoria através da garantia das liberdades públicas, será desempenhada por uma jurisdição constitucional, o que garantiria a “última palavra” ao Judiciário, na qualidade de guardião da Constituição, podendo-se daí inferir que *o acesso à justiça é o pressuposto da democracia*.

A concepção de Kelsen (2000) é na prática, distante do nosso modelo de democracia. No campo teórico nos aproximamos dele, pois mantemos viva a retórica da liberdade e da igualdade, mas, na prática, isso se distancia: abrimos mão dessa liberdade entregando-a a órgãos estatais para que a exerçam por nós. Assim sendo, no chamado “debate alemão” acerca de democracia, estamos, de alguma forma, próximos dos dois debatedores: na teoria, nos aproximamos de Kelsen, mas a prática nos coloca de mãos dadas com o pensamento de Carl Schmitt.

No âmbito econômico, a democratização proporciona a todos condições de consumir e se relacionar com possibilidade de ser proprietário. Assim, Dahl (1990) propõe uma ordem econômica que tem como metas a justiça na distribuição, o estímulo à responsabilidade e a liberdade na aquisição dos recursos necessários a uma vida digna, metas que seriam incompatíveis com o socialismo burocrático, pois estimulariam a dispersão do poder e não a

sua concentração. Dahl (1990) transitou do pluralismo liberal para o neopluralismo e faz um contraponto entre liberdade política e igualdade econômica, retomando a discussão aristotélica que aborda sociedades em que existem muitos pobres e poucos ricos. Para ele, a doutrina da propriedade na democracia nasceu quando predominava a liberdade individual, ao contrário de hoje e quando o capitalismo começa a se desenvolver nos Estados Unidos. O confronto entre os homens livres e os conservadores leva a uma grande mudança: a propriedade é modificada para empresa e, por seu turno, o antigo fazendeiro passa a ser o homem consumidor, racional, a partir do equacionamento de democracia e capitalismo.

Na esfera econômica, o indivíduo constrói com pouca presença e regulação estatal. Ele assume o risco da sua atividade com a mínima intervenção do Estado. Nesta concepção, não seria cabível o modelo que temos de atuação do Ministério Público, pois, no âmbito econômico, este se mostraria incompatível com a noção de liberdade individual.

Todavia, tanto o socialismo burocrático quanto o capitalismo das sociedades anônimas apresentam o risco da concentração, pois nem todos possuem recursos ou têm tempo para participar de modo igual. O capitalismo estimula o indivíduo aproveitando-se do seu próprio egoísmo, partindo da suposição que existe sempre alguém desejando adquirir alguma coisa. Além disso, a democratização da propriedade estimula a criação de segmentos médios de mercado, médios proprietários como médios cidadãos consumidores e proprietários que têm interesse na estabilidade e que criam uma afinidade com a liberdade.

O conflito entre capitalismo e democracia é permanente pelo risco de auto regulação. Neste ponto, o Estado precisa regular o mercado, pois essa auto regulação pode ser prejudicial à população e a desigualdade econômica poderia gerar desigualdade política. A sobrevivência da democracia não pode prescindir do capitalismo de mercado, situação que se comprova ao levarmos em conta que os regimes autoritários que convivem com esta forma de capitalismo tendem a se tornar democráticos.

Para Dahl (1990), existem, ainda, condições subjacentes que favorecem a democracia, as quais ele enumera como *essenciais*, que são o controle dos militares e da polícia por funcionários eleitos, mencionando casos concretos em que a democracia não foi preservada pela inobservância desta condição. Aqui, o nosso modelo de controle exercido pelo Ministério Público certamente encontraria uma melhor colocação na preservação da democracia ao observar e reprimir qualquer deslize nas instituições mencionadas que a compromettesse, entretanto a pouca responsividade do órgão o faz destoar da concepção de democracia do autor.

Dahl (2012) trata, ainda, da cultura política e convicções democráticas, e nenhum controle estrangeiro hostil à democracia como condições necessárias ao seu exercício. Indica que as condições *favoráveis* à democracia são uma sociedade e uma economia de mercado moderna e um fraco pluralismo cultural, ou seja, um país que não seja muito dividido em subculturas de ordem étnica, religiosa ou linguística, afirmando que instituições políticas democráticas têm maior probabilidade de se desenvolver e resistir num país culturalmente homogêneo.

Robert Dahl (2012) busca avaliar quais são as circunstâncias que aumentam as possibilidades de participação e de contestação pública em uma poliarquia. Vale ressaltar que o autor diferencia os termos democracia e poliarquia. Por poliarquia, entende os regimes relativamente democratizados, ou seja, dotados de caráter inclusivo e aberto à contestação pública. O termo democracia indica um sistema político que tem, em suas características, a qualidade de ser inteiramente ou quase inteiramente “responsivo” a todos seus cidadãos, não sendo compatível com a ideia o abrigo de instituições de pouca responsividade. Nesses termos, democracia representa o tipo ideal e o termo poliarquia se refere aos regimes democráticos efetivamente existentes com todos os seus problemas.

A ampliação e consolidação da democracia é hoje considerada tarefa primordial de toda sociedade, com vistas à garantia dos direitos civis e políticos de todos. Tal fim só seria atingido com a socialização da participação política e da riqueza. O posicionamento em favor da aplicação apropriada das normas legais, a que chamamos justiça, que assegure a todos universalidade de acesso aos bens e serviços, bem como a gestão democrática desses bens e dos seus frutos e o esforço na eliminação de toda forma de preconceito. Talvez a conjugação de todos esses pontos seja inatingível à espécie humana e representam a democracia na situação que imaginou Robert Dahl (2012): sempre um ideal a ser alcançado.

Nesse contexto, o processo de judicialização, inclusive e principalmente decorrente da atuação do Ministério Público, no qual a sociedade – ao contrário do preconizado por Kelsen (2000) na sua concepção de democracia – torna-se pouco participativa, representa uma transferência parcial de poder político para o Judiciário, como defende Luiz Roberto Barroso (2009), para quem a judicialização é fato. O constitucionalista aponta três causas para o fenômeno: a redemocratização do país, que levou as pessoas a procurarem mais o Judiciário; a constitucionalização da vida coletiva, que fez com que a Constituição de 1988 abraçasse amplas esferas da vida social e tratasse de uma vasta gama de assuntos e; o sistema de controle de constitucionalidade. Para ele, o ativismo judicial se expande quando outros

poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não recepcionadas por instâncias políticas. Entretanto, apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente.

3.4 A TRADIÇÃO ESTATAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 deu nova existência ao Ministério Público, conferindo-lhe amplas prerrogativas sobre os direitos individuais, justamente em nome do titular desses direitos. Concedeu ao órgão autonomia funcional, uma das principais garantias da instituição, que consiste na possibilidade de tomar decisões sem injunções de outros órgãos ou Poderes do Estado. É óbvio que essa garantia faz uma grande diferença no perfil institucional do Ministério Público. Um exemplo que pode ser dado é com relação à ação civil pública, um dos seus principais instrumentos de atuação. Segundo Fábio Kerche (2009):

Para usar uma terminologia que ganha destaque na Ciência Política contemporânea, por que houve uma aparente “abdição” por parte dos políticos, no lugar de uma “delegação” de tarefas para os promotores e procuradores? Para buscar respostas a essas questões e colocar em discussão as explicações tradicionais sobre o novo Ministério Público é preciso observar as instituições políticas no momento de criação desse modelo. Para tanto, o processo de criação da Constituição de 1988 é privilegiado para observar e buscar respostas a essas perguntas. Essa escolha pode ser criticada por aqueles que destacam os avanços anteriores à Constituição de 1988, afinal, a ação civil pública, um dos instrumentos mais poderosos que o Ministério Público pode lançar mão, foi prevista ainda em 1985, embora limitada às questões do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio histórico e cultural. Pode-se rebater a possível crítica com o argumento de que a adoção da ação civil pública e o privilegiamento deste instrumento jurídico para o Ministério Público, mesmo tendo ocorrido antes de 1988, esses recursos eram utilizados por uma instituição ligada ao Poder Executivo, o que transformava as ações da instituição em atos do próprio governo. Ao lançar mão de uma ação civil pública contra uma fábrica poluente, por exemplo, os promotores do “antigo” Ministério Público agiam como fiscais do governo garantindo o *enforcement* da lei, responsabilidade do Poder Executivo em países com tradição presidencialista. A grande novidade apresentada pela Constituição de 1988 não foi que promotores e procuradores tenham sido incumbidos de fiscalizar o correto cumprimento da lei, mas sim, poder fazê-lo com maior independência em relação aos políticos e com poucos mecanismos de *accountability* (KERCHE, 2009).

Essa abdição extrapola até mesmo o amplo e estrutural fenômeno da delegação na democracia brasileira. Guilherme O’Donnel (2000) considera que para um regime ser

democrático não basta a realização de eleições. Faz-se necessária a clareza acerca da natureza das liberdades individuais. Dentro da tradição estatista, os indivíduos passam a ser “pessoa legal”, cidadão portador de direitos e obrigações assegurados pelo Estado. Nesse contexto, ressalta a importância do acesso ao Judiciário e a processos justos para que se possa almejar a igualdade formal, embora afirme que na América Latina tal acesso é “distante, embaraçoso, caro e lento demais para que os desprivilegiados tentem até mesmo ter acesso a ele” (O’DONNEL, 2000).

No Estado de direito, todos, inclusive os governantes, têm direitos e deveres. Os detentores do poder estatal devem observar a vigência das leis e os procedimentos legais. A noção de Estado de direito está diretamente ligada à segurança e não, obrigatoriamente, com a liberdade. Pode-se ter um Estado autoritário que constitua um Estado de direito. Assim, o Estado de direito não cria direitos, assegura o exercício destes. Mas O’Donnel (2000) afirma que em nenhuma democracia a segurança é igual para todos, questionando até que ponto os cidadãos são igualmente protegidos pelo Estado, o que constituiria a regra básica do Estado de direito. No que diz respeito aos funcionários públicos, afirma haver uma relação distante, cara e desrespeitosa pelo fato desses não perceberem o outro como cidadão. Conclui afirmando: “Da forma como a defini, a plena vigência do Estado de Direito não foi alcançada em nenhum país” (O’DONNEL, 2000).

O conceito de Estado de Direito formulado por O’Donnel (2000) se assemelha ao de democracia nos trazido por Dahl (2012), ou seja, um regime ideal, modelar, inexistente na prática, mas sempre a ser perseguido. Por outro lado, é importante ressaltar o pensamento de Alfred Stephan (1980), para quem existe um enfoque importante, não alemão do Estado, que antecede a Hegel e que, longe de ser filosoficamente aberrante, e apesar da sua tendência no sentido de fórmulas políticas autoritárias, tem sido um elemento dominante do pensamento político desde Aristóteles. O autor ressalta que tal enfoque se encontra vivo como influência filosófica e estrutural, especialmente no sul da Europa e na América Latina. Embora não se trate de um corpo de pensamento político tão textual e historicamente específico como o marxismo clássico ou o pluralismo liberal, é um corpo de ideias passadas desde Aristóteles pelo direito romano, a lei natural medieval e adentrando a filosofia social católica contemporânea, que o autor chama de tradição estatista-orgânica do pensamento político. Stephan (1980) afirma que o enfoque estatista-orgânico tem muitas variantes, às vezes contraditórias, mas que, ainda assim, um teórico político do século XX na América Latina pode “[...] retirar facilmente de Aristóteles, do direito romano, da lei natural, e das encíclicas

papais um corpo cumulativo de ideias, acentuando a comunidade política, a teoria do direito de associação, e o papel central do estado para a consecução do bem comum” (STEPHAN, 1980).

Importante assinalar que, para o autor, o centro moral da visão estatista-orgânica não é o indivíduo considerado por si mesmo, mas – seguindo o pensamento aristotélico para quem era fundamental que os membros da *polis* fossem bons e justos para que o Estado garantisse um sistema de boa lei bem obedecida –, a comunidade política que permite aos indivíduos a realização. Inspirado ainda pelo pensamento aristotélico, segundo o qual os governos que governam objetivando interesses privados, quer do um, dos poucos ou dos muitos, são perversões, o autor afirma que “A preocupação com a busca do bem comum leva a uma desenfatização ou rejeição das formas de procedimento e a uma rejeição da legitimidade dos ‘interesses privados’ mesmo que esses interesses privados representem a maioria” (STEPHAN, 1980).

Como podemos notar, existe uma forte ligação entre o pensamento estatista-orgânico e a filosofia social católica, religião predominante na América Latina. Para essa filosofia, segundo o autor, o bem comum é o princípio dominante que controla qualquer outro interesse em sua ordem, é a causa final do Estado, seu fim último que dá ao poder político soberano sua autoridade e legitimidade moral. Vale lembrar que, coincidentemente, a estrutura da Igreja Católica está assentada sobre forte hierarquia.

O estado, na tradição estatista orgânica é assim claramente, intervencionista e forte. Contudo, é importante compreender que uma ordem orgânica justa e estável não deve necessariamente ser igualada com a ordem estabelecida. O conceito do bem comum, com a obrigação moral que ele impõe ao estado de alcançar o bem estar geral, deixa aberta a possibilidade de que o estado pode formular e impor à sua própria iniciativa mudanças importantes na ordem estabelecida para criar uma sociedade mais justa (STEPHAN, 1980).

Os regimes estatistas-orgânicos enfrentam ainda uma contradição na esfera econômica, pois se comprometem comumente com um modelo elitista intermediário, que não é nem capitalista nem comunista e substituem a iniciativa privada pela regulamentação pública da vida econômica, conservando, entretanto, o mercado como mecanismo básico para a distribuição de bens e serviços. Ainda, de acordo com Stephan (1980):

Devido em parte a estas tensões inerentes ao modelo abstrato do estatismo orgânico, em muitos casos concretos de regimes que anunciam inicialmente princípios estatistas-orgânicos, há uma tendência política de se deslocar no sentido de maior controle sobre os grupos via uma política corporativista manipulativa (especialmente com relação aos grupos das classes trabalhadoras) do que é teoricamente presumido no modelo, e há uma

tendência da política econômica de permitir maior liberdade empresarial para o capitalismo que é presumido no modelo. Esses regimes transformam-se assim em grandes capitalistas corporativistas-autoritários.

O enfoque do autor nos induz a relacionar motivos que, de certa forma, justificariam o posicionamento predominantemente autoritário e normalmente aceito nos países da América Latina, inclusive no Brasil – posicionamento sob o qual vivemos e ao qual nos habituamos. O pensamento estatista-orgânico tem um viés autoritário, que, absorvido pela Igreja Católica, se fez também absorver por países predominantemente católicos, disseminando-se a ideia de um Estado protetor, tão difundida no continente.

Ainda assim, a década de 1990 trouxe à tona no Brasil um novo objeto para a reflexão, para a pesquisa nas ciências jurídicas e sociais e para o debate político-constitucional, que foi a crise do Poder Judiciário. Este fato tem provocado amplas repercussões no sistema jurídico-político, vide as reformas constitucionais propostas, e uma mudança de percepção acerca do papel do Judiciário perante a sociedade civil.

Arantes (2002), ao tratar da atual situação do Ministério Público, afirma que este está passando por um importante processo de reconstrução institucional. Associado à normatização de direitos coletivos e à emergência de novos instrumentos processuais, isso tem resultado no alargamento do acesso à justiça no Brasil e, em especial, na canalização de conflitos coletivos para o âmbito judicial, exercendo aí, o Ministério Público, importante papel na tutela de direitos coletivos por esta via. Dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também têm impulsionado um processo mais amplo de judicialização de conflitos políticos e, no sentido inverso, de politização do sistema judicial.

Esse duplo movimento de judicialização/politização tem balizamentos jurídicos e políticos. Do ponto de vista legislativo, desde pelo menos o início dos anos 1980, temos assistido a um importante processo de normatização de direitos que, em função de sua natureza difusa e/ou coletiva, encontravam-se até então excluídos do nosso ordenamento jurídico como, por exemplo, as áreas como meio ambiente, direitos do consumidor e patrimônio histórico e cultural.

O Estado brasileiro passa a apresentar como justificativa à adoção do modelo regulatório estatal da iniciativa privada (formada principalmente por empresas privatizadas) a sua incapacidade de acompanhar e se adequar às tendências e exigências do desenvolvimento econômico mundial. Mas a reforma regulatória no Brasil manteve um Executivo bastante

intervencionista, pois muitas das agências reguladoras estão vinculadas a critérios menos técnicos que políticos, situação que propicia a atuação do Ministério Público e do Judiciário na esfera de atuação das agências, fiscalizando-as e intervindo.

Assim, é possível perceber que os diferentes graus de interação entre Estado e sociedade civil e entre o público e o privado, não excluem a manutenção de arranjos centralizados e que a ineficiência da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na administração de problemas *interna corporis* é uma porta aberta à atuação do Ministério Público e à intervenção do Judiciário.

3.5 OS INDIVÍDUOS E OS DIREITOS POLÍTICOS FRENTE À NATUREZA DA DEMOCRACIA ATUAL

No que toca ao que tratamos como democracia, interessante se torna diferenciar o que originalmente o termo designava e o que entendemos por democracia na atualidade. A origem grega do termo nos remete à participação de todos nas decisões públicas, na chamada *democracia participativa*. Em uma eventual comparação entre a democracia dos antigos e a dos modernos, a partir da origem histórica do regime, não dispomos de nenhuma experiência atual significativa de uma democracia direta do tipo grego para servir como “modelo”. Todas as nossas democracias são indiretas, isto é, são democracias representativas em que somos governados por representantes, não por nós mesmos.

A democracia da antiguidade constituía a maior aproximação possível da ideia de participação, com governantes e governados interagindo. Se na atualidade a democracia dos modernos, como é chamada por Norberto Bobbio (2000), é vista a partir de uma perspectiva positiva, na Grécia a democracia tinha uma conotação negativa. Platão e Aristóteles foram seus críticos.

A diferença entre democracia direta e indireta é muito grande. A comparação nos mostra que a democracia direta permite a participação contínua dos cidadãos no exercício direto do poder, ao passo que a democracia indireta consiste, em grande parte, num sistema de limitação e controle do poder. Nas democracias atuais existem os que governam e os que são governados. Há o Estado, de um lado e os cidadãos do outro, os que lidam com a política profissionalmente e os que se esquecem dela, exceto em raros intervalos. Nas democracias antigas, tais diferenciações pouco significavam. São regimes diferentes que adotaram o mesmo nome.

É possível que o ressurgimento da democracia moderna tenha ocorrido como uma espécie de “atenuante” à figura do Estado nacional forte que se organizava a partir do século XVII e que filósofos como Hobbes – tido como o principal teórico do absolutismo – e Rousseau, buscavam explicar a sua constituição e capacidade de intervenção na vida do indivíduo a partir da teoria contratualista. Para Hobbes (1984): “[...] um preceito ou regra geral estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense contribuir melhor para preservá-la”.

Locke acrescenta na sua concepção de contratualismo, a proteção à propriedade e, ao contrário dos seus predecessores, insere esse conceito na discussão. Para ele, a propriedade é eticamente justificada pela concessão de Deus nas Escrituras, pela racionalidade humana e pela lei moral fundamental da autopreservação. Visto assim, é o homem enquanto espécie e não como indivíduo que tem o direito de possuir o que a natureza lhe oferece.

Podemos inferir dessa “evolução” a participação do cidadão nos destinos do Estado criado, através dos regimes democráticos, que criariam, em tese, a possibilidade de todos exercerem o governo.

Atualmente, muitos dos princípios que temos como próprios da democracia foram introduzidos pelo liberalismo. São valores liberais, embora, segundo Raymond Aron (1985), democracia e liberalismo não se confundam: democracia é uma forma de dominação, que pode ser liberal ou despótica e liberalismo é o exercício de direitos. As leis limitam o direito de cada um, podendo reduzi-los ou ampliá-los.

Interessante se torna também a diferenciação de termos tão utilizados como democracia e republicanismo, que, segundo Robert Dahl (2001), não se confundem. Para ele, republicanismo e democracia não possuem o mesmo significado. Podem andar e andam separados e às vezes até se confrontam. O republicanismo se baseia na virtude cívica, que é a preponderância do interesse público sobre o interesse privado, e no civismo, que é a participação dos cidadãos nos negócios públicos. Tais fatores estão relacionados entre si, uma vez que é a participação nos negócios públicos que faz com que o indivíduo conheça o interesse público. É na esfera pública que o homem se torna “humano”, onde pode explorar as suas potencialidades. Na vida privada, o homem é um animal como os outros, vivendo para satisfazer, basicamente, suas necessidades biológicas.

A democracia que temos é de uma sociedade plural, organizada sobre valores, princípios e diferenças que são, muitas vezes, conflitantes entre si. Como garantir essas sociedades sem levá-las a choque? Segundo John Rawls (1999) isso só é possível a partir da adoção de uma concepção de justiça que seja válida para a esfera política. Temos aí, de alguma forma, a justiça como base da democracia.

A cooperação social só é possível a partir da adoção de uma concepção de justiça válida para a esfera política. Tal concepção de justiça não garante amor e fraternidade entre as pessoas, apenas a ideia do justo e do injusto e deriva de uma ideia organizadora da sociedade concebida como um sistema de cooperação social entre pessoas livres e iguais, conectados e relacionados em ideias e princípios. Esta concepção possibilita-lhes especificar publicamente o que deve ser reconhecido como razões válidas e suficientes e quais são destacadas por essa mesma concepção. Em outras palavras, a concepção de justiça formulada por Rawls (1999) se apresenta como algo que pode ser compartilhado pelos cidadãos com base em um acordo político racional bem informado e voluntário, mas que deve ser independente das doutrinas filosóficas e religiosas, pois o debate dos cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça deve ser pautado em princípios e valores políticos e não metafísicos.

Para Rawls (1999), o debate se dá a partir de uma concepção política de justiça, ele não nega a existência de outros valores que se apliquem ao familiar ou ao pessoal, mas prioriza esses valores, princípios políticos fundacionais, que formariam o que ele chama de “estrutura básica da sociedade”. Necessário se torna a atenção para com a “justiça básica” encarnada na constituição, para que os seus princípios se mantenham atuais e para o que seja justo, no momento da concepção, não se torne injusto. A “estrutura básica” afeta os indivíduos nas suas expectativas, modelando-os.

A fim de descobrir a concepção tradicional de justiça, ou que variante dessas concepções traz os princípios mais adequados para o exercício das liberdades fundamentais como a de ir e vir e a liberdade de expressão, além da igualdade, Rawls (1999) introduz o conceito de posição original. Este é um artifício de representação que descreve as partes, cada qual responsável pelos interesses essenciais de um cidadão livre e igual, numa situação equitativa, alcançando um acordo de boas razões. A ideia é usar a posição original para representar tanto a liberdade e a igualdade quanto as restrições às razões apresentadas e de maneira tal que se tornem perfeitamente evidente qual acordo seria feito pelos cidadãos.

O conflito entre esses dois princípios, como se sabe, define o contexto das conquistas e dos impasses dos regimes democráticos, bem como o contexto do debate filosófico a respeito da fundamentação da democracia.

Valores tidos como típicos da democracia foram legados pelo liberalismo. O individualismo, um desses valores, pode ser observado como um valor originalmente liberal, mas não necessariamente democrático, não havendo, entretanto, contradição entre ambos, pois a democracia cria as condições para a efetivação do individualismo liberal. Este, entretanto, se apresenta como uma espécie de “valor natural” regulado pelas condições e pelo mercado, não tutelado pelo Estado. O indivíduo aqui é o titular dos direitos inerentes à sua individualidade e do exercício destes.

Giovanni Sartori (1994) discute o legado teórico da democracia a partir do tratamento simultâneo das perspectivas normativa e descritiva, refletindo sobre o que a democracia é e o que deveria ser a partir de perspectivas normativas. Para o autor, nem o ideal democrático define a realidade, nem o regime político em questão resulta de interações entre ideais e a realidade. Por isso, convivemos com o uso indiscriminado e impreciso da palavra democracia. Todos se proclamam adeptos desse regime, dando uma abrangência muito ampla à sua conceituação. Sartori (1994) busca reduzir a indefinição do termo e, de maneira sucinta, aborda a democracia como método decisório realizado por várias unidades. O autor vê na definição etimológica de democracia – governo do povo – um mero ponto inicial na busca de uma melhor conceituação do termo. A interpretação do termo “povo” utilizada pelo autor corresponde ao princípio da maioria limitada. Tal princípio defende que nenhum direito de maiorias pode ser ilimitado, mas, sim, restringido pelos direitos das minorias.

As democracias modernas dependem dessa limitação do poder da maioria, de procedimentos eleitorais e da possibilidade de transmissão do poder dos representantes, ou seja, do respeito às instituições democráticas e à regra da rotatividade das elites dirigentes. Para Sartori (1994), as eleições foram concebidas originalmente como um instrumento de seleção no sentido qualitativo do termo. Com o passar do tempo, entretanto, a ênfase qualitativa acabou por dar lugar à quantitativa, tornado a democracia um regime cuja má seleção torna-se, às vezes, inevitável. A maior dificuldade do autor será, desta forma, dar um embasamento teórico à democracia representativa e ele, antes de procurar entender o que a democracia é, considera prudente dizer o que ela não é – delimitar a democracia no negativo, tornando mais fácil uma demarcação de onde começa ou termina a idéia de democracia. Para

o autor a democracia representa um sistema no qual ninguém pode assumir em seu próprio nome um poder irrevogável e ninguém é “proprietário” do poder (SARTORI, 1994).

As questões envolvidas na proposta de Sartori (1994) da democracia como processo decisório são abordadas quando ele trata do processo de decisão na esfera democrática. Expressa que as decisões são externas à competência de cada indivíduo, tomadas por alguém para outrem e chama de “coletivizada” este tipo de decisão. Adotando essa forma de decidir como fato, o autor indaga acerca de quando e como devemos coletivizar uma área de decisões. E responde a partir de dois fatores: os custos internos e os riscos externos. Os custos internos significam que toda decisão de grupo tem custos para os próprios tomadores, enquanto os riscos externos são riscos para os destinatários. Quanto maior o número de pessoas no órgão responsável pelas decisões, maior os custos internos ou custos decisórios. O método representativo aparece, então, como a única possibilidade para se enfrentar os riscos externos, pois apenas a redução do universo dos representados para um pequeno grupo de representantes permite uma redução importante dos riscos externos sem agravar os custos internos.

Sartori (1994) detém-se nas várias unidades formadoras do conjunto de processos de tomada de decisão no regime democrático. Essas unidades consistem nos comitês, que são formadores de decisões e, em última análise, os grupos que permanecem como tomadores de decisões em todas as democracias modernas. O comitê é definido como um grupo institucionalizado de pessoas, de interação face a face e que decide em relação a um fluxo de resoluções. Para o autor, as decisões tomadas em uma democracia são antes examinadas por um comitê e mesmo o governo é tido como um. Os comitês constituem a unidade de formação das decisões e permitem uma redução drástica dos riscos externos sem o aumento correspondente dos custos internos, produzindo resultados de soma positiva para coletividade.

No nosso caso, a democracia, ainda que imaginada no modelo descrito por Sartori (1994), traz em si instituições como o Ministério Público e o próprio Judiciário, as quais ficam na dependência direta do poder Executivo – fato que lhe pode tirar a independência de atuação ou permitir que essa atuação fique condicionada às circunstâncias decorrentes do presidencialismo de coalizão.

Em uma perspectiva mais “realista”, questionado a ideia de democracia como valor, Joseph Alois Schumpeter (1961) faz uma crítica à doutrina clássica da democracia e estabelece uma mudança essencial na sua concepção. Para ele, toda sociedade necessita de um arranjo institucional para que sejam tomadas decisões e a democracia constitui apenas um

método para se chegar a decisões políticas, não constituindo um fim em si mesmo, por ser apenas um método.

A teoria clássica seria uma ficção, pois os cidadãos são totalmente desprovidos de razão quando o assunto envolve questões políticas. Esta concepção aproxima a teoria da nossa prática, ao constatarmos que vivemos em uma sociedade de baixo nível informacional.

As definições de bem comum, vontade da maioria e vontade do povo são conceitos que variam de acordo com os interesses daqueles que se envolvem na política, ou seja, são manufacturados por eles. São conceitos subjetivos que, aliados ao mencionado baixo nível informacional, facilitam a manipulação de opiniões. O bem comum aparece como algo que não pode ser definido de forma coerente, pois a sua concepção para diferentes grupos dentro de uma sociedade pode se mostrar de forma multifacetada: “Não existe algo que seja um bem comum unicamente determinado, sobre o qual todas as pessoas concordem ou sejam levadas a concordar através de argumentos racionais [...] para diferentes indivíduos e grupos, bem comum está fadado a significar diferentes coisas” (SCHUMPETER, 1961).

Essa visão seria incompatível com a forma adotada pelo Ministério Público no nosso modelo democrático. O órgão lida com interesses coletivos e difusos, que possuem uma carga muito grande de “bem comum” ou mesmo de “vontade da maioria” ou “vontade do povo”, se considerarmos a maneira como, muitas vezes, os seus membros escolhem e abraçam as causas a serem defendidas. Excetuando a área penal, não existe um critério objetivo nas iniciativas do órgão e mesmo na esfera penal, ante o protagonismo que o órgão alcançou, a seletividade das pessoas e a escolha do momento para a iniciativa são, atualmente, alvo de críticas.

Como um método, a democracia será eficaz quando utilizada em circunstâncias adequadas, não guardando vínculo com os resultados que produz, não produzindo, necessariamente, mais bem-estar social por ser democracia.

Assim, a democracia pode produzir resultados diferentes entre si, dependendo da forma como for utilizada, não sendo verdadeira, na ordem de ideias da concepção minimalista, a noção de que órgãos criados para a defesa da sociedade e da própria democracia são decorrentes do processo de escolha. Para Schumpeter (1961):

Em primeiro lugar, de acordo com o ponto-de-vista que adotamos, a democracia não significa nem pode significar que o povo realmente governa em qualquer dos sentidos tradicionais das palavras povo e governo. A democracia significa apenas que o povo tem oportunidade de aceitar ou recusar aqueles que o governarão.

Desta forma, podemos concluir, a partir da construção teórica de Schumpeter (1961), que o Ministério Público não é uma decorrência da democracia, já que esta se resumiria a um meio de escolha. A chamada concepção minimalista é, certamente, o dado mais próximo da objetividade na concepção do que seja um “regime democrático”. Na prática, quando temos um Estado organizado que se diz democrático (como, aliás, todos fazem), são levados em conta critérios subjetivos, como justiça e bem estar social. Dessa forma, teríamos, exclusivamente, como critério concreto de aferição a concepção minimalista de Schumpeter, considerando que as variáveis nela contida são mensuráveis e de possível comprovação.

O termo “democracia”, entretanto, adquiriu uma forte acepção substantiva, como forma de inclusão e participação tanto da sociedade quanto do indivíduo no governo que dirige os destinos do Estado. Não soa de forma interessante a idéia segundo a qual a participação em uma democracia está reduzida ao seu comparecimento às urnas em eleições livres, no momento do voto. Aprendemos a enxergar a democracia como participação ou influência do indivíduo no processo decisório. Contudo, o Estado cresce sobre a sociedade e o indivíduo, tutelando os seus direitos em todas as esferas de atuação e estando presente cada dia mais na vida cotidiana.

No nosso caso, temos a figura da instituição Ministério Público a tutelar direitos individuais, coletivos e difusos, a funcionar como fiscal da lei e a ser o titular da ação penal pública. Sem falar do poder de investigação, também atribuído a ele. Temos, assim, na prática, a possibilidade de intervenção do órgão em todos os campos de atuação da sociedade, praticamente sem limitações, mesmo não havendo fundamento jurídico para se creditar mais imparcialidade ou infalibilidade a membros do Ministério Público que aos demais agentes públicos.

O não reconhecimento público desse crescimento do Estado sobre a sociedade e o indivíduo, é o que leva Norberto Bobbio (BOBBIO, 2000) a afirmar que a exigência, tão frequente nos últimos anos, de “maior democracia”, exprime-se como reivindicação de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta. Para o autor, democracia é procedimento e nada mais que isso. Tal ideia se contrapõe à de democracia substantiva, com a qual convivemos mais frequentemente, que concebe a prática democrática como permeada por valores que não são comuns a outros regimes. A democracia teria uma “substância própria” garantindo ideais como justiça, liberdade, igualdade e fraternidade.

Para Bobbio (2000), a expressão “democracia representativa” significa, genericamente, que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade. Neste modelo, o representante pode tomar decisões em lugar dos representados, diferentemente do que ocorre em um poder delegado, em que alguém é escolhido como uma espécie de porta-voz de determinado grupo, fazendo, exclusivamente, o que lhe foi autorizado por aquele grupo.

Bobbio (2000) afirma que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade. O autor sustenta que um sistema democrático caracterizado pela existência de representantes substituíveis é, na medida em que prevê representantes, uma forma de democracia representativa, mas aproxima-se da democracia direta na medida em que admite que estes representantes sejam substituíveis. É um gênero anfíbio, do qual a história nos oferece inúmeros exemplos. Exatamente porque entre a forma extrema de democracia representativa e a forma extrema de democracia direta existe um *continuum* de formas intermediárias, um sistema de democracia integral. Ela pode conter todas, cada uma delas em conformidade com diversas situações e exigências, perfeitamente compatíveis entre si. Para o Bobbio (2000), um regime é democrático quando os representantes são escolhidos em eleições livres pelo voto livre, o que constitui a essência do regime representativo.

Seria importante, entretanto, no modelo de democracia participativa um maior exercício dos direitos individuais pelo próprio indivíduo, o que teria como consequência natural uma maior participação no processo democrático. No nosso modelo, direitos individuais são muitas das vezes exercidos pelo Ministério Público, que atua na defesa da sociedade e, conseqüentemente, do cidadão ante o Estado.

3.6 LIBERALISMO, INTERVENCIONISMO E DEMOCRACIA

A presente abordagem torna necessária a menção à obra de Tocqueville (1805-1859). O autor analisa a formação dos Estados Unidos da América mostrando que, na instauração da democracia americana, o ideal de igualdade ocupava um lugar anterior ao ideal de liberdade,

não só historicamente, mas também na justificação e na prática do sistema democrático (TOQUEVILLE, 2005).

Ainda que consideremos tratar-se de uma obra do século XIX, cabe avaliarmos como o autor procura explicar a formação da democracia americana, que nos seus fundamentos persiste até hoje, fazendo um exercício de comparação com o modelo democrático em que vivemos.

Conforme adverte Tocqueville (2005), um Estado democrático deve ser caracterizado por um modelo político cujo objetivo maior consista na instituição da igualdade e da liberdade entre seus cidadãos, ou seja, “por um estado social marcado pela igualdade de condições e por uma forma política que dá expressão à vontade dos membros do corpo político” (REIS, 2004). Entretanto, ressalta o autor: “é da própria essência dos governos democráticos o fato de o império da maioria ser absoluto; porque, fora da maioria, não há nada que resista nas democracias” (TOCQUEVILLE, 2005).

O exemplo histórico dos Estados Unidos da América do século XIX enfatiza o que se acena como um dos grandes perigos aos quais os governos democráticos se sujeitam. O poder da maioria, beirando à força da natureza, acaba por encontrar chancela nos estados norte-americanos. Para Tocqueville (2005), “a maioria das constituições americanas ainda procurou aumentar artificialmente essa força natural da maioria”. Isso pode ser exemplificado pelo modo como se estabeleceram os poderes políticos no país, sobretudo no que se refere ao Poder Legislativo, nomeado diretamente pelo povo e por um prazo muito curto.

Na primeira metade do século XIX, com uma interpretação que evita o unilateralismo, Tocqueville constata que a característica principal das democracias é o fato de que os homens, colocados em situação de igualdade, isolados e entregues a si mesmos, são indivíduos frágeis que, desprovidos de tradições, só possuem a razão para tentar justificar as leis que devem se auto impor. O modelo americano, entretanto, é eminentemente liberal, individualista por inspiração, situação que temos dificuldade em assumir no nosso breviário político. Segundo Álvaro de Vita (2011):

Um Estado liberal justo deve ter como um de seus objetivos centrais propiciar a seus membros as condições para que cada um possa agir com base em suas próprias convicções sobre aquilo que tem valor intrínseco na vida. De acordo com essa visão, não cabe à autoridade política determinar que objetivos e fins – quer isso diga respeito a ideais morais, religiosos ou políticos ou ao bem e à felicidade individuais – as pessoas devem se empenhar em realizar em suas vidas. O exercício do poder político, que sempre envolve o emprego da coerção coletiva da sociedade, não pode se

justificar com base na suposição de que há uma doutrina verdadeira, quer se trate de uma religião ou de uma doutrina moral ou política, sobre o que constitui a boa vida para o homem e à qual os que estão submetidos a esse poder devem se conformar. Dispor de soberania para determinar que convicções de valor moral devem guiar as próprias escolhas em um âmbito de independência individual preservado de interferências arbitrárias é aquilo que, para qualquer vertente de liberalismo político, responde pela ideia de liberdade. A primeira formulação dessa visão, ainda que não despida de ambiguidades (o termo liberalismo só se incorporou definitivamente ao vocabulário político ocidental na segunda metade do século XIX), é a que se encontra na *Carta acerca da tolerância* (de 1689), de John Locke. E essa é essencialmente a visão que vamos encontrar nas obras políticas de uma longa linhagem de pensadores que contribuíram para o liberalismo político, como Montesquieu, Kant, Benjamin Constant, Tocqueville e Stuart Mill (VITA, 2011).

O modelo liberal constatado por Tocqueville desde a formação dos Estados Unidos da América privilegia a atitude, a livre iniciativa e o respeito à individualidade de cada um. Além da mínima possibilidade de intervenção do Estado, situação que nos parece estranha se comparada com o nosso atual modelo de democracia.

O Estado Liberal é a expressão histórica do triunfo político da burguesia e se caracteriza por ser um modelo de Estado que adota garantias individuais e um sistema de controle de poder estatal, tradicionalmente identificado no mecanismo da separação de poderes para estruturar o Estado. Possui, sim, um amplo conjunto de prescrições legais, que têm por objeto a normatização das condutas intersubjetivas. Mas se apresenta distante da problemática social e, conseqüentemente, de intervenções na ordem econômica. A questão social era uma questão para a polícia e não para políticas.

Como produto histórico, o Estado Liberal vai enfrentar os questionamentos antiliberais do século XIX, tanto por parte das investidas teóricas como pela realidade que se impunha pela crise socioeconômica. O limiar do século XX leva ao abandono do liberalismo clássico como doutrina política, e se podemos dizer que se o século XX foi um período de grandes revezes democráticos, tendo em inúmeras ocasiões a democracia dado lugar a regimes autoritários, afirmamos também que a democracia se impôs no final do século e regimes autoritários se foram. Entretanto, passamos a conviver com democracias em que o Estado passou em muito a tutelar a sociedade e a prevalecer ante o indivíduo.

O liberalismo e a democracia, juntamente com o socialismo e o comunismo, são expressões, sistemas que sintetizam a luta política dos séculos XIX e XX. Formataram a conjuntura política atual e ainda exercem influência nas concepções políticas contemporâneas,

daí a importância da visão dessas ideias políticas para uma melhor compreensão do que atualmente acontece.

Tomemos o exemplo do Brasil, onde temos elementos, pelo menos, das três primeiras formas citadas, embora nos intitulemos como uma “democracia liberal”. A força do Estado brasileiro, seu poder intervencionista e os elementos corporativos que ele conserva, evidenciam sinais da influência socialista.

Segundo Sartori (1994):

Entre as quatro denominações só o “comunismo” é relativamente claro, pelo menos de 1918 em diante. No entanto, a ruptura entre socialistas e comunistas ajudou a tornar “socialismo” menos ambíguo. É verdade que o socialismo pode ser marxista, semimarxista e não-marxista, maximalista ou reformista (como em suas encarnações trabalhistas e socialdemocratas de hoje). No entanto quem é socialista não é marxista-leninista.

Com a queda de regimes autoritários e a reconstrução das democracias da Europa ocidental após a segunda grande Guerra, o liberalismo ressurgiu a partir dos escritos de vários teóricos, dentre os quais, Friedrich August Von Hayek. Este escreve sob um mundo em transformação, num momento em que havia a necessidade do fortalecimento do capitalismo e, conseqüentemente, do incentivo à iniciativa individual. Era o início da Guerra Fria e estabelecia-se um combate à doutrina socialista. Em 1944, ano da publicação de sua obra principal, *O caminho da servidão*, as ideias que imperavam estavam ligadas ao intervencionismo keynesiano e à ideia de bem estar social, com as quais discordara.

Hayek (1990), entretanto, não oferece uma explicação clara para a possibilidade de solução pelo mercado de todos os problemas sociais. Keynes pertencia a uma época ligada ao planejamento econômico e à associação dessa ideia à doutrina socialista, mostrando-se preocupado com a intervenção do Estado na economia dos países livres. A partir desse momento, estabeleceram-se as democracias, como as conhecemos, com algumas mudanças no decorrer do tempo, mas com a essência da prevalência do respeito ao direito individual, em contraposição aos regimes socialistas, nos quais predominava a ação do Estado em detrimento do indivíduo. Desta forma, tivemos o capitalismo privilegiando mais a liberdade em relação à igualdade e o socialismo dando ênfase à igualdade em detrimento da liberdade.

Os progressos trazidos pelo liberalismo e o capitalismo induziram as pessoas a se tornarem “impacientes”. O liberalismo/capitalismo não pode trazer todo o progresso de uma só vez, o que fez com que muitos passassem a rejeitá-lo e o ideal liberal foi posto em dúvida pelas doutrinas socialistas e anarquistas em decorrência de seu próprio sucesso. Tudo o que o

liberalismo promete é que os homens participem do “progresso sem fim”, e o capitalismo mostrou aos homens que eles não estão condenados a viver na miséria e que as soluções e o progresso dependem mais de cada um que do Estado.

Tal concepção, particular a um liberalismo que poderíamos chamar de “puro”, se adotada, não comportaria o modelo de intervenção estatal através do Ministério Público, com o qual convivemos. O fato de termos uma sociedade civil fraca, desorganizada e incapaz de defender seus direitos fundamentais, ainda torna esse modelo interventor necessário à nossa realidade.

Além disso, frequentemente, é o próprio poder público quem mais desrespeita esses direitos fundamentais. Dessa equação resulta a proposta, de natureza instrumental, de que “alguém” deve interferir na relação Estado/sociedade em defesa dessa última. Instrumental no sentido de que não é para sempre: pelo menos no plano imediato, no momento, “alguém” tem de tutelar os direitos fundamentais do cidadão até que ele mesmo, conscientizado pelo exemplo da ação de seu protetor, desenvolva autonomamente a defesa de seus interesses.

A adoção da economia planejada, intervencionista, fez com que os homens abandonassem o caminho que os levou ao progresso e assumissem um caminho que iria destruir liberdades já conquistadas. Mas o progresso, só poderia ser mesmo atingido através da iniciativa privada, visto que o modelo de economia planejada leva a um processo de centralização das decisões, que conduz, logicamente, a uma ditadura política e burocrática, sem o progresso econômico.

De acordo com Hayek (1990), o “objetivo social” ou o “propósito comum” para o qual se pretende justificar a organização da sociedade e o planejamento e intervenção estatal na economia costuma ser vagamente definido como o “bem comum”, o “bem-estar geral” ou o “interesse comum”. Não é necessário muito esforço para se perceber que esses termos não estão suficientemente definidos para determinar uma linha específica de ação. O bem-estar e a felicidade de milhões não podem ser aferidos numa escala única de valores. O bem-estar de um povo, assim como a felicidade de um homem dependem de inúmeras coisas que lhe podem ser proporcionadas numa infinita variedade de combinações. Não é possível exprimi-las de modo adequado como um objetivo único, mas apenas como uma hierarquia de objetivos, uma ampla escala em que cada necessidade de cada pessoa tem o seu lugar.

O discurso socialista, estatizante, mostra-se generalizante, pouco preciso e, de forma explícita, submete a sociedade ao Estado, que cria órgãos para tutelá-la em nome de propostas

pouco específicas como promoção da igualdade ou a busca do bem comum, noções imprecisas e de difícil comprovação empírica.

Certamente, o discurso socialista traz em si uma maior possibilidade de sucesso em meio a sociedades de baixo nível informacional como a nossa, que busca o Estado para a solução de problemas de qualquer natureza e este cria, por sua vez, instrumentos próprios de intervenção para essas resoluções – instrumentos que acabam por se tornar mecanismos de controle social.

O liberalismo não poderia acabar com sociedades de classe e gerar uma “igualdade” total como “sociedade perfeita”, sem injustiça, papel que veio a ser reivindicado pelo socialismo, que pregaria também o fim do Estado no seu modelo teórico – coisa que não poderia ser encampada pelo liberalismo, uma doutrina individualista que defende que é a partir do indivíduo que a sociedade deve se organizar não se confundindo isso com egoísmo, pois não exclui o interesse coletivo. Neste contexto, segundo Macridis (1982), o chamado totalitarismo de direita se espalha pela Europa após a Primeira Guerra Mundial, ante o aparente fracasso do liberalismo, que não conseguia responder de imediato às necessidades das massas naquele momento difícil. Tais regimes eliminariam algumas das liberdades mais fundamentais erigidas pelo mundo civilizado, ao longo de muitos séculos, posicionando-se “contra o liberalismo, contra o individualismo, contra a razão, contra a igualdade, contra as instituições parlamentares, contra a democracia, contra o direito internacional, contra a sociedade burguesa e sua cultura, contra as grandes cidades” (MACRIDIS, 1982).

O indivíduo não existe em função do Estado ou da abstração denominada “sociedade”, que nada mais é senão uma acumulação de indivíduos. O homem é a fonte da evolução e o que chamamos de civilização é o resultado de um combate contínuo do indivíduo ou dos grupamentos de indivíduos frente ao poder de Estado. O Estado e suas instituições sociais fazem-se e desfazem-se, enquanto a individualidade persiste. Essa é a visão liberal que contraria a força e onipresença do Estado e a crescente intervenção deste na vida de cada um, mesmo em regimes democráticos. Para o liberalismo, mas principalmente para os “realistas” políticos, o Estado é quem cria, mantém e manipula os mecanismos de “participação popular”, em que os agentes políticos são os “executores” da vontade popular.

A suposição de que os recursos públicos são alocados de acordo com a vontade do povo é um pressuposto básico do ideal normativo de democracia, que é uma democracia que reivindica uma “substância” social que lhe é própria, ao contrário da democracia como formalidade procedimental. Assim, a democracia se diferenciaria da não-democracia pelas

suas condições substantivas e sua capacidade de produzir bem-estar e justiça social, embora a democracia não produza, por si só, nenhum tipo de organização social. Tais valores foram conquistas do liberalismo e constituem:

[...] uma ética individualista pura e simples. Nas suas fases iniciais, o individualismo se expressa em termos de direitos naturais, liberdade e igualdade. Ele está embebido do pensamento moral e religioso, mas já aparecem os primeiros sinais de uma psicologia que considera os interesses materiais e a sua satisfação como importantes na motivação do indivíduo. Em sua segunda fase, o liberalismo se baseia numa teoria psicológica segundo a qual a realização do interesse é a principal força que motiva os indivíduos. (MACRIDIS, 1982).

A teoria liberal se assenta sobre um núcleo moral, econômico e político próprio e pode prescindir da democracia para se efetivar, embora seja compatível com ela, seja no sentido substantivo ou como método de escolha. Mas essa compatibilidade também passa pelo lugar que o contexto econômico induz o Estado a atribuir maior peso às iniciativas individuais ou ao processo de coordenação estatal. E essa oscilação foi significativa durante o século XX.

Após a Segunda Guerra Mundial tem início um período de crescimento, a “era de ouro” do capitalismo, que apresentou a particularidade de dispensar grandes mudanças tecnológicas, o que manteve o desemprego relativamente baixo nos Estados Unidos e na Europa Ocidental. Origina-se aí o Estado de bem-estar social implementado na Europa Ocidental no período do pós-guerra pelos partidos de matiz social. Mas, a partir dos anos 1990, essas experiências apresentaram sinais de fadiga, pois tais Estados não encontram mais condições de manter determinados benefícios sociais, em função do crescimento populacional, do aumento da expectativa de vida, dos movimentos migratórios e da globalização. Estes fatores fizeram com que Estados que ofereciam determinados benefícios passassem a atrair pessoas que não contribuiriam para a concessão dos mesmos, fato que gerou desequilíbrio nas finanças, retração econômica e desemprego.

Como uma espécie de “vitória” liberal tardia e parcial, hoje os grandes Estados europeus buscam alcançar o postulado básico liberal de um Estado mais reduzido como solução para os problemas decorrentes da excessiva intervenção estatal na economia e na vida do indivíduo. Mas essa redução colocou como desafio o dilema: intervenção em favor do bem estar social *versus* auto regulação pelo mercado. Um dilema que a democracia brasileira vem tentando contornar pela via da judicialização dos conflitos sociais e pela tutela dos direitos coletivos ou até mesmo individuais.

Para Werneck (1999):

Nesse contexto de capitalismo autoritário, a administração pública, por definição, não se esgota na prestação de serviços à sociedade, cuja economia, mercado de trabalho, vida associativa, profissões, se encontram articulados, corporativamente, a um estado ampliado que a tudo ordena e superintende. A administração pública lhe é, portanto, essencial, pois é dela que depende em seus menores movimentos. O administrador e seus atos não são extrínsecos à formação da vontade dos agentes sociais, que os têm, ao revés, como seu ponto de partida necessário (WERNECK, 1999).

O autor prossegue afirmando que:

A figura central dessa engenharia reclama, por isso, uma composição duradoura, constitucionalizando-se o contorno preciso de sua identidade, regras de hierarquia, carreira, salários, e procedimentos funcionais, a fim de que o seu comportamento corresponda a critérios de racionalidade – burocracia de moldes hegelianos a quem cabe zelar por um mundo que, além de destituído da capacidade de se elevar ao plano do interesse geral, se encontraria permanentemente ameaçado pela colisão errática dos seus múltiplos fragmentos, orientados apenas pelo interesse próprio (WERNECK, 1999).

O texto de Werneck (1999) nos permite concluir que vivemos um híbrido de democracia e autoritarismo. É grande a presença do Estado e ainda não foi possível alcançar o ponto em que convicções políticas contraditórias se excluam e se opte por uma delas na sua forma mais pura.

Se escolhermos a democracia, caminho que parece estarmos seguindo, que alcancemos o ponto em que o Estado seja apenas regulador e exerça as suas funções típicas, abandonando a cada dia a intervenção no dia a dia do indivíduo, principalmente no que diz respeito à questões relativas à sua vida privada; e que o indivíduo dependa cada vez menos do Estado e se prepare para, ele mesmo, buscar soluções para os problemas sem muito esperar do Estado. E que, nesse estágio, o Estado esteja presente apenas para cumprir o que a lei determina, e que seja o mínimo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Democracia e Justiça são duas ideias fluídas, de difícil qualificação, duas noções que se mostram vagas e pouco exatas quando tentamos defini-las. A leitura de Platão no Livro I de *A República* nos dá uma amostra do quanto é difícil nos aproximarmos do ideal de justiça. Desde Platão, a teoria política fundamental é a discussão acerca da justiça e ao imaginarmos como um Estado deve se estruturar, buscamos em primeiro lugar indagar sobre a ideia de justiça.

Teríamos, para tanto, a ideia de Justiça e Democracia como dois conceitos a serem sempre almejados pelo homem, existentes na sua forma plena apenas no plano ideal, e dos quais deveríamos buscar sempre nos aproximar, pelo aperfeiçoamento da prática e instituições.

No âmbito prático, temos que a nossa tradição democrática é pequena, desde a nossa primeira Constituição outorgada aos diversos períodos autoritários, recentes e remotos, que atravessamos. A sociedade acabou por se “amoldar” a um Estado “tutor”, que lhe deveria dirigir e atender as necessidades. Os períodos autoritários – principalmente a chamada “Era Vargas” – foram pródigos em transformações sociais impostas, apresentadas como dádivas, que sobrevivem até os dias de hoje, seja em funcionamento ou no nosso imaginário.

Criou-se entre nós a cultura do “Estado-pai”. Em uma democracia, o acesso à justiça é direito básico, mas, mesmo no caso de direitos individuais, é crescente tal acesso através de uma estrutura criada pelo Estado: o Ministério Público.

Pouco difundida e de menor chance de sucesso, é a cultura do acesso individual. O indivíduo tende a buscar a proteção do “Estado tutor”. Este ajuíza a sua demanda, de forma seletiva, o que é inerente ao ser humano e a esse sistema, logicamente. Depois de acionado por descumprir uma premissa constitucional, o Estado (gênero) aciona todo um aparato, através das suas procuradorias, para tentar se furtar de cumprir a sua obrigação legal ou, no mínimo, atrasar tal cumprimento, comportando-se como verdadeiro inimigo do cidadão.

Tratamos em muito, no presente trabalho, da chamada “judicialização da política” e podemos ir além, com o que se pode chamar de “judicialização da sociedade”, ideia em que uma demanda, ainda que privada, deverá ser sempre submetida ao “Estado-tutor”, constatando que o instrumento que facilitou tal procedimento por parte da sociedade,

infantilizando-a em muitos aspectos, foi o multicitado Ministério Público e os poderes a ele conferidos pela Constituição de 1988.

Hoje a instituição é onipresente e nenhuma “pauta”, nem mesmo as individuais ou relativas à vida privada, lhe é estranha. O Ministério Público cresceu, se tornou intocável e, embora composto por seres humanos, foi alçado a uma posição de não questionamento; e colocado, por uma sociedade ávida por heróis, pessoas que se coloquem acima do bem e do mal. Se considerarmos a influência exercida pelo Ministério Público, ainda que através do Judiciário, sobre as decisões de governo, podemos concluir que passamos a conviver assim com uma “elite governante” não eleita, mas escolhida por concurso público, e essa elite se infiltra a cada dia que passa nas decisões dos poderes eleitos, e em muitas circunstâncias, se partidarizando.

Caminhou-se no sentido de restringir ou mesmo suprimir a possibilidade da composição de conflitos na esfera privada, incentivando-se a cultura da demanda, que acaba por submeter os mais básicos e comezinhos conflitos, sejam eles familiares ou mesmo simplesmente individuais, à tutela do Estado, sem que este esteja aparelhado para o atendimento de tais funções. Ao não dar conta destas, impõe aos cidadãos, iludidos pela suposta eficiência do “Estado provedor”, os mais diversos contratempos. Nesse caminhar, chegamos à cifra de cem milhões de processos ativos no Brasil.

Atualmente, o protagonismo do Ministério Público o faz presente em todas os temas, desde os relativos à vida privada de cada indivíduo, passando por intervenção na atuação de blocos de carnaval, às grandes questões nacionais como a tão falada “Operação Lava-Jato”, isso sem falar em prática típicas da política partidária e ações de governo. Podemos ver o Procurador Geral da República fazendo política e o Supremo Tribunal Federal (STF) legislando, fatos encarados com naturalidade. A autonomia é grande, Procuradores e Promotores denunciam e questionam tudo perante o Judiciário, mas a pouca responsabilidade que a lei atribui à instituição não cobra maior responsabilidade pelas denúncias feitas quando não se mostram procedentes.

Fica claro que no Brasil existe uma elite governante que apenas se reveza no poder, e isso inclui membros dos três poderes e do próprio Ministério Público, com o predomínio do Executivo, a quem cabe a escolha dos componentes dos tribunais superiores e do Procurador Geral da República. Essa arquitetura proporciona ao Executivo um poder de barganha muito grande, muitas vezes usado em troca de favores políticos, como podemos observar de forma clara nos dias atuais. Tais práticas “contaminam” ainda mais a possibilidade de se atingir o

que chamamos de ideal de justiça, sobretudo em um ambiente tão “judicializado” como o que aqui tratamos.

Acabamos por criar uma nova classe política não eleita, mas admitida por concurso público, que na prática todos temem, principalmente por exercer uma função estatal livre de qualquer responsividade, visto que os seus membros não prestam contas das suas atuações, independente do resultado alcançado.

Cabe refletir ainda sobre o risco que a inobservância de direitos individuais pelo Ministério Público, ainda que sancionadas pelo Poder Judiciário, em nome do combate a um “mal maior”, ou a própria intervenção do Judiciário em assuntos internos de outros poderes, representam ao equilíbrio dos Poderes e à própria democracia.

Observa-se, assim, que a estrutura e funcionamento das instituições põem de lado a vontade e autonomia individual. Partindo do que podemos chamar de “cultura da demanda”, aparecem o Ministério Público provocando, o Poder Judiciário atuando, e ainda que de forma ineficiente, dando a “última palavra”, a vida privada judicializada, o indivíduo à parte e a sociedade como figurante.

REFERÊNCIAS

ARANTES, R. B. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, 1999.

_____. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré/Fapesp, 1997.

_____. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Fapesp/EDUC, 2002.

ARAÚJO, R. C. A organização dos Poderes na Constituição de 1988: o Poder Judiciário e a nova cidadania. *Contemporânea: Revista de Estudos e Debates*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1997.

ARON, R. *Estudos Políticos*. Brasília: Editora da UnB, 1985.

ASENSI, F. D. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, jan. 2010.

BARROSO, L. R. Judicialização é fato, ativismo é atitude. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BOBBIO, N. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOSCHI, R.; LIMA, M. R. O Executivo e a construção do Estado no Brasil: do desmonte da Era Vargas ao novo intervencionismo regulatório. In: VIANNA, L. W. (Org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 195-253.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal; Secretaria Especial de Informática, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_15.09.2015/CON1988.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. *Lei n. 6938*, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. *Lei n. 7347*, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. *Lei n. 8069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990b. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. *Lei n. 8080*, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990c. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

CANAL, H. O. Os sindicatos e os movimentos sociais na “Era Vargas”. *Horizonte Científico*, Uberlândia, v. 5, n. 2, p. 1-29, dez. 2011. Disponível em:
<www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/download/.../7945>. Acesso em: 22 out. 2014.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2006.

CARNEIRO P. C. P. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CITTADINO, G. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

DAHL, R. A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Um Prefácio à Democracia Econômica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

_____. *Sobre a Democracia*. Brasília: LTNB, 2001.

FAORO, R. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo; Porto Alegre: Ed. USP; Ed. Globo, 1997.

FERRAZ, A. M. de C. (Org). *Ministério Público: Instituições e Processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

HAYEK, F. A. von. *O caminho da servidão*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HOBBS, T. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

KELSEN, H. *A Democracia: Primeira Parte: Essência e Valor da Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KERCHE, F. *Virtude e Limites: Autonomia e Atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2009.

_____. *O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88*. In: SADEK, M. T. (Org.). *O sistema de Justiça*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1999. p. 106-137.

_____. *O Ministério Público no Brasil: autonomia, organização e atribuições*. 2003. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MACEDO JÚNIOR, R. P. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: FERRAZ, A. A. M. de C. (Org.). *Ministério Público: instituição e processo*. 2. ed. São Paulo: IEDC-Atlas, 1999.

MACHADO, A. A.; GOULART, M. P. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

MACRIDIS, R. C. *Ideologias políticas contemporâneas*. Brasília: Unb, 1982.

MAZZILLI, H. N. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELO, M. A. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade”. In: RANULFO, C.; SÁEZ, M. A. (Org.). *A Democracia Brasileira: balanços e perspectivas para o Século 21*. Belo Horizonte: Humanitas, 2007. p. 237-265.

MERRYMAN, J. H. *The Civil Law Tradition*. 2. ed. Califórnia: Stanford University Press, 1985.

MICELI, S. *Intelectuais à brasileira*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MILARÉ, E. *O ministério público e a defesa do meio ambiente*. Texto aprovado na reunião de Curadores do Meio Ambiente do Brasil. 1992. Mimeografado.

MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

O’DONNELL, G.; MENDEZ J.; PINHEIRO P. S. (Org.). *Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RAWLS, J. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 1999.

REIS, H. E. dos. *Tocqueville e a democracia*. In: BARBOSA, W. (Org.). *Estado e Poder Político*. Goiânia: Editora da Universidade de Goiás, 2004. p. 65-85. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/74524005/2004-Tocqueville-e-a-Democracia-1>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

ROUSSEAU, J. J. *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

SADEK, M. T. Poder Judiciário: conservação e mudanças. In: DINIZ, S.; PRAÇA, S. (Org.). *Vinte anos de Constituição*. São Paulo: Paulus, 2008. p. 61-77. v. 1.

SALLES, C. A. de. A legitimação do Ministério Público para defesa de Direitos e Garantias Constitucionais. 1992. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1992.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

- SARTORI, G. *A Teoria da Democracia Revisitada: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994.
- SCHMIDT NETO, A. P. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Uniritter*, Porto Alegre, n. 10, p. 83-96, 2009.
- SCHMITT, C. *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.
- SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.
- SOUZA, C. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 513-560, 2001.
- STEPHAN, A. *Estado, Corporativismo e Autoritarismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.
- TATE, C. N.; VALLINDER T. (Org.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York; London: New York University Press, 1995.
- TOQUEVILLE, A. de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- TORNAGHI, H. Comentários ao código de processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, p. 277-278, 1976.
- VALLINDER, T. When the Courts Go Marching. In: TATE, C. N.; VALLINDER T. (Org.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York; London: New York University Press, 1995.
- VERDÚ, P. L. *A Luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- VERONESE, J. *Interesses Difusos e Direitos da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1997.
- VITA, Á. de. Liberalismo, justiça social e responsabilidade individual. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 569-608, 2011.
- WERNECK, V. L. *et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.