

Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados

Centro de Documentação e Informação

Coordenação de Biblioteca

<http://bd.camara.gov.br>

"Dissemina os documentos digitais de interesse da atividade legislativa e da sociedade."



**INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISAS DO RIO DE
JANEIRO – IUPERJ**
Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Ciência Política
MINTER/DINTER – Câmara dos Deputados



MYRIAM DE FÁTIMA CORREIA DE MELLO

**JUDICIALIZAÇÃO E
REPRESENTATIVIDADE:**
A representação funcional na percepção dos
representantes políticos da sociedade brasileira

BRASÍLIA

2009

INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISAS DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE FORMAÇÃO, TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO
DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

MYRIAM DE FÁTIMA CORREIA DE MELLO

ORIENTADOR: ADALBERTO MOREIRA CARDOSO

**JUDICIALIZAÇÃO E
REPRESENTATIVIDADE:
A representação funcional na percepção dos
representantes políticos da sociedade brasileira**

Dissertação apresentada ao Instituto de Pesquisas
Universitárias do Rio de Janeiro e a Centro de
Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da
Câmara dos Deputados como requisito parcial para
a obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

BRASÍLIA

2009

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Adalberto Moreira Cardoso
(orientador)
Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Jorge Amaury Nunes
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Pedro Robson Pereira Neiva
Centro Brasileiro de Análise e Planejamento

Agradecimentos

Peço licença aos muitos os que me apoiaram nesta jornada, quando menos com sua tolerância e sua compreensão — minha família, meus amigos e meus colegas, de trabalho e do Programa MINTER/DINTER — para agradecer a todos nas pessoas de minha irmã **Maércia Correia de Mello** e de minha amiga **Symone Bonfim**, que, com seus comentários preciosos quanto ao conteúdo e à forma do texto, colaborando na sua revisão, deram-me do início ao fim considerável suporte, tanto no plano intelectual como no psicológico, sem o que certamente eu não teria conseguido realizar este trabalho.

Devo ainda um agradecimento especial aos professores doutores do IUPERJ **Adalberto Moreira Cardoso**, meu orientador, por sua infinita paciência, pelo incentivo e pela atenção a mim dedicada; **Jairo Marconi Nicolau**, pelo estímulo que me deu no início desta caminhada; **Argelina Maria Cheibub Figueiredo**, que me disponibilizou o produto de seu próprio esforço para enriquecer o meu; e **Luiz Jorge Werneck Vianna**, a quem devo a inspiração para a realização deste trabalho.

Por fim, mas não menos, agradeço à **Câmara dos Deputados**, instituição a cujo quadro funcional pertence, ao **Iuperj**, centro de excelência na área da ciência política, e aos demais professores desse instituto com que tive a honra de trocar algumas ideias, a oportunidade de vivenciar a rica experiência acadêmica que resultou na presente dissertação.

RESUMO

Neste trabalho, na tentativa de contribuir para o debate da judicialização da política no País, abordam-se os caminhos da dupla representação pública da sociedade brasileira, moldados pela Constituição de 1988, buscando-se analisar o comportamento dos representantes políticos com relação ao Ministério Público, especialmente no que tange ao exercício da representação funcional da população, diante de seus reflexos no sistema representativo como um todo, no que diz respeito ao atendimento das necessidades de uma sociedade plural.

Palavras-chave: Judicialização da política; procedimentalização da criação do direito; representação; Ministério Público; Deputados federais; pluralização social; legitimidade.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1. TEORIAS E CONCEITOS.....	17
1.1. Premissas cognitivas.....	17
1.2. Democracia e representação.....	18
1.3. Modelos de representação.....	27
1.4. Política e direito como campos de poder simbólico.....	34
1.5. A aproximação entre direito e política: o argumento da evolução do direito.....	37
1.6. A aproximação entre direito e política: o argumento do déficit legislativo.....	41
1.7. O constitucionalismo democrático.....	50
2. PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL.....	53
2.1. A Constituição de 1988 e as “tradições” jurídico-sociais brasileiras.....	53
2.2. A representação funcional: do Estado Novo à Constituição.....	59
2.3. Histórico institucional e modelagem constitucional do Ministério Público.....	65
2.4. Representação funcional e representação política: conflitos e consensos.....	71
2.5. O caso particular da representação funcional no setor trabalhista.....	82
2.6. Sobre a EC 45/2004.....	86
2.7. Interpretações do desenho do MP: a perspectiva institucionalista e a perspectiva habermasiana.....	87
2.8. Por fim, uma questão de justiça.....	90
3. PROPOSTAS DE LEGISLAÇÃO QUE AFETAM O MP.....	93
3.1. Observações preliminares.....	93
3.2. Resumo dos argumentos em debate.....	95
3.3. Perspectiva e critérios gerais da pesquisa.....	98
3.4. Critério de seleção dos projetos.....	101
3.5. Classificação dos projetos.....	103
3.6. Justificação da tipologia.....	106
3.7. Aplicação da tipologia.....	110
3.8. Desenvolvimento da pesquisa.....	112
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	133
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	143
ANEXO: Tabela das coalizões governamentais.....	148

Lista de tabelas

Quadro de classificação dos projetos.....	106
Tabela 1: Situação dos projetos em 31/12/2008.....	117
Tabela 2: Projetos de lei por autor.....	118
Tabela 3: Características dos projetos.....	120
Tabela 4: Perfil dos projetos “positivos”.....	122
Tabela 5: Distribuição dos projetos pelo ramo do MP que é afetado.....	123
Tabela 6: Perfil dos projetos de parlamentar.....	124
Tabela 7: Distribuição dos projetos de parlamentar relativamente a pertencer ou não à coalizão governamental no momento da apresentação.....	125
Tabela 8: Perfil dos projetos do Poder Executivo.....	125
Tabela 9: Projetos apresentados por coalizões governamentais.....	126
Tabela 10: Distribuição dos projetos pela área de atuação do MP que é afetada.....	128
Tabela 11: Distribuição de projetos restritivos/mistos por área de atuação do MP.....	129
Tabela 12: Distribuição de projetos restritivos/mistos por objeto.....	131
Tabela 13: Distribuição de projetos restritivos/mistos pelo ramo do MP visado.....	131

INTRODUÇÃO

Do problema de pesquisa

Um dos fenômenos contemporâneos que mais atraem a atenção dos cientistas políticos é a cada vez maior aproximação entre o direito e a política, esferas tradicionalmente distintas na teoria democrática. A esse movimento tem-se dado o nome de “judicialização da política”¹. O processo verifica-se em âmbito mundial e tem sido encarado como uma consequência inevitável das transformações experimentadas pelas sociedades democráticas no século passado.

Inevitável, mas não necessariamente indesejável. Werneck Vianna (1996), por exemplo, encara o fenômeno como uma procedimentalização do direito, e a ampliação dos instrumentos judiciais como mais uma arena pública a propiciar a formação de opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas.

No Brasil esse movimento é bastante pronunciado, dado, em grande medida, à orientação normativa democratizante da Constituição de 1988. Em seu texto, amplos direitos de cidadania estão abrigados, tendo o interesse público precedência sobre o privado, e, além de se alargarem os canais de acesso à Justiça e o controle constitucional, consagra-se, em complementação à representação política, o instituto da representação funcional, em cujo exercício se destaca, por seu novo desenho institucional, o Ministério Público — doravante também designado como MP —, órgão que deixa de representar o Estado para representar os interesses sociais.

O MP, agora investido da função de “defensor da cidadania”, conquistou na CF/88 um espaço privilegiado para atuar como “representante funcional” da sociedade (Vianna, 1996).

No campo acadêmico tem sido apontado que, com a nova configuração do *Parquet*, a atuação de seus membros, além de merecer presença constante na mídia, vem contribuindo significativamente para a “judicialização da política” com a promoção de ações judiciais em nome da sociedade, repercutindo inclusive no direcionamento das políticas públicas e na distribuição de benefícios sociais (Sadek, 2000; Arantes, 2002; Kerche, 2003). Indubitavelmente, as funções do MP foram amplamente reforçadas pelos

¹ Essa expressão foi “cunhada” a partir do estudo de Tate e Vallinder (1995) sobre os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório nas democracias contemporâneas. A contrapartida, naturalmente, é a “politização do Judiciário”. É essa interpretação “sistêmica”, significando a sobreposição funcional dos campos simbólicos do direito e da política, que damos ao termo “judicialização” neste trabalho.

constituintes de 1986/88. Entre as competências privativas da instituição, por exemplo, inseriu-se o inquérito civil público, um procedimento administrativo e inquisitivo que visa à apuração dos fatos e que precede a ação civil pública, dando ao *Parquet* grande vantagem na utilização desse instrumento.

Soma-se a isso o fato de que, pela legislação atual, o Ministério Público é o único que detém legitimidade para propor ação de improbidade administrativa, além da pessoa jurídica prejudicada². Com isso, nos últimos anos, as investigações criminais e as diversas ações de responsabilidade na esfera civil promovidas pelo MP, para apuração de licitações superfaturadas ou irregulares, de desvio de recursos públicos nas áreas de saúde, educação etc., de responsabilidade fiscal, de quebra de bancos estatais e outras, além de acarretarem indisponibilidade de bens, perda de função pública, suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público, ressarcimento de danos etc., têm não raro levado às barras dos tribunais agentes públicos e privados com presença constante no comando político ou econômico do País.

O MP brasileiro, pelo seu novo desenho constitucional, tem sido considerado uma das principais novidades institucionais no Brasil desde o retorno à democracia. Distingue-se dos organismos correlatos dos demais países democráticos exatamente porque suas funções não se limitam ao processo criminal, incluindo também um largo espectro de atribuições dentro da esfera civil, com uma notável independência institucional das outras instâncias de governo.

O Ministério Público, na CF/88, além de ter sido inserido no Título IV, *Da Organização dos Poderes* da República, num capítulo à parte (o Capítulo IV, *Das Funções Essenciais à Justiça*), onde é definido como “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (art. 127, *caput*), recebeu dos constituintes grande autonomia, não somente do ponto de vista formal, como também na forma de mecanismos que blindam a instituição contra ingerências por parte dos governantes, em particular, e dos políticos de uma maneira geral.

De fato, o MP tem atuado ativamente na proteção de interesses difusos e coletivos, e também dos interesses individuais homogêneos³, assim como na proteção

² A Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992) exclui a legitimidade do cidadão comum para a propositura de ação dessa natureza.

³ Espécie de interesses transindividuais ou coletivos, no sentido lato, referentes aos interesses “de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilham prejuízos divisíveis, de

da propriedade pública e no controle das políticas públicas. Tem ainda exercido um significativo papel no combate à corrupção e do moderno crime organizado.

Nesse contexto, promotores e procuradores, contando com instrumentos tão poderosos como a ação penal pública, a ação civil pública e o inquérito civil, transformaram-se em importantes atores políticos, mesmo sem passarem pelo crivo do voto, dada a repercussão de sua atuação, tanto no que tange ao controle horizontal dos agentes públicos como no que se refere à aplicação e mesmo ao direcionamento das políticas públicas, cuja elaboração pode ser influenciada pelos resultados das ações do MP.

Tem, portanto, conseqüências políticas essa atuação, ainda mais se considerarmos que as atribuições do Ministério Público foram ampliadas a tal ponto que quase todos os assuntos referentes à sociedade brasileira podem ser judicializados pela instituição.

Na literatura sociojurídica, a amplitude desse novo papel do MP não escapa a questionamentos como os de Rogério Bastos Arantes (2002), que, ao discorrer sobre o papel do Ministério Público na judicialização da política, ressalta que a grande dose de independência e de capacidade discricionária alcançada pela instituição com o novo modelo constitucional para atuar em nome da sociedade é potencializada pelo ativismo de seus membros, motivados por um forte componente ideológico que ele chama de *voluntarismo político*, não havendo, porém, suficientes mecanismos de controle sobre ela própria. A mesma Constituição que ampliou as possibilidades de atuação do MP não previu instrumentos mais eficazes de *accountability*⁴ que lhe sejam aplicáveis. E o problema estaria em um “excesso de voluntarismo” por parte de procuradores e promotores de justiça, com repercussões negativas para a consolidação do processo democrático — de um lado, por colocar em risco a integridade das funções das instituições representativas políticas; do outro, por suscitar críticas quanto à própria independência funcional do Ministério Público.

Grosso modo, pode-se dizer que o argumento de Arantes gravita em torno de dois conceitos básicos: o do *accountability* (ou responsabilização, ou prestação de

origem comum” que são tutelados coletivamente (Mazzilli, 1995). Cabe ressaltar que não é pacífica na jurisprudência a legitimidade do MP para a tutela dessa espécie de direito.

⁴ Pelo menos não nos moldes em que o conceito de *accountability* é definido por Mainwaring (2003), qual seja: o direito/dever de um ator de demandar/dar respostas (explicações) a agentes públicos ou burocracias. Note-se, porém, que sob esses mesmos moldes o MP tem um papel privilegiado no que diz respeito à *accountability* dos políticos.

contas) e o da representação. Neste trabalho o que estará em foco é o segundo conceito, o da representação.

Para alguns autores, como Gauchet (1995), o processo democrático de deliberação via representação política “perde substância” à medida que os cidadãos recorrem individualmente ao Judiciário para a conquista de direitos, movimento que para Arantes seria motivado no Brasil pela falta de uma cultura de organização associativa.

Não é infundada a preocupação com o risco de esvaziamento que corre a representação política, atualmente já tão desacreditada. De fato, principalmente nos últimos anos, as instituições representativas-eletivas no Brasil vêm sendo alvo de crescente descrédito por parte da população. Uma pesquisa do instituto Sensus de outubro de 2001 retratou a impopularidade do Congresso: a Câmara dos Deputados só merecia então a confiança de 3% da população, e o Senado de 2%. Em maio de 2005, pesquisa do IBOPE apontava que 71% da população brasileira não confiavam no Senado e 74% não confiavam na Câmara dos Deputados. Em setembro de 2007, pesquisa da Associação dos Magistrados brasileiros apontou que apenas 11% dos brasileiros confiavam nos políticos, e 16% nos partidos políticos. As pesquisas indicam também que os trabalhadores brasileiros em geral se sentem bastantes inseguros quanto à representação de seus interesses, sejam trabalhistas, sejam sociais, sejam políticos.

Paralelamente, vem crescendo também a conscientização da sociedade quanto aos direitos e garantias individuais, ampliada pelas inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, que é, por sua vez, fruto do amadurecimento democrático da sociedade brasileira. E crescem na mesma proporção as demandas levadas ao Judiciário, especialmente em relação à tutela dos direitos coletivos, que anteriormente não se exercitava, em juízo ou fora dele, por impossibilidade material. Nesse processo, é fundamental o papel do Ministério Público, com seu novo escopo de atribuições, que incluem expressamente a defesa dos interesses metaindividuais ou transindividuais indisponíveis⁵.

A representação funcional é um instituto que tem origem na atuação de *entidades privadas* representativas de categorias trabalhistas na defesa de interesses coletivos. O Ministério Público é um *órgão público*, cujos integrantes atuam como

⁵ Espécie de interesses que se refere a um grupo de pessoas (como os sócios de uma empresa, os empregados de um mesmo patrão, os condôminos de um edifício etc.) e, portanto, escapam ao individual, mas não chegam a constituir interesse público.

representantes da sociedade sem mandato eletivo, por delegação dos legisladores eleitos.

O interessante é que alguns excelentes estudos, como os de Sadek (2000) e Machado (2007), apontam que parcela majoritária dos membros do MP vêem o Poder Legislativo como “inoperante” e “omisso”, considerando-o por isso em grande parte responsável pelas dificuldades de se implantar a justiça social e a plena democracia no País. Essa parece ser a visão de grande parte dos membros do MP, cujas novas atribuições foram fruto de uma ampla articulação política levada a cabo durante a Assembléia Nacional Constituinte e acolhida pelos políticos que a compunham, parlamentares que não foram eleitos especificamente para compô-la, e sim para mandatos legislativos ordinários⁶.

E eles, os políticos, o que pensam do Ministério Público? Como estão encarando a atuação do *Parquet* com esse novo desenho institucional que o próprio Parlamento consagrou? Não é demais ressaltar que o desenho institucional inovador do MP é produto da ação legislativa, tendo merecido amplo debate pelos constituintes de 1988, que, segundo Fábio Kerche, concederam ao Ministério Público tão amplas funções visando exatamente ao fortalecimento do sistema democrático. Desse debate resultou, “*senão uma abdicação completa (porque os políticos ainda podem emendar a Constituição, modificar a legislação infraconstitucional ou interferir no orçamento proposto pelo Ministério Público), pelo menos por uma delegação de poderes que garantiu boa margem de autonomia e uma amplitude de tarefas pouco comuns a órgãos estatais com integrantes não-eleitos. Em outras palavras, houve uma quasi-abdicação*” (Kerche, 2003). Diante disso, e considerando esse diagnóstico, dado por promotores e procuradores, sobre a “incapacidade” do Legislativo, é interessante investigar se, por sua vez, os legisladores têm alguma restrição quanto ao *Parquet*.

Para Werneck Vianna, o comportamento do Legislativo brasileiro no período posterior ao advento da atual Constituição tem-se mostrado “favorável” à atuação do *Parquet*, não só no que se refere à representação funcional como no que se refere ao seu papel tradicional de fiscalização e controle. No primeiro caso, a representação política “tem dado claros sinais de que, pragmaticamente, admite a representação funcional”. Exemplo disso seriam as legislações sociais e ambientais editadas no período

⁶ Para a elaboração da Carta de 1988, instalou-se 1º de fevereiro de 1987 a Assembléia Nacional Constituinte, composta pelos 487 Deputados e 72 Senadores representantes dos 23 Estados que existiam à época.

pós-Constituição, como a que trata dos direitos das pessoas com deficiência, de 1989, o Código do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei Orgânica da Saúde, todos de 1990, A Lei de Proteção ao Idoso e a de Proteção das Minorias Étnicas, ambas de 1993, a Lei das Águas, de 1997, a dos Planos de Saúde, de 1998, o Estatuto da Cidade, de 2001, e o Estatuto do Idoso, de 2003. Já o exemplo de boa convivência com o reforço das funções do MP na área de controle assume a forma de uma lei ordinária que regulamenta uma esfera “delicada” da vida pública: a Lei da Improbidade Administrativa, Lei Federal nº 8.429/92, que regulamenta a ação de improbidade administrativa, cuja titularidade o MP detém quase exclusivamente, como já foi comentado aqui.

Preocupa-nos, porém, a existência de indícios no sentido oposto, como é o caso da Emenda Constitucional nº 45, de 2000 (cujas repercussões para o Ministério Público serão comentadas neste trabalho), e da aprovação por unanimidade, em maio de 2007, em caráter preliminar, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, de um projeto de lei que visa à “responsabilização pelo mau uso” das ações constitucionais que são os principais instrumentos de atuação do MP.

Ora, se o modelo atual do MP não foi fruto do acaso, e sim produto de um debate elaborado e consciente, como defende Kerche, a eventualidade da cogitação de condições que restrinjam sua atuação, especialmente no que diz respeito às suas atribuições representativas, merece atenção, mesmo porque o Congresso Nacional detém um dos poucos instrumentos de controle sobre o MP: o poder de alterar suas atribuições.

Isso posto, cabe esclarecer que este trabalho tem dupla finalidade: primeiro, a de fazer uma breve revisão da teoria, para expor o que está em jogo, nos sistemas democráticos representativos em geral, com o processo da judicialização da política, ou, para evitar questionamentos conceituais, de aproximação entre o direito e a política, e, especialmente no Brasil, com a constitucionalização do exercício da representação funcional por uma instituição estatal, e é a esse propósito que se destinam os dois primeiros capítulos; segundo, a de verificar como essas questões se refletem não entre os agentes da judicialização (quais sejam, os operadores do direito, em especial os juízes e, particularmente no caso brasileiro, os membros do MP), mas sim *entre os legisladores* — ou seja, o modo como o exercício da representação funcional pelo MP vem sendo acolhido pelos representantes políticos da sociedade brasileira. Esse é o

conteúdo do terceiro capítulo, que traz também a fundamentação e o detalhamento dos critérios aplicados na pesquisa, e a explicação da tipologia adotada.

Nas conclusões, discutiremos a possibilidade de uma percepção de conflitos de representação por parte dos políticos, e as implicações disso, na realidade social contemporânea, para o funcionamento da democracia no País. Apresentaremos também as ressalvas quanto às limitações e as dificuldades encontradas no enfrentamento do presente desafio.

Da metodologia

No que se refere à pesquisa empírica, em que será aplicada a metodologia da análise de discurso, fizemos sem dúvida uma escolha pouco usual, ao optar pelo exame de projetos de legislação para avaliar a tendência do legislador relativamente ao MP.

Ocorre que, como é sabido, vários fatores, externos e internos, interferem no processo legislativo brasileiro, como se reconhece em farta literatura. Por exemplo, Figueiredo e Limongi (1999) mostram a forte influência que o Executivo exerce nesse processo, no contexto do nosso presidencialismo de coalizão. Amorim e Santos (2002)⁷ confirmam esse diagnóstico, e apontam ainda que a aprovação de projetos de parlamentar é influenciada também pelo fator “carreira”: quanto mais mandatos detiver o proponente, maior a chance de sucesso de aprovar sua proposta.

Assim sendo, um “comportamento institucional favorável” do Legislativo ao MP, apontado por Werneck Vianna com base nas já referidas legislações aprovadas pelo Congresso, não necessariamente reflete uma ausência de preocupação por parte do político (o indivíduo parlamentar) com um possível esvaziamento de suas funções de representante da sociedade civil, em decorrência do exercício pelo MP seja da representação funcional, seja do controle horizontal sobre o próprio político.

A presença ou não de tal preocupação, porém, é revelada pelo conteúdo das propostas apresentadas sobre a matéria pelo parlamentar. A leitura atenta dessas propostas permite que se avalie se o autor percebe ou não o MP, no modelo consagrado pela Constituição de 1988, como um “aliado”, na medida em que ele busque legitimá-lo e até reforçá-lo, ou impor-lhe dificuldades.

⁷ Amorim Neto, Octávio e Santos, Fabiano. *A produção legislativa no Congresso: entre a paróquia e a nação*. In: Vianna, Werneck (org.): *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

O exame dessas proposições pode mostrar também, na eventualidade de haver a intenção de restringir de alguma forma a atuação do *Parquet*, se o que incomoda é a extensão das suas atribuições à esfera civil na defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos como “representante funcional” da sociedade, o que, numa visão habermasiana/procedimentalista do Estado democrático de direito, poderia estar ameaçando a atuação dos parlamentares no seu papel de representantes políticos da sociedade.

Para Habermas (2003), na tradição democrática, direito e política exercitam-se em palcos distintos: um requer “neutralidade”, ao passo que o outro é o “*locus* das paixões”. O Legislativo, que tem a prerrogativa da criação da lei, é o “poder soberano”, cuja autonomia e cuja independência não devem sofrer qualquer intervenção, a menos que a produção da lei se afaste do dogma da democracia: a “igual participação”.

Como ressalta Streck (2003), “*sustentando a tese procedimentalista, Habermas crítica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso. Parte da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito.*”

O desenho constitucional do MP brasileiro certamente ultrapassa o paradigma habermasiano — aquele do caminho procedimentalista, que ressalta a formação democrática da opinião e da vontade da soberania —, inserindo-se num caminho “substancialista”, indubitavelmente recepcionado pela Constituição quando privilegia princípios, amplia a comunidade de seus intérpretes e as possibilidades de se jurisdicionalizarem conflitos envolvendo interesses coletivos, cuja solução se desvia, dessa forma, da esfera legislativa. Queremos verificar se isso é percebido como um problema pelo legislador. Importa saber como ele tende a posicionar-se em relação ao Ministério Público brasileiro no desempenho do seu papel constitucional, se ele tende a reforçá-lo ou a dificultá-lo, e por que motivo. Enfim, cumpre verificar se ao político incomodam as implicações do papel do MP quanto às suas próprias funções — ou seja, se o debate sobre o “esvaziamento” da representação política se reflete no comportamento daquele que a exerce.

Por isso, precede essa análise a discussão do próprio conceito de representação, e de outros conceitos e aspectos relevantes para a compreensão do alcance do processo de judicialização da política, aqui considerado como um fenômeno de amplo alcance, que se constitui num “desdobramento” da democracia representativa, historicamente vinculado às transformações dos Estados e das sociedades resultantes do processo de industrialização, e ainda a discussão desse processo no Brasil, sob o prisma constitucional, e do papel do Ministério Público como “protagonista” da judicialização no cenário nacional de uma perspectiva institucionalista.

Por outro lado, é possível que o motivo do desconforto do político, se houver, seja apenas o fato de que o tradicional papel do Ministério Público de fiscal da lei tenha sido reforçado pela ampliação da autonomia da instituição, possibilitando-lhe maior controle horizontal sobre os políticos (especialmente no que tange à improbidade administrativa) sem a contrapartida da definição de instrumentos mais eficazes, internos ou externos, de *accountability* sobre o próprio MP, conforme aponta Arantes (2002). Por esse motivo, neste trabalho, tanto a abordagem teórica quanto o modelo construído para a análise dos projetos incluem essa possibilidade.

1. TEORIAS E CONCEITOS

1.1. Premissas cognitivas

Não há consenso quanto ao tema da judicialização da política na literatura, assim como, de resto, quanto aos temas a que se dedica a ciência política em geral. Mesmo porque o pensamento político, como sabemos, gravita em torno do poder, que é em si mesmo uma ficção, produto de um “pacto” entre os homens, desde Hobbes e seu *Leviatã* (1651) aos dias atuais. O objeto da teoria política não é, portanto, algo “concreto”. Dessa forma, como bem observa Lessa (2003), a história do pensamento político não passa de um conjunto de “imagens” de mundo construídas pelos observadores das práticas sociais.

Essa observação do mundo faz-se de duas formas distintas: a descritiva, com enunciados sobre fatos/objetos que partem de critérios “objetivos” para a interpretação do que “é”, do que “existe” de fato; ou a prescritiva, que é tecnicamente normativa, privilegiando o valor ao fato e “presumindo como deveriam ser” as coisas do mundo. No entanto, toda descrição parte de uma “prescrição”, de uma cognição valorativa; daí por que conflitam as visões de mundo, todas elas baseadas nas “preferências do observador”. O mundo é sempre percebido por visões específicas que se chocam e configuram uma visão comum. Em outras palavras, entende-se por visão de mundo a constituição de um modelo orientado pela descrição, mas influenciado pela prescrição. Daí se depreende que o “fato” objetivo nunca chega a ser realmente um fato em si, mas um objeto visto de um determinado ângulo. Mesmo a linguagem é uma forma de classificar o mundo. Em outras palavras, somos nós mesmos, a coletividade social, que estabelecemos a “realidade” das coisas a partir de nossos valores; ou seja, nossa visão tem uma roupagem ideológica — e disso não escapa a visão dos cientistas políticos e sociais.

Assim, se pretendemos fazer uma discussão mais aprofundada da judicialização e do papel do Ministério Público brasileiro nesse fenômeno, no contexto nacional, é imprescindível que resgatemos as visões, na história, da teoria da democracia moderna, toda ela fundada no conceito da representação.

1.2. Democracia e Representação

A ideia de “representação” não nasceu junto com a de democracia. Ela é uma criação do mundo moderno. Para os gregos antigos, inventores da democracia (do grego *demos*, povo, e *kratos*, poder — o “poder do povo”), esse sistema constituía-se tão somente e exatamente na tomada de decisões de governo pela maioria do povo. O *demos* expressava-se diretamente em assembleias sob o princípio da isegoria, ou igual acesso à palavra. Com uma ressalva: em Atenas, “povo” equivalia ao conjunto de “homens livres naturais da cidade”. Portanto, de “isonomia” ou “igualdade” na tomada de decisões só desfrutavam os homens — e apenas esses homens. E mais: mesmo entre eles, essa igualdade restringia-se ao plano político, ao mundo público.

Evidentemente, esse sistema não teria sustentação no mundo moderno da multidão. Era preciso algum mecanismo que garantisse alguma “igualdade” de participação dos indivíduos nas decisões sobre o destino das suas sociedades. Esse mecanismo seria o da “representação”, conceito que, aliás, foi esboçado ainda no século XVII pelo filósofo inglês Thomas Hobbes, antes mesmo que a Revolução Francesa retomasse dos gregos o ideal democrático. E Hobbes, no *Leviatã*, preocupava-se não com a igualdade, mas com a paz entre os homens. Foi para garanti-la que se fez necessário o soberano cujo poder estava acima de todos, elevado a um grau tal que se estendia até mesmo à religião. Esse mesmo todo-poderoso soberano exercia o papel de “representante” da sociedade — condição essa, no pensamento hobbesiano, compatível com o absolutismo do poder e legitimada por um contrato firmado por indivíduos iguais entre si, contrato esse de *submissão*: em troca da segurança, esses indivíduos consentiam em abrir mão de sua liberdade, e daí para frente estavam sujeitos ao soberano.

No final do século XVII, esse absolutismo do poder soberano e o despotismo que se poderia instalar a partir daí preocupou John Locke, outro filósofo inglês, que em seu *Tratado do Governo Civil* (1689) advertia: o caráter absoluto da soberania jamais poderia implicar absolutismo de governo. O consentimento dado pelos indivíduos para o exercício da governança haveria de abarcar também a forma de governo que se instituiria a partir de então. Para Locke, as bases legítimas do poder soberano assentavam-se no fato de que os indivíduos consentem não em abrir mão de sua liberdade, mas em instituir a soberania. A autorização, que se estendia ao modo de exercício do poder, era elemento necessário à legitimidade do governo. Como

mecanismo de proteção contra a tirania, já se delineava em sua obra, naqueles tempos “pré-democráticos”, a teoria da separação de poderes⁸: o legislativo, sendo a atividade legislativa a que dava forma ao poder político; o executivo, cuja tarefa seria o uso da força da comunidade para garantir o funcionamento das leis e ao qual também caberia a atribuição de julgar; e um terceiro poder, o federativo, a que caberia os assuntos externos, como a declaração da guerra. Todos esses poderes teriam origem nos indivíduos, que os delegariam às instituições componentes da soberania.

Locke ensaia uma idéia de representação, ou de governo representativo, ainda tímida, mas menos abstrata do que a empregada por Hobbes. Trata-se de algo entre o absolutismo e a democracia radical: muitos elegem os poucos que os representam — de certa forma, uma aristocracia fundamentada na eleição. O governo deveria ter uma configuração limitada, seu poder restringindo-se ao objeto do contrato que o instituiu, e sempre sob a observância do detentor original: o indivíduo, naturalmente portador de liberdades inalienáveis. Ele lança, assim, o fundamento do liberalismo: a contenção ou limitação do poder sobre o indivíduo.

Não se trace aí qualquer paralelo com o ideal democrático, que não diz respeito à contenção de poder, e sim ao seu exercício comunitário. Para Locke, a autorização de que o poder necessita para ser legítimo é dada pelos proprietários, que estão diretamente interessados no destino do território nacional e por isso são os únicos cidadãos de direito; mas os “despossuídos”, embora não sejam cidadãos, também terão de se submeter ao governo, e por isso é preciso que eles também lhe dêem seu consentimento. O poder é um “apêndice” da vida social, restrito à normatização e à proteção do direito natural à propriedade, para Locke o direito fundamental e fundante da sociedade civil. Em suma, Locke lança a idéia de que o fundamento do governo é exterior ao próprio governo, e não *index sui*; o que dá origem ao governo é um contrato de *consentimento* entre os homens que serão governados.

Os conceitos de representação esboçados por Hobbes em seu *Leviatã* e por Locke em seu *Tratado do Governo Civil* (1689) limitavam-se à necessidade de proteção — dos homens contra os próprios homens, para evitar a guerra de todos contra todos, em Hobbes; da propriedade, como fundamento social, em Locke. Até aqui, a igualdade,

⁸ No século XVIII, Montesquieu vai aprofundar essa teoria, tomando como base a Constituição da Inglaterra para descrever a forma de governo garantidora da liberdade, que se organiza sob os princípios da separação e da independência entre os poderes, exercidos por órgãos separados: só o poder pode frear o poder; cada poder opõe-se aos demais, limitando-se uns aos outros.

como valor, não estava em questão, muito menos a igualdade de participação, princípio fundante da democracia. Em Hobbes, a igualdade dos homens no “estado de natureza” só existe para legitimar a escolha do Leviatã para protegê-los, e torna-se desigualdade depois de fundada a sociedade: de um lado o soberano, do outro os súditos. A preocupação com a igualdade como valor social só vai aparecer mais tarde, no século XVIII, em Rousseau. Foi esse filósofo precursor do romantismo que tomou conta do século XIX quem “inventou” a igualdade, conceito que seria o instrumento da transformação social operada a partir da Revolução Francesa de 1789, com a instalação de uma nova ordem: a da soberania popular.

Desde que a individualidade do homem se libertara da dominação teológica, a primazia da racionalidade humana passara a embalar o pensamento político. Do século XV até o século XIX, sob a lente da razão, sucederam-se, opondo-se umas às outras, visões de mundo que seguiam o “regime da imaginação”⁹, todas voltadas para a prescrição de um mundo ideal decorrente da própria “natureza racional humana”, que pouco a pouco foi tomando vulto, passou pela soberania do Estado Leviatã, criada apenas para garantir a individualidade humana, e continuou em alta até tornar obsoleto o absolutismo. E quando os indivíduos dotados de razão tornaram-se iguais, passaram então a buscar a liberdade. O Estado precisava de limites. O povo enfim tornou-se o soberano.

A Revolução Francesa, com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, abriu as portas para um otimismo que marcou todo o século XIX. Mas a nova ordem trouxe também novos problemas e novas preocupações, agora com o estabelecimento de limites ao exercício da soberania do povo. Benjamin Constant, em seus *Principes de politique applicable a tout les governments* (1806), apesar de falar em defesa da Revolução, “apesar dos seus excessos”, e do governo representativo, afirma que o indivíduo há de ser sempre o primeiro princípio da organização social. A liberdade só poderia ser o triunfo da individualidade. Os direitos políticos são fundamentais, sim, mas subsidiários aos individuais. A política haveria de garantir o exercício dos direitos individuais. Tratava-se de estabelecer não que direitos realizar, mas sim que direitos não ferir. Haveria que se distinguir a liberdade moderna da liberdade dos antigos, da “liberdade no governo”, de que o cidadão participava diretamente, e não pela via representativa. A liberdade moderna é a liberdade legal, a liberdade de, ou “liberdade

⁹ Renato Lessa, 2003.

negativa”, como definida por Isaiah Berlin (1958). Envolve direitos civis e direitos políticos básicos. Os antigos eram livres apenas no plano político, e não no plano individual, no plano privado. O indivíduo moderno, ao contrário, é independente na vida privada. Sua soberania só se exerce nas eleições, e sempre para se abdicar dela, para delegá-la a um representante. É pela representação que Constant restringe o campo da soberania, seu exercício, sua extensão: a garantia da liberdade individual.

No final do século XVIII a primazia da razão humana, até então venerada, por influência da obra de Descartes, como princípio fundante da ordem social, começa a abalar-se. A razão mostra-se insuficiente para resolver questões sociais que se avolumam na medida em que cresce o clamor pela igualdade e se expandem os direitos civis. O pensamento filosófico, em suas construções metafísicas, volta-se então para a ciência, base do otimismo epistemológico que reinou em todo o século XIX. Os princípios da sociabilidade são revistos. Já não é a igualdade que J. S. Mill defende em *A Liberdade*, de 1859, e *O Governo Representativo*, de 1861, mas justamente a diversidade, a heterogenia social, como valor democrático que é impossível justificar racionalmente, mesmo porque argumentos lógicos não resolvem as questões humanas. A liberdade dos modernos, para Mill, é a liberdade de expressão. É no plano da política que se resolve o paradoxo da liberdade antiga *versus* a liberdade moderna. Soluções só podem ser alcançadas pela via da negociação, na discussão sobre o interesse público, e a política é o *locus* dessa discussão. O que ali se decide não tem nem precisa ter fundamento racional; o que importa é que haja consenso, e que as pessoas interessadas na vida pública participem da discussão e possam expressar-se livremente.

Mill, considerado o filósofo social da democracia liberal, defende a liberdade de expressão com argumentos epistemológicos: para se proceder à verdade, na discussão política, é preciso garantir o pluralismo das opiniões; portanto, a liberdade de diversidade deve ser de algum modo protegida e cultivada, e isso só se faz pela via da *representação proporcional*. É preciso que os representantes se identifiquem com os representados. Pela regra da maioria, a identificação já tinha sido alcançada. A maioria já se tinha feito representar. Mas a experiência francesa mostrou que a maioria tiraniza. A preocupação de Mill é impor limites ao governo representativo, para que não se instale o “despotismo de maioria”.

O princípio é muito simples: para evitar a tirania, é necessário regular os meios de governo, tanto pela lei como pela força da coerção popular — ou seja, pela opinião. Só a pluralidade de opiniões pode garantir o bom desempenho do governo. Só o

processo dialético na política pode levar à verdade e à justiça com o progresso da razão, porque nas questões morais e políticas a contestação é sempre possível. Democracia é uma conversação sem fim, que se exercita pela representação. Portanto, democracia implica *governo representativo*. E a representação tem de ser qualificada. Para que seja real, isto é, para que reflita a pluraridade social, ela deve ser proporcional. E para que seja bem exercida, devem-se adotar regras que garantam a concessão de mandatos aos “melhores”, como a qualificação dos eleitores, que devem ter propriedade e instrução. Em suma, trata-se de garantir a representação da elite.

É para garantir a representação de segmentos empresariais, profissionais liberais e acadêmicos que Mill propõe o voto plural. Para ele, a realidade que se configura na democracia de massas é a da mediocridade e do conformismo social. A extensão do sufrágio, portanto, tem de ser medida pela educação. Somente assim o sufrágio universal pode garantir a *representação proporcional real* pela via da razão. Na concepção de Mill, o parlamento apresenta-se como o lugar da eterna *conversação racional* entre os homens, ainda que deles distanciados fisicamente. Nesse sentido, a despeito da mudança paradigmática trazida pelo culto à ciência, o otimismo político do século XIX não prescinde da razão — e é, digamos assim aristocrático. Os homens, por serem racionais, num contexto de liberdade serão plenamente capazes de agir em colaboração, em direção ao progresso harmônico do gênero humano. Assim, a luz da ciência vem juntar-se à razão.

As “insuficiências” desse *laissez-faire* como princípio de ordenamento social, porém, não passaram despercebidas e abriram espaço para a doutrina socialista, que se construiu sobre a constatação de que a receita liberalizante não resolvia problemas de distribuição; ao contrário, agravava-os, justificando e até demandando algum grau de intervenção do Estado para a correção de falhas — mas apenas para isso: as soluções seriam alcançadas no debate racional, no plano político¹⁰. O Estado socialista era o Estado garantidor da igualdade e da justiça social, o único que poderia realizar o “sonho democrático”.

Com o passar do tempo, porém, a realidade foi toldando o sonho democrático. Os ideais revolucionários continuavam muito longe de se concretizar. O otimismo romântico começou a evaporar-se no final do século XIX e desapareceu no início do século XX, quando uma espécie de “ressaca democrática” se apossou do pensamento

¹⁰ Marx projetava inclusive a extinção do governo estatal e o autogoverno do proletariado no final do ciclo revolucionário.

político, acordado por um “banho de realidade”. O progresso humano não havia garantido a harmonia social. Pouco a pouco, evidenciava-se a incapacidade dos governos — especialmente dos políticos, como “porta-vozes da vontade da maioria” — de realizá-lo, à medida que as sociedades se tornavam mais complexas. Nesse momento, retoma-se intensamente a discussão do papel do parlamento.

A onda de realismo provoca uma redefinição da teoria democrática liberal. Em teorias elitistas como as dos italianos Pareto (1848-1923) e Mosca (1858-1941), busca-se a explicação do comportamento social em outros princípios que não a razão, que não passa de uma faculdade humana puramente instrumental. Pareto, preocupado com a multidão que se agiganta e com o socialismo, não consegue ver razão na experiência decorrente da extensão do sufrágio, mesmo porque o indivíduo já se dissolveu na multidão, e o “mundo da multidão” é o mundo da irracionalidade; só a elite pode proceder à transformação da sociedade de forma justa. A história prova que não pode haver futuro na representação das massas. A própria história é um “cemitério de elites”. Os que mandam são sempre os melhores. Sob essa perspectiva, a linguagem do igualitarismo nunca poderá descrever o que se passa no mundo. A transformação exige a intervenção da elite, e a distinção estende-se à política, que só pode ser exercida pelos melhores. Mosca considera as elites um fato necessário em qualquer organização social. Para ele, o exercício do poder tem de ser exclusivo. Político e social são esferas distintas, como na ágora grega. Sociedade implica monopólio do poder. De início um antiliberal, Mosca acaba reconciliando-se com o liberalismo ao observar que o modelo parlamentar liberal-democrático não passa de um sistema de “seleção de elites”.

Para alguns revisionistas do liberalismo, o que mais preocupa é a solução encontrada para o problema da ação coletiva no “mundo da multidão”: a instituição de partidos e organizações políticas, sindicatos e organizações trabalhistas, uns e outros orientados por estatutos próprios para atuar como canal de comunicação entre a sociedade e as instituições estatais, operando no plano de uma representação “funcional”, não eletiva, dos interesses sociais.

Tais mecanismos preocupam, entre outros, o antiliberal Michels (1876-1936). Observando o Partido Socialista alemão, então o maior partido do mundo, e também o mais “democrático”, ele conclui que os partidos políticos apenas refletem a “lei de ferro” da oligarquia. Infelizmente, na presença das multidões, o imperativo da organização abriu o caminho para que mecanismos cada vez mais oligárquicos se instalassem no “coração da democracia”. O objetivo inicial era resolver o problema da

ação coletiva, mas o resultado foi a hierarquização, a dominação oligárquica. O processo de formação dos partidos segue uma rota viciada: a expansão dos membros resulta em um quadro partidário múltiplo, um quadro complexo que, por sua vez, demanda uma organização também complexa, o que acaba levando a uma profissionalização, a uma divisão do trabalho no interior da organização, o que resulta, por fim, no distanciamento entre elite e membros, ou seja, no “descolamento da base”.

A constatação, como corolário desse raciocínio, é a de que “organização” implica “oligarquia”. Se há democracia, então há organização; se há organização, então há oligarquia. Essa é a lei de Michels, segundo a qual a democracia moderna só pode resultar em oligarquia — em outras palavras, no distanciamento entre representante e representado. A organização cria a base da mesma forma que a representação cria o eleitorado. O corolário desse raciocínio é a conclusão de que não existe organização democrática. Michels, enfim, aponta o grande paradoxo da democracia: a impraticabilidade do sistema, dentro dos limites que a oligarquização levanta. Nem o argumento de que sempre podemos escolher a que oligarquia pertencer numa democracia resolve o problema, já que “deflaciona” a própria idéia de democracia, definindo-a como uma “múltipla oligarquia”.

Entre os que contribuíram para a revisão da teoria democrática liberal na Alemanha, merece destaque Max Weber, um dos mais influentes pensadores do século passado. Weber insere-se nesse debate com outra perspectiva. O que o preocupa é a “dimensão trágica” da política, cujas condições de materialização não são nada agradáveis: burocratização, impessoalidade, congelamento das relações sociais; esse é o dilema da civilização. O burocrata, o funcionário público de carreira, o especialista em meios, que inicialmente é uma necessidade, torna-se depois um problema. Sua ação leva ao extremo o princípio da impessoalidade da administração e, pior, interfere na definição do interesse público. Weber, que participou da redação da Constituição de Weimar, aposta justamente o Parlamento como solução para o empobrecimento da política causado pelo mundo da multidão — um Parlamento como escola de líderes, um parlamento “poroso”.

O argumento weberiano vai ser totalmente refutado por Carl Schmitt, que raciocina em sentido contrário, acusando o parlamento de neutralizar os embates sociais, de não servir como palco para a solução de conflitos reais, de não constituir o vínculo do mundo social com o político, vínculo esse que apenas o soberano eleito diretamente pelas massas pode fazer. Para Schmitt, o ingresso das massas na política

apenas provocou a inércia parlamentar e a despolitização da economia¹¹. A cultura parlamentar tem peculiaridades que não podem ser contornadas. O parlamento é um lugar em que meras partículas de razão disseminadas no meio social se encontram e põem o poder público sob controle. O parlamento, enfim, apenas reúne fragmentos de razão freqüentemente incompletos e “intoxicados”, seu verdadeiro conteúdo disfarçado por uma argumentação puramente retórica. A razão que ali se expressa pode estar apenas a serviço de uma intoxicação coletiva, sem qualquer compromisso com a verdade.

Schmitt não vê qualquer possibilidade de se realizar a democracia num sistema que se assenta sobre a atuação de um parlamento que não passa de um órgão corporativo, sem ampla visibilidade, onde nunca se mostra a verdade. Nem a imprensa pode compensar essa falta de transparência, dadas as limitações graves com que se depara na produção de informações e na divulgação da verdade. Num sistema como esse, mostra-se apenas o que se deseja mostrar, tanto na imprensa quanto no parlamento. Para ele a crença no parlamentarismo, no governo pela discussão, pertence ao mundo intelectual do liberalismo. Não pertence à democracia. Democracia é aspiração de igualdade política. O sufrágio universal é a consequência jurídica dessa igualdade. A democracia antecede a idéia de parlamento, que não é necessariamente sua forma institucional. Democracia é o ato originário de constituição do soberano, do poder constituinte. A cultura democrática é adversarial, é agônica, é o abandono do deleite público, cuja recompensa é o sentimento público de coletividade. Em suma, a democracia de Schmitt toma a forma de um “totalitarismo democrático”.

Joseph Schumpeter, um dos maiores economistas do século XX, acrescenta mais um elemento ao debate quando mostra a política sob uma “perspectiva mercadológica”, sendo o campo político o ambiente em que se produzem “ofertas políticas” para a escolha do eleitorado. A política só se constitui no momento da concretização da escolha entre as ofertas dadas; portanto, o que realmente importa é saber quem produz essas ofertas. Para ele é a representação que constitui o eleitorado, e não o contrário. A representação é crucial para produzir a maioria de governo. O pressuposto básico na teoria schumpeteriana é a descrição do “cidadão democrático” como um sujeito afastado dos temas políticos e imerso nos temas cotidianos, em cuja vida a política ocupa um lugar marginal; ele só a discute raramente, e de modo irresponsável. Para Schumpeter a

¹¹ Evidentemente, o próprio *welfare state* vai servir de argumento para rebater as idéias de Schmitt.

nação é um “comitê inoperante” no que se refere ao debate político. É interessante lembrar que, mais tarde, a técnica das *surveys* permitiria uma avaliação do perfil do eleitor mediano, mostrando-o como um cidadão de baixíssimo grau de informação e pouca memória política, com pouco interesse em política e tendência a escolhas inconsistentes, descrição que corresponde à que Schumpeter intuitivamente havia feito.

Para a teoria schumpeteriana, a apatia do eleitor não será um problema nem impedirá o exercício da democracia se for garantida a formação de uma maioria numérica representativa. A apatia é antes um componente importante nesse sistema, haja vista que com um excesso de participação torna-se problemático manter a estabilidade. A apatia do eleitor é “qualificada”, sendo um produto natural da coexistência de uma pluralidade de interesses e da liberdade de associação, que resulta em múltiplos grupos de pressão e com isso não se estabelece o monopólio de interesses. Quem é o candidato? É o empresário político, que quer maximizar a “moeda do voto”. É possível haver apatia e participação social ao mesmo tempo. Como a política não está presente o tempo todo na vida do habitante da cidade, é fundamental o modo como a oferta política se apresenta à sociedade, suas formas de comunicação, de *marketing*, diante da volatilidade eleitoral e do desalinhamento do eleitorado. Schumpeter opera uma reconfiguração da política e dos mecanismos a ela relacionados, num movimento de inversão: não é o povo que define o governo, e sim o governo que define o povo. Democracia é a competição aberta por liderança. Democracia é, enfim, um conceito operacionalizável, e também descritivo, mas não normativo.

Todas as teorias democráticas que abordamos mostram que, no decorrer da modernidade, a concepção egoística do indivíduo foi sendo absorvida por uma conceituação referenciada em uma forma geral de sociedade que tem consequências para o tratamento dado à representação. Desde o século XVIII já começa a se delinear uma inovação institucional nas sociedades ocidentais. Democracia, que até então significava Atenas, tornou-se possível no mundo moderno graças à idéia da *representação*: muitos elegem os poucos que vão governar. A *democracia representativa*, termo que os gregos teriam considerado um oxímoro, foi justamente por isso chamada de “governo representativo”, ou de “república”, sendo a forma de governo na qual funciona o esquema da representação.

O termo “representação” foi retirado por Hobbes do mundo da arte, onde “pessoas naturais” são representadas por “pessoas artificiais”. Da mesma forma, representação política é apenas uma metáfora, uma hipótese. Não há garantia de vínculo

efetivo entre representante e representado; o que há é apenas uma delegação de poderes, ou seja, uma autorização do cidadão para que um ator o substitua, manifeste-se em seu nome para a tomada de decisões políticas. Nesse sentido, o representante substitui o representado, assim como na linguagem a palavra substitui a coisa. Para Hobbes, a autorização era suficiente para legitimar a condição de representante. Mais tarde, com o estabelecimento e a consolidação do Estado moderno, dois outros elementos foram associados à representação política: o monopólio e a territorialidade, formando o tripé da teoria moderna da representação, como construída por Hanna Pitkin (1967). Entretanto, a complexificação social faz multiplicarem-se formas de representação em que esses elementos não estão presentes (Avritzer, 2007), e na “modernidade tardia” esse processo toma proporções cada vez maiores, envolvendo tanto atores da sociedade civil como agentes não eleitos do Estado, por motivos que discutiremos mais à frente.

1.3. Modelos de representação

Essa breve incursão no passado em busca das raízes do instituto da representação política mostrou que o entusiasmo do período pós-Revolução Francesa pelo ideal democrático, deflagrado pela vitória da “soberania popular” e generalizado no mundo ocidental, logo cedeu lugar a uma crescente decepção. Mudanças que já se evidenciavam na segunda metade do século XIX, com o fim do voto censitário, a ampliação do direito de voto, a emergência dos partidos de massa, a implementação de programas políticos, a industrialização, a “complexificação” da vida social e da própria sociedade, tornaram necessária a reformulação da teoria liberal democrática, e nesse esforço procedeu-se à reconstrução do próprio conceito de representação como fundamento do governo democrático.

Nesse sentido, Bernard Manin¹² dá uma importante contribuição. Ele observa que houve uma gradual transformação daquilo que ele prefere chamar de “governo representativo”, em oposição à democracia direta praticada na Grécia da Antiguidade, como propôs Mill, e apóia-se na tipologia weberiana para retratá-lo, apontando a existência, ao longo do tempo, de três “tipos ideais” de governo representativo: o parlamentar, a “democracia de partido” e a “democracia do público”. Esses tipos ideais podem coexistir e/ou fundir-se num determinado momento da história de uma sociedade

dita democrática, mas uma ou outra forma sempre predomina. A distinção entre eles dá-se pela forma como são aplicados os princípios formulados nos primórdios do sistema representativo, quais sejam:

- 1) Os representantes devem ser *eleitos* pelos governados. A representação é uma delegação que não se funda em nem implica uma identidade ou uma “isonomia” entre representantes e governados, como na democracia clássica, em que o sistema de sorteio garantia que qualquer um do povo pudesse exercer a representação;
- 2) Os representantes conservam uma independência parcial diante das preferências dos eleitores. Os mandatos não são imperativos, pois “o governo representativo (...) nunca foi uma forma indireta de soberania popular”. Essa é a “grande diferença” entre esse sistema e “a democracia entendida como um regime de autonomia coletiva em que as pessoas submetidas a normas fazem as normas”¹³;
- 3) A opinião pública sobre assuntos políticos pode manifestar-se independentemente do controle do governo. Garante-se a liberdade de opinião política, o que pressupõe publicização das decisões governamentais e a liberdade de expressão. A representação não é absoluta, diferentemente do que propôs Hobbes. O povo pode falar por si mesmo;
- 4) As decisões políticas são tomadas após debate, segundo o princípio da maioria.

No início, no governo dito parlamentar, todos esses princípios eram observados. Note-se que, dado ao espaço limitado para o exercício da representação e da participação política, esse era um “governo de notáveis”. Já o “governo de partido”, em contraposição ao parlamentarismo, caracteriza-se justamente pela aproximação entre representantes e representados. Na “democracia de partido” o voto despessoaliza-se. A representação torna-se um reflexo da cada vez maior diversidade social, decorrente do processo de industrialização, com todos os conflitos de classe por ele suscitados. Por outro lado, a disciplina partidária limita a independência no mandato. Nesse modelo, para se evitar o confronto aberto, adota-se o “princípio da conciliação”. As decisões não são mais tomadas nas sessões do Parlamento, mas em outros lugares, antes dos debates. A estratégia é a da coalizão. A opinião, ainda que livre, organiza-se pelos partidos; aqui, “liberdade de opinião equivale a liberdade de oposição”.

A descaracterização dos partidos, a tecnicização da política e o declínio das relações de identificação trouxeram o distanciamento entre representantes e

¹² Bernard Manin: *As Metamorfoses do Governo Representativo*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 29, 1995.

¹³ Manin, *op. cit.* nota acima.

representados, resultando em nova crise de representação. Nos tempos atuais, o que se nota é que o governo representativo assume a forma do que Manin denomina de “democracia do público”, que se caracteriza por um retorno do voto personalizado, num processo potencializado pela mídia. O voto agora é reativo. O eleitorado age como “um público que reage ao palco da política”. Os institutos de pesquisa, instituições recentes, passam a exercer um papel crucial na expressão da opinião pública. O enfraquecimento dos partidos assegura uma independência parcial aos representantes. O parlamento não é mais o fórum do debate público; o debate processa-se no meio do próprio povo, nos meios de comunicação de massa, com o povo exercendo o “poder comunicativo”, na linguagem habermasiana.

Para Manin, a “democracia representativa” como realização da “soberania popular” sempre foi uma ficção. Governo representativo e autogoverno do povo não são sinônimos, e cada “crise de representação” que leva a uma transformação do governo representativo não é senão “um deslocamento e um rearranjo da mesma combinação de elementos que sempre esteve presente desde o final do séc. XVIII”¹⁴.

Na democracia moderna as “metamorfoses” da representação são provocadas pela própria transformação social. O sistema de representação que permitiu a adaptação da democracia grega ao mundo moderno é chamado a readaptar-se ele mesmo às constantes transformações desse próprio mundo. Para alguns teóricos da democracia contemporânea, como Lyotard¹⁵, o gradual distanciamento entre representantes e representados é mero reflexo da cada vez maior pluralização e “complexificação” das sociedades, fenômeno que levou a uma mudança da própria função dos Estados. Lyotard observa que o desenvolvimento das economias capitalistas, a constante “mutação das técnicas e das tecnologias”, a decomposição dos “grandes relatos”, tudo isso leva a uma dissolução dos vínculos sociais; “as coletividades sociais passam ao estado de uma massa composta de átomos individuais”. O resultado é uma “crise de representação”.

Em decorrência dessa crise, nos sistemas capitalistas assiste-se a uma perda de legitimidade da autoridade política. Essa é uma preocupação que tem forte presença na obra de Claus Offe¹⁶, que vai buscar na história uma explicação para esse fenômeno, utilizando-se dos três componentes das relações modernas entre Estado e cidadãos no

¹⁴ Bernard Manin, *op.cit.*, nota 11.

¹⁵ Jean-François Lyotard. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

¹⁶ Claus Offe, *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo: Editora Brasiliense S.A., 1995.

Ocidente — o Estado de direito, a democracia representativa e as condições de “garantia civil” obtidas no Estado do bem-estar social — para descrever a sequência evolutiva das funções da autoridade legítima, o Estado, na era moderna. Sua reconstrução parte daquelas funções estatais de garantia da paz, descritas por Maquiavel, em sua preocupação com a guerra entre Estados, e por Hobbes, em sua preocupação com a guerra civil; passa pelas de garantidor das liberdades, com a instituição dos direitos de cidadania “passivos”, que, de acordo com a noção liberal da liberdade negativa, implicavam também a limitação da autoridade política, como alertaram Locke e Voltaire; e desemboca nas funções, ampliadas, de garantia da igualdade de direitos, inclusive os políticos, os chamados “direitos de cidadania ativa”, já sob a inspiração de Tocqueville e J.S. Mill.

Por fim, com a emergência dos novos e múltiplos direitos sociais, alarga-se, agiganta-se o papel do Estado, em face da necessidade de administração e distribuição dos recursos conquistados pela sociedade no *welfare state*. O Estado gigante torna-se uma necessidade, dada a insuficiência do mercado para a solução de conflitos entre os novos e múltiplos agentes individuais, as “coletividades” organizadas (sociedades econômicas, cartéis) e os grupos de representação de interesse (sindicatos, associações comerciais), levando à derrocada a teoria do capitalismo “organizado pelo mercado”¹⁷. Instala-se em seu lugar o que Offe considera ser o “capitalismo desorganizado”. A “desorganização”, aqui, diz respeito não a uma desregulamentação social/estatal, e sim ao surgimento de novos meios de regulação.

É nesse estágio, o da “desorganização capitalista”, que o sistema de representação social mais se desvirtua. Falta neutralidade aos meios de intermediação política e aos canais de comunicação entre sociedade civil e autoridade política, e, conseqüentemente, legitimidade aos procedimentos de formação e expressão da opinião popular. A deficiência das formas existentes de mediação política e das suas respostas estende-se aos mecanismos da democracia partidária competitiva, aos meios de comunicação de massa, aos movimentos sociais, ao sistema eleitoral e às suas regras de decisão coletiva, tais como a regra da maioria, enfim, a todos os componentes da democracia capitalista. Quanto mais determinados grupos concentrarem influência (econômica, social ou política), maior será a distância, no interior daquele sistema, entre a regra da maioria e um real procedimento democrático.

¹⁷ Conceito proposto pela primeira vez por Rudolf Hilferding, em 1910.

O diagnóstico de Offe não é nada animador: “*a administração do Estado do bem-estar tornou-se crescentemente sensível aos parâmetros da atuação política “factivel” e às ameaças, às táticas obstrutivas e aos incentivos estabelecidos por agentes influentes do respectivo segmento da sociedade civil na qual operam suas organizações administrativas. Por sua vez, isto tem como consequência o risco de duplicar e ampliar a matriz de poder social e de solapar a relação entre o poder social e a autoridade política, mais do que de tornar esta última “legítima” com base em critérios como paz, liberdade, igualdade e justiça, através de práticas “justas” de mediação*”¹⁸.

Offe aponta a relação empírica entre o crescimento da intervenção estatal demandado para a manutenção do *welfare* e o recrudescimento nas últimas décadas do século passado de formas corporativistas de representação funcional politicamente institucionalizadas — o neocorporativismo —, ainda que se tratem de “tipos de racionalização política conceitualmente distintos e até mesmo opostos”. O problema é que os partidos políticos, suas identidades deteriorando-se na mesma medida do crescimento da heterogeneidade e da difusão de suas bases eleitorais, começam a mostrar-se incapazes de conceber alternativas abrangentes de programas a serem executados na eventualidade de chefiarem o governo.

Já na década de 60, diante da série de problemas políticos com que se defronta o Estado capitalista, percebia-se numa “onda de realismo pós-pluralista” que “o poder de barganha e a influência política de interesses organizados enfraqueciam o governo parlamentar responsável” e “interferiam nas tentativas de planejamento social e econômico abrangente e de longo prazo”, ou seja, os grupos de interesse mais fortes e politicamente mais articulados impunham-se às categorias menos organizadas e mais vulneráveis. Daí a tentativa de reorganizar o relacionamento entre grupos de interesse e esses e o Estado com “mudanças institucionais na estrutura da representação de interesse e na conduta da política”¹⁹.

Tais mudanças levam a uma reconfiguração do modelo de governo que tem consequências para a prática democrática. Esse é o terreno em que Dahl²⁰ desenvolve sua teoria da democracia. Ele começa por observar que a mera observância da regra da maioria não garante, nas sociedades contemporâneas, uma “representação real”, e a

¹⁸ Offe, *op. cit.*, nota 15.

¹⁹ Ver nota anterior.

²⁰ Robert Dahl, *Prefácio à Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

partir daí constrói um modelo que para ele é o que melhor explica a configuração dos sistemas representativos contemporâneos.

A regra da maioria, lembra Dahl, é o princípio básico republicano tanto da teoria democrática madisoniana como da teoria populista, embora proteja em uma valores distintos dos que visa proteger na outra. Madison foi um dos idealizadores da Constituição norte-americana e procurou desenhar um sistema republicano em que não houvesse risco de se instalar uma tirania. Por isso defendeu a separação e o controle recíproco dos poderes, para garantir com segurança a incolumidade da república contra a formação de um governo tirânico, como poderia acontecer com a acumulação de todos os poderes nas mesmas mãos; e defendeu a democracia representativa, para que os interesses das minorias não fossem “engolidos” pelos da maioria.

Na teoria madisoniana, o propósito da república é a proteção das minorias, e é para isso que, paradoxalmente, há que se garantir o “governo de maioria”. A teoria democrática populista também se pauta na regra da maioria, mas com ela o que se quer é garantir a soberania popular e a igualdade política. O que Dahl observa, porém, é que nem uma nem outra conformação subsiste nas sociedades plurais contemporâneas. Nelas, as eleições não refletem realmente as preferências de maiorias nem de minorias, e sim de maiorias locais que correspondem a minorias no plano nacional. Não existe governo de maioria, nem poderia existir. Dados os desequilíbrios inerentes ao sistema representativo, principalmente nos sistemas federativos, o que acaba acontecendo é uma super-representação de minorias e uma sub-representação de maiorias. Dessa forma, o Poder Legislativo muitas vezes mostra-se pouco representativo.

Nesse sentido, referindo-se ao sistema norte-americano, Dahl cita os graves problemas levantados pela igual representação dos Estados no Senado Federal e pelos limites da representação proporcional na Câmara dos Deputados (problemas que o Congresso brasileiro compartilha). Para ele, embora as eleições e a competição política sejam meios cruciais para controlar líderes, o que delas resulta é um “governo de minorias”, no plural. Assim sendo, nas sociedades ditas democráticas, aquelas em que eleições para o Executivo e o Legislativo se realizam periodicamente, o que se observa é uma nova conformação dos sistemas de decisões políticas que ele denomina de “poliarquia”.

A “democracia poliárquica” de Dahl terá existência se estiverem presentes nos períodos de eleições três princípios:

- 1) o voto é universal, isto é, todos votam;

- 2) o voto é igualitário, isto é, todos os votos têm peso igual;
- 3) escolhe-se a alternativa mais votada, isto é, segue-se a regra da maioria.

Esses princípios moldam a prática da democracia poliárquica, que nos períodos entre as eleições será mais ou menos intensa, conforme estiverem presentes as seguintes condições:

- a) qualquer cidadão possa apresentar alternativa de política para debate;
- b) todos os cidadãos tenham idêntica informação sobre todas as alternativas;
- c) as alternativas mais votadas substituam quaisquer outras;
- d) as ordens dos servidores públicos eleitos sejam executadas;
- e) as decisões entre períodos eleitorais subordinem-se às tomadas na fase de eleição e/ou novas decisões sejam determinadas pelas condições precedentes, operando sob diferentes circunstâncias institucionais.

Poliarquias são organizações sociais em que todas essas condições, numa escala de 0 a 1, aparecem em valores iguais ou maiores do que 0,5. Quanto maiores os valores, mais igualitárias serão. Quanto menores, mais próximas estarão de um sistema ditatorial. Valores menores do que os medianos indicarão sistemas não poliárquicos, mas hierárquicos ou oligárquicos.

Para Dahl, sistemas poliárquicos implicam separação de Poderes (Judiciário, Legislativo, Executivo e burocrático-administrativo) pela via da constitucionalização. Porém, o que os teóricos da judicialização apontam nas poliarquias atuais é justamente o contrário: é a aproximação desses poderes.

Outros observadores percebem, nas democracias atuais, mais do que uma crise de representação política, uma mudança de paradigmas. Para eles os pilares da democracia, conforme propostos por Montesquieu, teriam sido abalados pela própria experiência da pluralidade²¹. Nesse sentido, ressaltam-se situações históricas concretas em que os paradoxos da democracia clássica se tornaram evidentes, como o caso da Alemanha, que no século passado viu implantar-se um governo nazista, totalitário, com o aval do Poder Legislativo. No próprio cenário brasileiro, de 1964 a 1986, instalou-se uma dessas situações paradoxais, quando, na vigência de um governo autoritário implantado, por meio de um golpe de Estado, manteve-se o plano político, embora confinado, mesmo sem que nem a massa nem os novos atores que surgiam tivessem representação política.

²¹ É o caso de Boaventura Santos (2000).

No Brasil, deu-se um movimento peculiar: a passagem do autoritarismo para a democracia em uma condição de insulamento político, a transição fazendo-se segundo as regras do período autoritário. É verdade, o Congresso Nacional exerceu um papel fundamental no processo de redemocratização do País. E nesse percurso aproximou-se bastante do Executivo, fenômeno que se traduz tanto na configuração de governos “plurais”, com as chamadas “coalizões governamentais”, de que participam os partidos com maior representatividade no Congresso, como na influência que o Executivo exerce sobre a agenda legislativa, apontada, entre outros, por Figueiredo e Limongi (1999), e na instituição, no âmbito desse Poder, de agências reguladoras com grande autonomia de normatização. Dessa forma, no Brasil a judicialização da política no mínimo caminhou *pari passu* com um processo de “autarquização”, se não foi precedida por ele.

Essas são realmente situações paradoxais: de um lado, temos a implantação do totalitarismo como fruto de um processo democrático de deliberação, como no exemplo alemão; do outro, a implantação da democracia como corolário de uma “abertura” do autoritarismo, como no exemplo brasileiro. São situações como essas que põem em cheque a teoria democrática, particularmente o conceito de representação, demandando o debate mais aprofundado desse instituto, sobre o qual, nunca é demais repetir, erige-se a democracia como a conhecemos atualmente.

1.4. Política e direito como campos de poder simbólico

O sociólogo francês Pierre Bourdieu, partindo de uma perspectiva sociológico-historicista, recorre à sociologia durkheimiana das formas simbólicas em sua análise do funcionamento dos “campos de poder simbólico” nas sociedades contemporâneas. A premissa é institucionalista: há reciprocidade nas relações entre as instituições e o comportamento do corpo social porque aquelas produzem esse, e vice-versa. Para Bourdieu, a análise do funcionamento político de uma sociedade demanda o exame das experiências socioeconômicas e culturais que no decorrer da história determinaram a divisão do “trabalho político”, de modo a evidenciar os mecanismos sociais que produzem e reproduzem a separação entre os “agentes politicamente ativos” e os “agentes politicamente inativos”²², evitando-se que se constituam “em leis eternas as regularidades históricas válidas nos limites de um estágio

²² Weber, Max. *Economia e Sociedade*, v.II. Brasília: Editora UnB, 1999.

determinado da estrutura da distribuição do capital”²³. Assim como Schumpeter, ele lança mão da “linguagem de mercado”, usando a lógica da oferta e da procura para descrever os fatos da vida política.

Ousamos aqui abrir um parêntese para traçar um paralelo com o objeto do nosso debate, para refletir que, nessa perspectiva “mercadológica” de Bourdieu, o surgimento de novas arenas de representação decorre justamente de uma demanda de grupos alijados da arena política tradicional.

A justificativa para tanto é justamente o argumento desse autor acerca da desigualdade de distribuição dos instrumentos de representação social num mercado que está muito distante de ser livre, dada a “notável concentração de capital político” por um corpo de profissionais que monopolizam a atividade política, concorrendo apenas entre si e deixando os demais cidadãos ao largo da formulação das políticas, dos programas, das estratégias governamentais, enfim, de “produtos políticos” dos quais eles não passam de meros consumidores, e mesmo “o acesso ao consumo” desses produtos lhes será tanto mais difícil quanto mais afastados estiverem do lugar de produção. Assim, a representação, mais do que fruto de delegação, implica “passividade”, “desapossamento”, alienação. E, conseqüentemente, distanciamento entre representantes e representados.

Mas o “esvaziamento da representação” não se apresenta como problema para Bourdieu. Suas conclusões têm um cunho elitista: essa conformação, a despeito de resultar, de um lado, da concentração e, do outro, da alienação do capital político, tem a vantagem de tornar previsível o jogo no campo político, pois os que monopolizam as atividades nesse campo são os que detêm suficiente conhecimento sobre os objetivos e os efeitos sociais das suas decisões para escolherem as alternativas menos “comprometedoras”, garantindo assim sua permanência em campo. Nesse jogo, a lógica da concorrência prevalece sobre a da representação. Assim, quanto mais cresce a institucionalização do capital político e “o peso dos imperativos ligados à reprodução do aparelho e dos postos que ele oferece”, os partidos são levados a “sacrificar seu programa para se manterem no poder ou simplesmente na existência”. Isso explica a tendência dos grupos e partidos políticos à “neutralidade”, no intuito de arregimentar votos. Essa “cultura propriamente política” permanece inacessível ao cidadão comum, não tanto por conta da “complexidade da linguagem em que ela se exprime”, e sim dado

²³ Pierre Bourdieu, *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1989, tradução de Fernando Tomaz.

à “complexidade das relações sociais que constituem o campo político que nela se reexprime”.

Se estiver em jogo a sua credibilidade, o político levará em conta a possibilidade de realização de suas escolhas. O “político avisado” tem esse “sentido prático” em suas tomadas de posição, sabendo diferenciar entre as “possíveis e impossíveis, prováveis e improváveis”. Enfim, sua “força política” advém da confiança, da crença, da “fé” que nele deposita o eleitor. Seu capital, portanto, é um “puro valor fiduciário”, o que o torna “especialmente vulnerável às suspeitas, às calúnias, ao escândalo, em resumo, a tudo que ameaça a crença, a confiança, fazendo aparecer à luz do dia os atos e os ditos secretos escondidos, do presente e do passado, os quais são próprios para desmentir os atos e os ditos presentes e para desacreditar o seu autor”²⁴.

No campo do direito, Bourdieu pretende ultrapassar o debate científico entre formalistas como Kelsen, para os quais o direito formal tem total autonomia em relação ao mundo social, e instrumentalistas como Althusser, que vêem no direito um reflexo do próprio mundo social, utilizado pelos governantes como instrumento de dominação. Nesse esforço,

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física²⁵.

Ou seja, Bourdieu propõe um meio caminho entre as duas abordagens, a formalista e a instrumentalista, pois, se também no que se refere à criação do direito as relações são recíprocas, com as instituições refletindo e conformando as sociedades em que operam, há certamente um “monopólio” no que se refere ao capital jurídico, da mesma forma como no campo da política. A produção e o exercício da atividade jurídica restringem-se a um grupo de “profissionais desse mercado”, que no Estado democrático são “blindados contra pressões externas”. A atividade nesse campo igualmente não se abre ao cidadão comum.

²⁴Bourdieu, *op.cit.* (nota anterior). Essa observação de Bourdieu poderia explicar uma eventual animosidade dos políticos em relação ao Ministério Público, dado o risco de serem colocados no centro de um escândalo no curso de suas investigações.

²⁵ Idem, p. 211.

Assim como a política, como campo de poder simbólico, o direito também tem seu modo próprio de expressão, uma linguagem propriamente jurídica, que busca dois efeitos maiores: a “neutralização” e a “universalização” de seus enunciados. Essas qualidades garantem que o campo jurídico funcione como um “lugar neutro” em que a solução dos conflitos se alcança pacificamente pela mediação de um “profissional do direito”. Dentre os especialistas detentores do monopólio do “capital jurídico”, o juiz mostra-se um ator privilegiado, cujo papel vai além da mera interpretação e da aplicação da lei diante de um caso particular:

O juiz (...) dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica; os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos à sua interpretação, têm uma verdadeira função de *invenção*.²⁶

Foi exatamente essa “função de invenção”, essa “criatividade” do juiz, que Bourdieu acolhe como qualidade, que abriu o caminho para a chamada judicialização da política, para a crescente aproximação desses dois campos simbólicos, o do direito e o da política, para ele tão distintos.

O fenômeno tem, como era de se esperar, interpretações diversas. Para alguns observadores, é uma conseqüência da própria evolução do direito para fazer face à pluralização das sociedades; para outros, uma decorrência do déficit legislativo causado por essa pluralização. Ambos os argumentos serão visitados a seguir.

1.5. A aproximação entre direito e política: o argumento da evolução do direito

O raciocínio que seguem alguns teóricos da judicialização é congruente com a teoria da evolução do direito desenvolvida pelos juristas norte-americanos Nonet e Selznick²⁷. De acordo com essa teoria, à medida que se torna mais complexa a sociedade civil, os direitos tendem a se ampliar. Aos direitos individuais, aqueles da liberdade civil dos modernos, vão sendo paulatinamente acrescentados novos direitos — políticos, sociais, ambientais —, e paralelamente, para administrá-los, novas formas de regulamentação social vão surgindo.

²⁶ Ver nota 21.

Esses autores constroem nesse campo uma tipologia à moda weberiana para distinguir ao longo do tempo a emergência de três formas distintas de regulamentação da vida social: o direito repressivo, o direito autônomo e direito responsivo, tipos “ideais” que se sucedem na história do direito, correspondendo às etapas do desenvolvimento social, e que se relacionam aos estágios de desenvolvimento da administração — o pré-burocrático, o burocrático e o pós-burocrático.

A distinção entre os três tipos relaciona-se ainda ao exercício da interpretação. O Judiciário, nos primórdios do mundo moderno, funcionava como um instrumento do poder político, ação essa que se caracterizava pela aplicação de um direito “repressivo”, fortemente articulado à autoridade legítima (o rei), submetendo o poder privado (a aristocracia) e liberando o estatuto de liberdade para todos, como pregava Hobbes, com seu Leviatã. Por isso mesmo, é difusa e oportunística a interpretação da lei no caso do direito repressivo, que tem como fim a ordem. A desobediência é uma ameaça que requer punição. A coerção é um instrumento necessário. Na medida em que foi bem sucedida a aplicação desse tipo de direito (que também foi um momento do direito), o mundo pôde alcançar outros estágios de desenvolvimento. Então, certos segmentos sociais começaram a tomar consciência de que a realização de seus interesses demandava uma “flexibilização” desse direito rígido, uma “dualidade jurídica”: normas extensivas para todos e normas específicas para o mundo dos negócios. Nesse momento emerge, dentro do direito repressivo, o “direito autônomo”, transformando profundamente a ordem jurídica.

O argumento desses autores é dialético: a formatação desse novo direito só vai acontecer quando direito e política se separam, quando se estabelece a soberania do povo, sob a influência de Locke e de Rousseau, e o direito passa a ser normatizado. A finalidade do direito repressivo é a ordem, a do direito autônomo é a legitimação. O direito autônomo dá ênfase ao “procedimento justo”, e não ao “fim justo”. A coerção é controlada por limites legais. A moralidade é antes institucionalizada, isto é, preocupada com a forma. A desobediência não será punida se obedecer aos procedimentos estabelecidos. A criação do direito é monopólio do soberano, e a garantia da aplicação da lei é atribuição do Judiciário, que a autoridade legítima mobiliza para agir em seu nome. A lei é criada pelo soberano, e o Judiciário é “a boca inanimada da lei”, na célebre frase de Montesquieu. Na tradição democrática, a função do Judiciário voltou-se

²⁷ Nonet, Philippe e Selznick, Philip. *Law & Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York: Octagon Books, 1978.

para o controle do poder soberano, tarefa que em si já pressupõe um Judiciário autônomo e independente²⁸. O poder político sente segurança ao dar autonomia ao Judiciário porque esse poder não vai invadir sua esfera. O juiz não vai produzir o direito, mas apenas revelar a vontade do legislador; não vai buscar a *mens legis*, mas apenas a *mens legislatoris*. O direito autônomo, como tipo puro, refere-se ao positivismo jurídico. É um direito que protege os cidadãos contra o Estado.

Novamente, o êxito desse tipo de direito vai levar o mundo a um novo estágio de progresso e desenvolvimento, rumo ao bem-estar social. Novas necessidades emergem e demandam uma nova configuração do direito. De um lado as reivindicações de trabalhadores por direitos sociais, do outro as reclamações contra a exacerbação das normas formais, do formalismo jurídico, que “amarra” o desenvolvimento, todas essas pressões demandaram uma alteração do “direito legislado”, atingindo-o naquilo que para Weber são seus pilares básicos: a previsibilidade e a certeza. Mais uma vez, diante da complexidade e da fragmentação social com que se deparou o *welfare state*, a legislação começa a perder sua pertinência lógica e a se abrir para a indeterminação, do que resulta um aumento da discricionariedade do juiz na interpretação da lei, levando-o, no limite, a uma atividade “criadora”. Foi assim que o mundo viu emergir um novo tipo de direito: o “direito responsivo”, capaz de enfrentar os dilemas que não puderam ser antecipados pelos governos democráticos. Um direito cuja formulação envolve um componente “político”, no exercício, pelo juiz, de alguma criatividade interpretativa, diante de casos concretos cuja solução escapa à legislação.

Nonet e Selznick ressaltam que os três tipos de direito não têm existência isolada. Eles coexistem ao longo do tempo, voltado cada um para o objetivo que visa alcançar: a ordem, a igual liberdade do cidadão e o bem-estar coletivo. O papel criativo dos juízes cresce paralelamente ao crescimento das demandas sociais. A complexificação da vida em sociedade leva à sobreposição de outras esferas também, como a entrada da política na economia, inclusive pelo caminho do direito. E as alterações implantadas em face das demandas sociais apresentadas por grupos organizados em busca de reformas substantivas, embora impliquem um “avanço” do Judiciário na esfera legislativa, não alteram totalmente a infra-estrutura do direito. A finalidade do “direito responsivo” é, em última análise, a competência. O objetivo é a

²⁸ Como se pode inferir do que foi observado anteriormente, na prática essa independência nem sempre existiu.

solução de problemas. Esse processo, em permanente mutação, integra aspirações legais e políticas. É nesse terreno que se dá a judicialização da política.

Esses autores não se deixam abalar pelo argumento de que essa responsividade do direito, com sua adaptação a demandas sociais específicas e pontuais pela interpretação que lhe é dada pelo juiz a partir da leitura de tais demandas, pode no limite depor o próprio direito, por abrir as portas ao casuísmo, ao oportunismo e à excessiva discricionariedade por parte do juiz. Sobre isso, Nonet e Selznick afirmam: não vai existir esse risco, nem o direito responsivo significará regressão, na medida em que se mantiver a integridade do direito, integridade essa que é totalmente protegida quando a instituição é forte, referenciada por sua missão específica e pelo controle de suas funções. Isso é garantido pela constitucionalização institucional.

De qualquer forma, advertem, direito responsivo sempre será direito de alto risco. O direito autônomo implica baixo risco, porque não permite abertura. O direito responsivo tem de atuar como o “juiz Hércules” de Dworkin (1999). O direito responsivo percebe as forças sociais como fonte de conhecimento para correção e aprimoramento. É um processo de revolução continuada, mas é necessário o controle de propósitos, o que depende do operador, que deve ser responsável para combinar a integridade e a abertura de modo a evitar uma regressão ao direito repressivo.

Habermas só admite a abertura do direito por decisão do legislador — mas é o próprio legislador que empurra o direito à responsividade quando introduz na Constituição valores e princípios morais não fáticos, como o direito à vida e à dignidade. A ação judicial tornou-se o principal caminho para que os segmentos sociais “marginalizados” do processo político possam participar da elaboração da política pública. Realmente essa abertura, por si só, pode minar a integridade do direito. Esse é o risco da responsividade. Assim sendo,

O direito responsivo pressupõe uma sociedade que tenha a capacidade política de enfrentar seus problemas, estabelecer suas prioridades e firmar os compromissos necessários. O fato é que o direito responsivo não é nenhum fazedor de milagres no terreno da justiça. Seus êxitos dependem da vontade e dos recursos da comunidade política.²⁹

Ou seja, se a responsividade do direito, nesse processo contínuo de autocorreção para adaptar-se às transformações sociais e, no curso delas, às novas demandas por direitos que emergem, faz-se acompanhar de responsabilidade, o produto daí resultante

²⁹ Nonet e Selznick, *op. cit.* (nota 25), p. 113. Tradução nossa.

não é a ruptura da integridade do direito, mas sim o alcance do bem-estar social, ainda segundo os mesmos autores.

1.6. A aproximação entre direito e política: o argumento do déficit legislativo

Nem os cientistas nem os políticos ignoram que, nas sociedades contemporâneas ditas democráticas, está em curso um fenômeno aparentemente contraditório, no que diz respeito aos princípios sobre os quais foi idealizado o modelo democrático lá nos seus primórdios. Até algum tempo atrás, diferentemente do que se dava nas sociedades que optaram pela *common law*, na parte do mundo europeu onde se adotou o direito positivo, as relações entre direito e política, pelo menos como princípio, sempre se mantiveram separadas, sendo a política o *locus* da soberania popular.

A separação rígida dos poderes está nas raízes da concepção democrática habermasiana, como pressuposto que sequer se sujeita à discussão, firmado na revolução francesa e operado na tradição da soberania popular. O Judiciário só deve intervir na política quando a produção da lei se afastar do dogma da democracia: a igual participação, que se realiza através da ação comunicativa. O Judiciário não tem legitimidade para interferir no poder soberano. Dessa perspectiva, qualquer tentativa do Judiciário de interferir no poder soberano seria impensável.

Entretanto, na prática, o mundo do direito, à medida que foi incorporando as grandes heranças da filosofia política e das revoluções sociais — a começar pela institucionalização dos ideais de liberdade e de igualdade —, não se mostrou tão hermético. Na verdade, o “modelo separatista” nunca teve existência pura na história das sociedades, e hoje, notadamente, mesmo nos países de “tradição separatista”, a aproximação entre os poderes de Estado revela-se cada vez mais uma realidade, não só no que se refere ao funcionamento dos órgãos administrativos e políticos, como também no que diz respeito a esses últimos e aos operadores do direito³⁰. As próprias tradições jurídico-normativas, a *civil law* e a *common law*, ou a “positiva” e a “jurisprudencial”, vêm aproximando-se.

³⁰ A “confusão” não se restringe apenas aos campos do direito e da política. Para não irmos longe, citemos o amplo poder legislativo, via decreto presidencial, conferido aos chefes do Executivo nas democracias plurais que optam “presidencialismo de coalizão”, como é o caso do Brasil, com as medidas provisórias, que inclusive têm prioridade sobre a própria produção legislativa “normal”. O grande sintoma do presente desequilíbrio entre os poderes constituídos é a atuação do Judiciário, seja em sua omissão perante a interferência do Executivo na esfera do Legislativo, isto é, na sua função fiscalizatória, seja na

No passado, nos sistemas “positivados”, o juiz — um funcionário de carreira — não poderia deixar-se contaminar pela política, ao contrário do que se dá no regime da *common law*. Como “funcionário”, como profissional do direito, deveria limitar-se à aplicação da lei. No entanto, mesmo um pensador oriundo do berço da teoria democrática separatista como Bourdieu reconhece aos juízes uma função criadora. Veja-se que a própria realidade da União Européia consagra a precedência do direito sobre o poder soberano: a Corte Européia sobrepõe-se às cortes supremas nacionais.

Esse movimento de aproximação, decorrente da transformação social operada em resultado da industrialização, de início despertou suspeitas mesmo entre os atores sociais interessados em mudanças efetivas. Na convicção de que o caminho para alcançá-las era o Legislativo e a organização política, muitos deles assustaram-se diante do “agigantamento” do Judiciário (Werneck, 2006). Entretanto, passadas algumas décadas, a presença maior do Judiciário tornou-se uma realidade em todo o mundo ocidental.

Para Antoine Garapon (1996), o crescimento do ativismo judicial é decorrente de omissão deliberada dos legisladores, em especial no que diz respeito a temas altamente controversos do mundo moderno — por exemplo, os que envolvem o acelerado progresso da ciência, como a bioética —, diante da imprevisibilidade dos desdobramentos de suas decisões. E há questões morais politicamente difíceis, como o aborto e a união homossexual. Essas questões, por acarretarem ônus muito altos para os políticos, são deixadas para a decisão dos tribunais, que são politicamente “neutros” em relação ao eleitorado³¹.

Esse é também o raciocínio do jurista italiano Mauro Cappelletti, que lança mão de argumentos pragmatistas/instrumentalistas para explicar a notável aproximação entre o direito e a política nos tempos atuais. Para ele, o “absolutismo separatista” dos poderes vem sendo superado nas sociedades contemporâneas em decorrência do “déficit legislativo” vivenciado pelas sociedades plurais contemporâneas, que, com suas crescentes demandas por representatividade, acabam transportando para o Judiciário as polêmicas de difícil solução pelo Parlamento, levando juízes a atuarem como verdadeiros “legisladores”. Enfim, o raciocínio segue a seguinte lógica: no jogo

sua própria intromissão na feitura das leis. Mas aqui o que nos interessa é o envolvimento da justiça com a vida política, inclusive com a sua normatização, e vice-versa.

³¹ No Brasil são apontados outros fatores que concorrem para a rarefação e o descrédito da função legislativa: o “presidencialismo de coalizão”, com suas articulações políticas prévias à manifestação do

político, a existência de polêmica dificulta a tomada de posição. A pluralização da sociedade, gerando demandas de toda sorte e mesmo conflitantes, acaba levando a uma “inoperância” do Poder Legislativo, que, em face de questões polêmicas, legisla em abstrato, recorrendo a cláusulas indeterminadas e abrindo espaço para a presença do “juiz legislador” (Cappelletti, 1999).

Essa lógica é reforçada pelo argumento keynesiano sobre a complexidade da organização do capitalismo, resgatado por Luiz Werneck Vianna sob a perspectiva de que, enquanto a política invade a seara econômica visando à reprodução do próprio capitalismo, o Judiciário avança na seara da política para sanear as lacunas deixadas pelos legisladores na elaboração de leis evitadas pela indeterminação. Quanto mais o *welfare state* intensifica sua ação, mais se judicializa a vida social. Essa é também a conclusão a que chega o jurista alemão Dieter Grimm³²: a própria lógica do capitalismo político leva à judicialização da vida social; novamente, para ele o ativismo judiciário apresenta-se como consequência do “déficit legislativo”, que por sua vez é acentuado pelo pluralismo característico das sociedades contemporâneas.

O fato é que o mundo se fragmentou demais. A meta do bem-estar, mobilizando a luta pelo atendimento das “novas necessidades” das sociedades modernas, resultou na materialização de novos direitos. O ponto de partida da intensa mobilização social pós-industrialização foi a luta pela regulamentação da jornada de trabalho, que culminou na criação e na codificação de um novo campo jurídico: o do trabalho³³. Para que se tenha uma idéia do que isso representa, basta lembrar que no século XIX, para os liberais capitalistas, qualquer tentativa de regulamentação do mundo do trabalho significaria uma “ameaça às liberdades civis”.

Do ponto de vista de Cappelletti, assim como de Werneck Vianna, na democracia representativa, ao “déficit legislativo” corresponde uma crise de representação. E ela vem de longe. A manutenção das relações sociais, políticas e econômicas no *welfare state* demandou uma grande mobilização do Judiciário para a proteção legal dos atores, para o primado da lei na vida social, marcada pela corporativização característica do capitalismo (Werneck Vianna, 1996). O *welfare state*, às voltas com o imperativo da igualdade, demandou a crescente institucionalização do direito na vida social — aquilo

Legislativo, e o poder de legislar por meio de medidas provisórias concedido ao Executivo e exercido até aqui em larga medida por todos os governos. Mas não é isso que está em discussão aqui.

³² Grimm, Dieter: *Judicial Activism*, in Badinter, Robert e Breyer, Stephen, *Judges in Contemporary Democracy*. New York University Press, New York and London, 2004.

³³ No Brasil, a Justiça trabalhista foi constitucionalizada em 1946.

que para Habermas configura a “colonização do mundo da vida” pelo direito. A agenda da igualdade provocou o crescimento do papel do Judiciário.

Apesar de controversa, especialmente no plano nacional³⁴, essa visão do ativismo judiciário como consequência de um “déficit legislativo” decorrente da pluralização social e acentuado pela constante formação de novas identidades, processos esses característicos das sociedades contemporâneas, é compartilhada por muitos operadores do direito³⁵, a exemplo dos já citados aqui. Dessa perspectiva, a judicialização das relações sociais surge como consequência do capitalismo organizado, a partir do momento em que o Estado assume a administração do social, em que se dá a penetração do Estado, a esfera pública, na sociedade, a esfera privada, nos sistemas capitalistas. A própria lógica política do capitalismo, em que múltiplos interesses se confrontam, leva à judicialização da vida social, em face da segmentação e da pluralização das identidades e da decorrente expansão das demandas sociais, que requerem atendimento, dentro do princípio da democracia, mas estão além da capacidade de resposta do Legislativo.

Conforma-se, assim, a tese de que uma sobrecarga do Legislativo trouxe a necessidade de delegação ao Judiciário da defesa dos interesses sociais, para que a justiça preenchesse as lacunas da política³⁶. Primeiro, o Estado foi obrigado a penetrar na esfera privada para “organizá-la”, para assegurar os direitos de cidadania, para garantir o bem-estar social. Mas depois, diante de um tecido social cada vez mais plural e fragmentado, o Estado de bem-estar, pela incapacidade de fazer face às demandas dessa cidadania complexa, deixou de atender às expectativas da sociedade civil. Para Werneck Vianna (2002), tendo sido frustrados, os cidadãos perderam a fé, a confiança no Legislativo, esvaziando-se de suas convicções democráticas, e esse vazio foi pouco a pouco sendo preenchido pelo Judiciário, a única instância que restou para a garantia de

³⁴ No Brasil, a judicialização é mais uma consequência da atuação do MP e das entidades representativas privadas do que de um ativismo judiciário, mesmo porque nosso Judiciário tem um perfil mais conservador. Além disso, a “inoperância” do Legislativo é fortemente contestada em face das 57 emendas à Constituição já editadas, ao *impeachment* de um Presidente da República e à instalação de diversas CPIs nas duas últimas décadas, isso sem falar no volume de proposições parlamentares que são apresentadas em cada legislatura. Agradecemos a Pedro Robson Neiva por nos chamar a atenção para esse último aspecto.

³⁵ Badinter, Robert e Breyer, Stephen (ed). *Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation*. New York University Press, New York, 2004.

³⁶ Para os opositores dessa abordagem, essa afirmação não se sustenta, pois o que os “fatos” comprovam é um *overload* não do Legislativo, e sim do próprio Judiciário. Remetemos, quanto a isso, aos parágrafos que introduzem este capítulo.

direitos — o “muro das lamentações”, na expressão de Garapon (1996), que W. Vianna se compraz em citar.

Parece-nos evidente que Vianna, nesse particular, quando aponta o Judiciário como a “única instância” de garantia de direitos, papel que é por natureza desse poder, ressalta o atendimento pelo Judiciário, via direito responsivo, de demandas latentes que não encontram resposta no Legislativo. É claro que outras instâncias estão à disposição da sociedade, fruto da sua própria articulação e organização interna, para a defesa de seus direitos, como as associações, os sindicatos e, mais recentemente, as organizações não governamentais. Por outro lado, o próprio Poder Executivo também participa desse processo, impondo paulatinamente à agenda legislativa políticas públicas “responsivas”³⁷. Mas o direito jurisprudencial vai além disso, cristalizando como norma jurídica não raro *erga omnes* decisão tomada diante de um conflito entre grupos particulares, regulando dessa forma a vida social.

Para Vianna, trata-se de um processo de causalidade dupla: de um lado, o “direito jurisprudencial” é chamado a assumir a regulação da esfera pública, dada a insuficiência do “direito legislativo” para fazer face à complexidade do mundo capitalista; do outro, o legislador, consciente dessa limitação, opta por escrever textos genéricos o suficiente para abrirem amplos espaços ao poder criativo dos juízes. Ou seja, nessa perspectiva, o Judiciário amplia seu espaço em função da inoperância ou da incapacidade do Legislativo de atender às demandas de uma soberania complexa.

Boaventura Santos fala em mudanças de paradigmas. Werneck Vianna e Cappelletti falam em mutação e compartilham o mesmo diagnóstico: estamos diante de uma nova realidade de relações entre o Estado e a sociedade, em que o Judiciário passa a ocupar um papel relevante na vida social. O *welfare state* não levou ao agigantamento só desse Poder, mas de todos os Poderes constituídos. O Executivo, tornando-se cada vez mais profissionalizado e burocratizado, também ultrapassou seus limites como Poder, invadindo a esfera legislativa. Para esses autores o Legislativo agigantou-se também, na mesma proporção em que cresciam as massas, mas, quando se viu às voltas com a complexidade de uma representação plural, “paralisou-se” diante da dificuldade de tomar decisões. Isso “naturalmente” levou a uma expansão da atividade judiciária para a regulação da vida em sociedade. Essa é, em suma, a essência do argumento dos que interpretam a judicialização como uma consequência de um déficit legislativo.

³⁷ Agradecemos ao Prof. Adalberto Cardoso essa observação.

Por outro lado, paralelamente, procedimentos e mecanismos típicos do sistema judicial foram sendo adotados tanto pelo Legislativo, com as CPIs, como pelo Executivo, com as ouvidorias. Ou seja, políticos e autoridades administrativas passaram a recorrer a procedimentos semelhantes aos do processo judicial e a parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações. Dessa forma, a judicialização envolve alterações institucionais que não se resumem a um ativismo judicial.

Nesse sentido, para os que defendem esse argumento, nas sociedades plurais contemporâneas, direito e política interpenetram-se justamente porque o caminho procedimentalista habermasiano — que se destina apenas a garantir voz e vez à soberania no Legislativo, o único poder que tem legitimidade para legislar — “congestionou-se”³⁸. As muitas vozes que não tinham vez, que não encontravam respostas junto ao legislador, viram-se obrigadas a recorrer ao juiz. Assim, pouco a pouco, foi sendo criada uma alternativa, um atalho, um caminho “substancialista” para “preencher os vazios da lei” (Werneck Vianna, 1999). Esse caminho é o Judiciário. No caso particular do Brasil, como da América Latina em geral, esse processo ainda foi reforçado pelo próprio processo de redemocratização, dado o descrédito na classe política.

Para os teóricos da judicialização, a oferta de uma alternativa substancialista não constitui uma ameaça à democracia, dado que ela se funda no mesmo princípio do procedimentalismo de Habermas: o Estado Democrático de Direito. Mesmo porque a objeção que Habermas levanta quanto ao “direito jurisprudencial”, quando afirma que não cabe ao Judiciário criar, mas apenas interpretar o direito, na verdade baseia-se numa diferença sutil, já que, como bem nota Bourdieu, toda interpretação acaba sendo criadora. E, como bem observa Cappelletti³⁹, por mais bem redigida, por mais simples e precisa que se seja a linguagem nela empregada, a legislação sempre deixa lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz, e sempre permite ambiguidades e incertezas para serem resolvidas no sistema judiciário, já que as palavras “outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado se encontra inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas” que “devem ser preenchidas pelos intérpretes”.

³⁸ É preciso ressaltar que, não obstante as controvérsias que essas afirmações possam suscitar, estamos apenas reproduzindo aqui a “visão de mundo” dos teóricos da judicialização.

³⁹ Cappelletti, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999. Grifos do autor.

Sob essa perspectiva, resta tênue o limite entre interpretação e criação do direito, mas os próprios teóricos da judicialização advertem que isso não implica total liberdade do intérprete. Não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade. Em outras palavras, liberdade de hermenêutica não implica liberdade de criação das leis. A interpretação da lei envolve dois movimentos: um vertical, na busca do princípio contido na norma; outro horizontal, na busca do resultado da aplicação desse princípio no mundo da vida, na sociedade. É nesse segundo momento o direito que se aproxima da política. Abre-se assim espaço para o “deslocamento do poder de legislar” para o Judiciário, e esse processo, como nota Dworkin (1999), desenvolve-se ao largo da “vontade do soberano”, mas não em prejuízo da sociedade.

Na abordagem substancialista de Dworkin e de Cappelletti, o Judiciário surge como o guardião de valores, e em sua interpretação criativa o juiz orienta-se por casos concretos, obedecendo a princípios. De fato, “todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*”⁴⁰. O juiz pode deter o poder de basear suas decisões na “equidade” ou em outros símbolos vazios de valor, mais do que na lei, mas terá de observar esses limites para não comprometer a legitimidade da criatividade judicial.

Os limites substanciais, diversamente dos formais ou processuais, não caracterizam a “natureza” do processo judicial. A diferença entre jurisdição e legislação não é de natureza, e sim de frequência ou quantidade — ou seja, de grau. Ocorre que “o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos frequentes e menos precisos do que aqueles com os quais em regra se depara o juiz. (...) Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a “natureza” dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. *Ambos constituem processos de criação do direito (...)*”⁴¹. Esses processos diferem apenas quanto ao modo de criação.

A legitimidade do caminho substancialista é dada pelos princípios em que ele necessariamente deve assentar-se, como enfatiza Ferejohn (2003). Não há como negar: estamos vendo aproximarem-se campos cuja separação, na teoria democrática clássica, é condição *sine qua non* para a legitimidade do exercício do poder. Na democracia clássica, política associa-se com as funções desempenhadas pelo Legislativo e ao Judiciário cabe a operação do direito. Em outras palavras, nas salas do Legislativo faz-se a elaboração da lei e nas do Judiciário apenas a sua aplicação. Essas fronteiras

⁴⁰ *Op. cit.* (nota anterior), p. 27. Grifos do autor.

⁴¹ *Idem*, *ibidem*.

deveriam ser nítidas, mas tornaram-se tênues, incertas, fluidas, desfocadas, exatamente em consequência da incerteza do processo legislativo, em que se acaba delegando o detalhamento das normas às instâncias administrativas.

Na visão de Ferejohn, é também indiscutível que a “politização da justiça” ou “judicialização da política” tem enorme “funcionalidade”, em termos de resultado. Em outras palavras, os segmentos sociais “desprotegidos” encontram nesse caminho a realização de seus direitos. Mas para que esse processo não se contraponha ao princípio democrático é preciso que no seu desenvolvimento sejam respeitadas duas premissas básicas: de um lado, a aplicação de critérios de seleção que assegurem a qualidade do operador do direito; do outro, a adoção de mecanismos que garantam amplo acesso social à justiça. Cumpridas essas premissas, preserva-se a integridade das instituições democráticas, e assim a sociedade vai tornando-se agente da criação do seu próprio direito, alcançando-se dessa forma a utopia marxista da autorregulamentação social, da “evanescência” do Estado (que Habermas frequenta, embora com reservas).

O direito, lembra Ferejohn, não avança arbitrariamente, mas apenas com a abertura que se dá à interpretação do que é legal e do que é constitucional, num processo dinâmico e permanente. Nesse sentido, o espaço conquistado pelo Judiciário tem funcionado como uma alternativa democrática, e deve ser mantido. Não cabe, segundo esse autor, retrocesso.

Enfim, o viés de todos esses autores é este: o aumento da cidadania é um ganho democrático, e o ativismo judiciário, realidade incontestável no mundo atual, amplia o espectro da cidadania. Sob o paradigma procedimentalista de Habermas e de Garapon, a relação estratégica entre direito e política manifesta-se na formação da opinião e da vontade, de cujo cumprimento o Judiciário é o garantidor. O paradigma substancialista de Cappelletti, Dworkin e Werneck Vianna abriga a articulação entre a democracia participativa, na formação da opinião, e a democracia representativa, na formação da vontade, a “politização” do Judiciário apresentando-se assim como um desdobramento da prática democrática. Na forma como esse raciocínio é desenvolvido por Werneck Vianna⁴², a soma da democracia representativa com a democracia participativa, ou seja, a atuação conjunta dos instrumentos de representação e de participação tem como resultado o fortalecimento da República.

⁴² Luiz Werneck Vianna *et al*: *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Como vemos, a judicialização da política é um processo que é relacionado às sociedades democráticas. O ambiente democrático é um requisito para a expansão do poder judicial, que ocorre como um “desdobramento natural” (Tate e Vallinder, 1995) das democracias contemporâneas, consistindo apenas numa adaptação do sistema a uma soberania que se tornou demasiadamente complexa e ultrapassou a capacidade de resposta do Legislativo e do Executivo. A expansão do Poder Judiciário encontra seu espaço justamente na falha, na insuficiência, na incapacidade dos demais Poderes. Em suma, somente se pode falar em judicialização da política em países democráticos. Ressalte-se, para evitar confusões, que essa “insuficiência” é, na visão dos teóricos da judicialização, uma decorrência da própria pluralização social, que “sobrecarrega” os canais tradicionais de expressão da soberania.

O tema da judicialização, portanto, tem suas raízes na abordagem do funcionamento do sistema democrático. Na base desse fenômeno está a meta de defesa das minorias contra as maiorias. Esse processo tem aspectos defensivos, como um sistema de defesa de direitos, e agressivos, como um caminho de aquisição de novos direitos. Trata-se de uma reserva institucional, para o caso de as grandes maiorias desenharem o mundo de forma diversa da vontade do legislador constituinte — uma “intenção conservadora”.

Note-se que Tocqueville já concebia a magistratura como o equivalente funcional da democracia. Por outro lado, o reconhecimento da criação do direito pelos juízes não é recente. Ainda no século XVIII Jeremy Bentham utilizou a expressão “direito judiciário” ao comentar — e condenar — o fato de que o juiz, no ordenamento inglês, indo além da mera declaração do direito existente, era na verdade um “criador do direito”. Daí por que lutou, sem sucesso, pela codificação do direito, o que ele próprio reconhecia que não seria suficiente para eliminar esse poder criador do juiz. Mas não previu que, paradoxalmente, nos tempos que lhe seguiram, e com mais intensidade no século XX, a própria (e impressionante) expansão do direito legislativo, tanto nos países da *common law* quanto nos de *civil law*, acarretou o igualmente impressionante fenômeno da expansão do “direito judiciário”, ou jurisprudencial, e assim do papel criativo dos juízes, fenômeno extremamente complexo e característico da profunda crise do Estado e da sociedade contemporânea.

1.7. O constitucionalismo democrático

Não foi apenas a necessidade de solução de conflitos coletivos entre grupos de interesse que levou à expansão do Judiciário, marcadamente no segundo pós-guerra. Paralelamente, contribuiu significativamente para esse fenômeno a constitucionalização do *welfare state*, movimento que se apresentou em âmbito mundial. A convergência da *common law* e da *civil law* referida na seção anterior apresenta-se como uma decorrência da constitucionalização do direito. Nesse processo, a afirmação dos direitos individuais e sociais passa a depender cada vez menos do Código Civil, que rege o direito privado, e mais da Constituição, que rege o direito público. A politização dos magistrados, por sua vez, deve-se ao espaço que lhes é dado para a interpretação do pacto social constitutivo da sociedade política, ou seja, para o controle de constitucionalidade das leis.

Como já observamos, os novos contornos que os campos político e jurídico adquirem nas complexas sociedades pós-industriais resultaram das próprias transformações que se operaram nelas. As próprias mudanças no plano social acarretaram mudanças institucionais, e nesse movimento setores antes claramente separados entrecruzaram-se. Assim, o Estado foi penetrando cada vez mais no plano social, na tentativa de regulá-lo, tendo como princípio a concretização dos novos e amplos direitos de cidadania. Por questões de segurança — especialmente após a segunda guerra mundial, diante do temor de que se repetisse a dramática experiência do nazi-fascismo —, essa sua atuação passou a ser juridicamente “positivada” pela via da constitucionalização, outro processo que marca intensamente a “modernidade tardia”, cenário do “capitalismo desorganizado” de Offe.

Ainda no início do século XX, Weber⁴³, ao discutir a racionalidade jurídica, já ressaltava a necessidade de formalização do direito. Na abordagem weberiana, a racionalidade formal impede a vulnerabilidade do direito às deturpações a que remete a racionalidade material, ditadas por questões de ordem ética, política ou utilitarista. Relegado à mera materialidade, o direito desfigura-se. Ele tem de ser previsível, calculável, para fornecer certeza jurídica. O direito tem de ser formal.

Weber não viveu para testemunhar a que ponto, em sua própria Alemanha, seu alerta se mostrou procedente. A experiência do nazismo comprovou de forma

⁴³ Ver nota 22.

assustadora que o direito meramente material, contaminado pelas circunstâncias, pode abrir espaço para verdadeiras aberrações legislativas, levando, no limite, à desconfiança do próprio princípio majoritário. Para evitar que novos horrores se instalassem em decorrência de um abuso do Poder Legislativo, tornou-se necessário limitar a vontade da maioria, e isso só se poderia alcançar pela via da constitucionalização. Assim, o que se viu no pós-guerra foi uma “onda constitucionalizante” mundial, todas as nações democráticas buscando consagrar nas suas constituições princípios pragmáticos básicos, invioláveis pelo legislador ordinário, configurando o que na literatura recebeu a denominação de “constitucionalismo democrático”.

Uma das características desse movimento é a adoção generalizada de mecanismos de controle de constitucionalidade, conceito esse introduzido pela Constituição austríaca de 1920, sob a inspiração do jurista austro-americano Hans Kelsen. Para ser legítimo, o controle da inviolabilidade e da constitucionalidade das leis deveria ser exercido pelo Judiciário, um poder “neutro”, que, muito embora receba tal atribuição do próprio poder político, do próprio poder constituinte, compõe-se de funcionários de carreira que ficam ao largo do plano político, não se deixando influenciar por ele. Entretanto, no constitucionalismo democrático do pós-guerra o sistema judicial não cumpre mais um papel de mera conservação do *status quo*, muito pelo contrário; sua atuação torna-se transformadora, como lugar de exercício ativo da cidadania, fórum para o “exercício da razão pública”, na interpretação de Rawls⁴⁴.

As Constituições do *welfare state* apresentam um caráter programático, reconhecendo tanto os interesses difusos, referentes àquilo que constitui patrimônio de todos e é, portanto, indivisível — por exemplo, o patrimônio biológico, genético, histórico, ambiental —, como os interesses individuais homogêneos⁴⁵, especialmente no que diz respeito a segmentos “hipossuficientes” típicos das sociedades de massa, sem referenciais classistas. É para a defesa dos direitos desses grupos “dispersos” que surgem institutos processuais inovadores, como as ações coletivas, as *class actions*, levando o processo judicial a extrapolar as questões do mundo privado, a ir além dos meros conflitos entre duas partes e abarcar o interesse público, redimensionando-se assim o papel da magistratura.

O Estado do *welfare* vai penetrando na vida social na medida em que se dá o processo de coletivização e conseqüente publicização de questões que o liberalismo

⁴⁴ Rawls, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁵ Mais uma vez, remetemos à definição de Mazzilli, constante da nota 3.

clássico considera pertinentes ao setor privado, como as referentes ao trabalho e à economia. Keynes⁴⁶, desafiando o ideário liberal, defende a inserção do Estado, pela via constitucional, em todas as esferas da vida em sociedade, inclusive no plano econômico — e isso para controle do próprio capitalismo. Ele argumenta que no livre mercado o que se busca é apenas a acumulação de capital a qualquer custo, mesmo à custa do bem-estar social, e o Estado, portanto, tem de intervir para “aperfeiçoar” o sistema, amenizando com princípios solidários o “espírito animal” do empresário.

Para Keynes, no entanto, o capitalismo será sempre o sistema mais eficiente de todos os que a humanidade conheceu, superior até ao socialismo. O problema é que o sistema capitalista dificulta e até impede a solidariedade social. Por isso, e só por isso, precisa ser aperfeiçoado, garantindo-se que a atuação do Estado se oriente para a realização do bem comum, pela via da constitucionalização. A meta de Keynes é o aprimoramento do capitalismo. Graças a esses princípios “comunitários”, o keynesianismo, mesmo sendo uma doutrina de orientação capitalista, foi amplamente recepcionado pelo constitucionalismo social-democrata no mundo, tendo inspirado, entre outros textos constitucionais, nossa atual Constituição.

⁴⁶ Keynes, John Maynard. *The end of laissez-faire*. New York: Prometheus Books, 2004.

2. PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

2.1. A Constituição de 1988 e as “tradições” jurídico-sociais brasileiras

Uma das maiores críticas que se tecem em relação ao atual texto constitucional brasileiro diz respeito ao fato de que ele, na esteira do keynesianismo, vai muito além de princípios, buscando a regulação detalhada de amplos setores da vida em sociedade. Por isso, mereceu até agora 57 emendas, a maior parte de cunho liberalizante.

Por trás dessas alterações subsiste o argumento de que a excessiva formalidade imposta pela regulação “engessa” setores econômicos e produtivos. No entanto, a opção pela formalidade não é estranha à nossa conformação jurídica tradicional. A despeito da informalidade no plano social, que se instalou nos primórdios da nação e persistiu como uma característica do nosso povo — inclusive bem retratada na expressão “jeitinho brasileiro” —, nosso sistema jurídico sempre seguiu uma tradição positivista.

A opção pelo formalismo constitucional e pelo direito positivo esteve presente em toda a nossa história⁴⁷, mesmo nos períodos autoritários. O Estado brasileiro, segundo Werneck Vianna (1999), construiu-se sob uma lógica dual, conformada na persistência da ampla informalidade social, a despeito de uma rígida formalidade jurídica⁴⁸. Ao longo do tempo, seja na esfera político-social, seja no plano econômico, o formalismo jurídico conviveu pacífica e naturalmente com esquemas de dominação pessoal useiros e vezeiros em ignorá-lo e até em burlá-lo, a exemplo do patriarcalismo, do coronelismo e do patrimonialismo.

Além da tradição formalista, outra característica do Estado brasileiro que alguns ainda consideram presente no atual texto constitucional é a de “organização pelo alto”, apontada por Oliveira Vianna⁴⁹, no sentido de que a modernização brasileira sempre foi comandada pelo Estado, que esteve à frente dos investimentos e dos procedimentos “modernizadores” no País desde os tempos da Colônia. É exatamente dessa tradição “modernizante” do Estado nacional que O. Vianna se serve para embasar a ideologia e legitimar a instituição do Estado Novo em 1930. Para ele, a necessidade de se enfrentar

⁴⁷ Incluindo as relações de trabalho, que seguem o “modelo legislado” (Cardoso, 2003).

⁴⁸ Sobre esse aspecto, consulte-se também Domingues (2008), que retrata com felicidade essa “lógica dual” prevalente neste como nos demais países da América Latina, onde a disseminação da informalidade coexiste com um “excesso de legalismo jurídico que não necessariamente funciona, e muitas vezes só funciona seletivamente”.

⁴⁹ Vianna, O. *O Idealismo da Constituição*. Companhia Editora Nacional: São Paulo/Rio de Janeiro, 1939.

a crise social advinda da industrialização no Brasil justifica plenamente a implantação do nacional-desenvolvimentismo, tendo sido o Estado obrigado a se reconfigurar para poder atuar como o “Estado de compromisso” descrito por Francisco Weffort⁵⁰ — o Estado pacificador dos conflitos sociais, capaz de realizar a “modernização conservadora” do País.

Aqui, cabe abrir um parêntese para registrar um comentário importante, com referência ao tema da nossa pesquisa. Ocorre que, para muitos observadores, tendo-se implantado dessa forma a modernidade brasileira, dentro de um processo que Werneck Vianna (1996) define como “revolução passiva” — em que as transformações surgem como um produto do esforço do Estado, e não como uma “evolução espontânea”, resultante da organização social —, disso vai resultar a sedimentação, no seio da população brasileira, de uma cultura de “passividade”, apontada como traço característico da nossa sociedade tanto por W. Vianna como por Arantes (2002). A diferença é que esse último, tomando de empréstimo o argumento de Oliveira Vianna, enxerga no atual texto constitucional reflexos da tradição paternalista do Estado brasileiro que contribuiriam para desestimular a formação de uma cultura social de ativismo e militância no Brasil, resultando na manutenção de uma “cidadania de baixa intensidade”⁵¹. Para Arantes, atuariam nesse sentido particularmente as amplas atribuições conferidas ao Ministério Público na área cível pela atual Constituição, por possibilitarem uma excessiva substituição processual. Já para W. Vianna o que ocorre é exatamente o oposto: a Constituição de 1988 difere de todas as anteriores justamente por ampliar e reforçar os mecanismos de emancipação da cidadania, entre os quais se destaca o MP.

Registro feito, voltemos ao nosso breve histórico. Ocorre que o projeto modernizante capitaneado pelo Estado Novo não foi capaz de enfrentar a desigualdade social no Brasil, que apenas se agravava à medida que cresciam a industrialização e a urbanização, produzindo um contingente cada vez maior de “despossuídos”, na cidade e no campo, onde, na ausência de uma reforma agrária, manteve-se o latifúndio. Essa conjuntura propiciou a extensão no tempo de arranjos políticos baseados na dominação pessoal. Numa época em que a população rural ainda era majoritária no País, o Estado não conseguia alcançar a grande propriedade, e uma das consequências disso foi um

⁵⁰ Weffort, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

⁵¹ A expressão é de Guillermo O’Donnell (1993).

atraso na ampliação dos direitos civis. A ausência de direitos de cidadania contribuía para reforçar a passividade “característica” da população, e vice-versa.

No mundo do trabalho, o próprio sindicalismo corporativista do Estado Novo acabaria promovendo uma distribuição desigual de direitos. Apesar da grande conquista que representaram para a classe laboral o advento de uma Justiça do Trabalho e os avanços na legislação trabalhista, amplos setores, por incapacidade organizacional, ficavam à margem dos instrumentos de representação funcional, forma exclusiva de representação da sociedade brasileira durante o período varguista. Assim, quando, em 1945, é enfim restaurada, a representação política vai deparar-se com um cenário de profunda estratificação social, diante do qual lhe convém a conciliação e a coexistência com as formas de representação funcional consolidadas no período anterior, que são, portanto, mantidas. Por outro lado, a própria representação política vai ser invadida pela representação de interesses dos setores sociais mais organizados, como empresários e grandes produtores rurais, observando-se a partir daí uma “interpenetração das dinâmicas da representação política e da representação de interesses” (Boschi e Lima, 2002)⁵².

Esse é o quadro em que vai funcionar a democracia brasileira por quase duas décadas, até que a Revolução de 1964 traga, com a tomada do poder pelos militares e o retorno do autoritarismo, uma nova alteração, mais uma “transformação conservadora”, na interpretação de Werneck Vianna (1996), dentro da tradição brasileira de “revolução passiva”, dessa feita motivada por uma multiplicidade de fatores, que abrangem desde a situação econômica do País, às voltas com um processo inflacionário que penalizava o desenvolvimento, a “razões culturais” de cunho anticomunista. Daí o apoio que os militares receberam dos segmentos “tradicionalistas” da população brasileira, representados pelo empresariado e pela classe média em geral, que viam no Estado autoritário o elemento necessário para a reorganização de uma economia corroída pela inflação e de uma sociedade às voltas com crescentes dificuldades estruturais, e pela elite do meio rural, receosa de que o Governo Goulart levasse a efeito um conjunto de reformas de inspiração “socialista”, entre as quais a reforma agrária, que poderiam afetar a base em que então se articulavam as alianças políticas.

O golpe militar surge, nesse sentido, como o desdobramento de um processo complexo, cujas raízes ultrapassam o plano nacional, refletindo a polarização que se

⁵² In: Vianna, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

desenhava no mundo entre duas correntes ideológicas, o socialismo e o liberalismo. Assim, o movimento militar, tendo obtido o apoio de um conjunto de forças “tradicionalistas”, conseguiu implantar-se com êxito, consubstanciando mais uma “mudança conservadora” na história brasileira, para dar prosseguimento ao projeto liberal capitalista.

A ditadura militar, que se estende pelos 21 anos seguintes, vai deixar profundas marcas no País. De um lado, no campo econômico, o nacional-desenvolvimentismo governamental, sob a bandeira de “ordem e progresso”, imprime um ritmo de crescimento tão acelerado que o período passa a ser conhecido na história como o do “milagre brasileiro”. De outro, no plano político, assiste-se ao total retrocesso, com a suspensão e a cassação de direitos políticos, prisão e tortura dos que eram contrários ao regime e abominavam a ocupação e a extinção de instituições e entidades representativas.

Não há espaço aqui para uma abordagem mais ampla dos problemas e dos resultados dessa combinação de políticas. *Grosso modo*, registremos apenas que, no plano econômico, o modelo desenvolvimentista trouxe também um intenso endividamento do Estado brasileiro, fazendo recrudescer o processo inflacionário e reconduzindo a economia nacional a um processo de crise. Isso refletiu-se no plano político-social, somando-se a uma insatisfação generalizada provocada pela arbitrariedade dos governos militares, banalizando-se a violação dos direitos civis e políticos, e assim a década de 70 viu organizarem-se e articularem-se vários segmentos da sociedade em torno de uma demanda básica: a redemocratização do País — que, paradoxalmente, seria conduzida pelos próprios militares, num processo de transição gradual. Dessa forma, embora o movimento popular e suas organizações representativas, particularmente o sindicalismo do ABC, a OAB e o próprio Congresso, tenham inegavelmente exercido um papel significativo na redemocratização do Brasil, mais uma vez esse processo desenvolveu-se dentro da tradição brasileira de “revolução passiva”, conduzido que foi pelo próprio Estado, culminando na instalação da Assembléia Nacional Constituinte em 1986.

Portanto, esse é o cenário em que os constituintes vão escrever a nova Carta. Nesse momento, convergiam correntes partidárias as mais diversas movidas por um mesmo ideal, um mesmo objetivo: o de garantir a implantação, o funcionamento e, mais importante ainda, a permanência da democracia, eliminando toda e qualquer

possibilidade de uma nova experiência autoritária no País. O texto daí resultante reflete essas preocupações.

Reinstalar a democracia em um cenário político-social massacrado por anos de autoritarismo era uma tarefa desafiadora. O esforço democratizante demandava a introdução de institutos inovadores na Constituição. Não bastava apenas eleger princípios; era necessário também criar instrumentos e instituir procedimentos para assegurar que esses princípios se concretizassem como fundamento da ordem social. Justamente por isso buscou-se a ampliação do controle da constitucionalidade, uma das mais importantes inovações constitucionais. Nesse sentido, na comunidade de intérpretes do texto constitucional foram introduzidos vários atores estatais, e inclusive personagens da sociedade civil, numa verdadeira “democratização da hermenêutica constitucional” (Werneck Vianna, 2002).

O ideal democratizante do legislador constituinte revela-se, entre outras inovações, na constitucionalização da ação popular e da ação civil pública, à qual foi dada maior abrangência. Disso resulta uma “procedimentalização” da aplicação do direito, “permitindo a criação de outro lugar de manifestação da esfera pública (pela via do direito) mobilizando formas e mecanismos de representação funcional em complementação e reforço (mútuo) do sistema da representação política, compensando o déficit democrático brasileiro e a intervenção legislativa do Executivo pela mobilização do Judiciário” (W. Vianna, 2002). A garantia dessa ampla participação político-jurídica de grupos sociais atua no sentido de “ativar” a cidadania.

Os teóricos da judicialização argumentam que, do ponto de vista da prática democrática, essa construção do legislador constituinte apresenta-se coerente com as transformações sociais experimentadas pelas democracias contemporâneas. As instituições representativas eleitorais são chamadas a dar resposta a sociedades cada vez mais plurais e complexas, marcadas pela crescente pulverização de identidades, que leva à fragmentação do sistema de representação, no mesmo passo em que cresce a participação popular. Nessa “nova realidade”, a concretização do ideal democrático demanda a reconfiguração do Estado e da organização da economia — e, paralelamente, a expansão do Poder Judiciário, em apoio (e por vezes em resistência) ao transformismo.

Nesse sentido, sob a inspiração democrática, no âmbito do constitucionalismo brasileiro, buscou-se resgatar a força do direito pela imposição de um novo fundamento, eminentemente ético, para a ordem jurídica (W. Vianna, 2002), redirecionando-se o

sistema normativo brasileiro para a construção de uma sociedade mais solidária, orientada pelo constitucionalismo “societário e comunitário”⁵³, funcionando a Constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores, que não só devem ser “materializados” na prática social como também devem nortear a interpretação das próprias normas constitucionais.

Para os “judicialistas”, num país onde até então imperava uma cultura jurídica positivista cuja principal meta era a defesa de direitos voltados para a garantia da autonomia privada dos cidadãos, onde até então os direitos civis e políticos prevaleciam sobre os econômicos e sociais, onde, enfim, tradicionalmente se adotava uma concepção menos participativa do que representativa da democracia, essa nova “moldagem” do sistema jurídico que acolhe valores substantivos representa uma inegável conquista. A abertura constitucional decorrente dessa valoração de princípios, na ausência de qualquer dogmatismo jusnaturalista, é o portal que levará à consolidação da cidadania ativa, pela via da participação político-jurídica, processando-se assim a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa (W. Vianna, 2002).

Dessa forma, o constituinte brasileiro optou por “apimentar” a receita democrática habermasiana. Habermas defende um sistema jurídico construído sobre uma “jurisprudência de valores”, um sistema que possibilite às nações democráticas a recriação de uma identidade nacional ancorada na “cidadania ética”, pela via da constitucionalização não de valores “tradicionais”, mas de procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade e, com a participação comunitária nos assuntos públicos, a concretização das normas constitucionais. Nessa receita, a expressão da opinião e da vontade democraticamente formadas deve ser canalizada pelo Legislativo, sob pena de se pôr em risco a legitimidade do processo de criação do Direito. Os constituintes brasileiros, porém, na receita democrática que resolveram adotar, deram um passo maior, estendendo a “procedimentalização” à criação do próprio direito, e instituindo para tanto palcos alternativos que propiciam uma ampla participação popular, com base nos valores que a própria Constituição consagra como princípios básicos de sociabilidade.

Se chegaram a avaliar que tal decisão poderia resultar numa “derrocada” do princípio da separação dos Poderes que fundamenta a teoria democrática clássica, parecem ter considerado que os benefícios da abertura à sociedade de outros espaços de

⁵³ A expressão é de Siqueira Castro (1995).

manifestação de sua vontade superavam o risco de “esvaziamento” do próprio Legislativo que tais espaços poderiam implicar, e mesmo o custo de tal decisão para o sistema jurídico, causado pela eventual “perda” de legitimidade ou de integridade na criação do direito.

2.2. A representação funcional: do Estado Novo à Constituição

Observamos anteriormente que a experiência da “representação funcional”, instrumento que permite a defesa junto à Justiça de interesses coletivos por atores que os representam fora do plano político, foi introduzida no Brasil pelo corporativismo, pela judicialização dos conflitos trabalhistas individuais e coletivos, com a institucionalização da Justiça do Trabalho, passando a Administração a arbitrar questões entre grupos de interesses devidamente representados por seus sindicatos. Vimos também que o instituto da representação de interesses, que no Estado Novo funcionou como o canal (exclusivo) de participação social, foi absorvido pelo sistema jurídico nacional desde então, passando a coexistir com a representação política após a democratização, estendendo-se para além das questões trabalhistas e mostrando-se particularmente útil na defesa dos novos direitos que surgiam, de caráter difuso, notadamente na área ambiental.

A despeito do “ranço autoritário” que traz do berço, a representação funcional tem sido apontada como uma “herança democrática” da Era Vargas. Do quadro autoritário em que se davam as relações público/privado naquele período, a representação de interesses permanece como “um traço a se reter e a se recuperar da lógica do velho corporativismo” (Boschi e Lima, 2002). É graças a ele que o arranjo corporativista dos anos 30 “pode ser interpretado como uma síntese institucional delimitando a fronteira entre o espaço público e o privado (...) a partir da hierarquização categórica dos interesses, mas sobretudo instaurando uma lógica em que a representação era um princípio fundamental”. Dessa forma, o desequilíbrio ou a assimetria dos arranjos corporativos surge como um produto antes da distribuição desigual de recursos organizacionais entre os diferentes atores sociais do que de alguma política intencional de controle da participação. Se da capacidade desigual de empresários e trabalhadores para mobilizarem a defesa de seus interesses resultava uma representação assimétrica que tendia à reprodução de desigualdades sociais básicas, ainda assim “a mobilização e organização das classes sociais pela via da representação de interesses

[contrabalançava] o caráter autoritário” do corporativismo, e por isso “a dimensão da representação pode ser ressaltada como um fator positivo a conferir algum grau de legitimidade e transparência aos arranjos corporativos”.

O fato de as relações público/privado acabarem pautando-se em torno da representação de interesses pode ter sido um resultado não esperado do sistema corporativo, mas o fato é que essa forma de representação resistiu às mudanças institucionais que se sucederam no Brasil desde então, preservada “como um traço democrático oriundo de uma concepção autoritária” (Boschi e Lima, 2002), a que os teóricos da judicialização conferem um papel fundamental, relacionado à consolidação da democracia brasileira pela via da participação popular.

Os princípios que orientam a configuração da democracia participativa, acolhendo-se para tanto o instituto da representação funcional na Constituição, vão, no entanto, muito além da mera participação. A experiência da reinstalação do autoritarismo, com sua extensão no tempo por duas décadas, causou profunda consternação ao País, especialmente no plano político-social. Assim, os constituintes de 1987/88 preocuparam-se sobretudo com a blindagem do Estado e da Nação contra um novo retorno do regime de exceção. Esse mostrou-se o grande consenso entre os partidos representados na Assembléia Constituinte, reunindo progressistas, liberais e conservadores em torno da afirmação desse modelo de democracia participativa, com a ampliação do sistema de garantia de direitos e inovações processuais para a defesa de interesses coletivos. Foi com essa preocupação, vale enfatizar, que a Constituição Federal de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã” por Ulysses Guimarães, fez prevalecer o direito público sobre o privado, estendeu o controle da constitucionalidade à sociedade civil organizada, inovou no desenho do Ministério Público e reforçou a independência do Poder Judiciário.

Paralelamente, a Constituição, no caminho da democracia participativa, ampliou também o acesso da cidadania à prestação jurisdicional, pondo à sua disposição instrumentos como as ações coletivas e as ações civis públicas e instituições como o próprio Ministério Público, a Defensoria Pública e os juizados especiais, possibilitando que o cidadão comum se aproxime da Justiça.

Por outro lado, para garantir a efetividade de seus princípios, para que os direitos nela consagrados não se transformem em letra morta, a Constituição reconheceu a uma

gama de legitimados⁵⁴ a faculdade de questionar diretamente ao Supremo Tribunal Federal a conformidade da legislação aos seus ditames, possibilitando assim a uma “comunidade de intérpretes da Constituição” (Werneck, 2002) o controle da atividade legislativa. Nesse plano, o STF passou a atuar como “legislador negativo”, como “forma de corrigir as exorbitâncias da democracia representativa através dos remédios da democracia participativa” (Casagrande, 2007). Todos esses elementos fazem parte do projeto maior de preservar e fortalecer o sistema democrático.

O imperativo da garantia da ordem democrática moldou, portanto, um texto constitucional “aberto e comunitário” (Häberle, 1997), fundado em princípios, um texto que vai além da neutralidade, na regulação tanto da ordem social como da ordem econômica, levando à esfera pública inclusive questões que antes eram tratadas apenas como direitos individuais entre particulares.

Ora, ao debater valores, princípios normativos, e não apenas normas concretas, o Judiciário transforma-se em arena política. E a “politização” da esfera judicial ocorre sem barreiras, dada a grande independência do Judiciário, reforçada por garantias institucionais (acesso por concurso público, autonomia administrativa, orçamentária e financeira) e por prerrogativas funcionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos dos seus membros), garantias e independência essas de que também desfruta o MP, para muitos o mais importante agente da democracia participativa no País, como órgão público de representação funcional da sociedade brasileira, que no exercício dessa tarefa não escapa dessa “politização”.

Como foi observado na seção anterior, a partir de 1946, restaurada a representação política, os grupos organizados de interesse foram penetrando cada vez mais no Parlamento. Na redemocratização pós-ditadura militar essa sobreposição de representações ainda persistiu, ao ponto de, nesse período, falar-se com naturalidade em “bancada ruralista”, em “bancada da saúde” e até em “bancada evangélica”, agrupamentos parlamentares formados não com base em sigla partidária, mas sim para a defesa de interesses específicos⁵⁵, incluindo-se aí as entidades representativas de

⁵⁴ A constitucionalidade — cujos instrumentos de controle são a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta interventiva — pode ser arguida também diretamente pelo litigante individual em seu processo.

⁵⁵ Tais bancadas mostraram bastante influência na primeira década pós-Constituição; mas, à medida que se fortaleciam os partidos no País, foram perdendo espaço no Congresso. Hoje, vemos surgirem outro tipo de organizações, também transpartidárias, que se autointitulam “frente parlamentar”, e que, embora não alcancem o mesmo peso político das organizações precedentes, formam-se em defesa de temas bastante específicos dentro de setores mais amplos — saúde, educação, meio ambiente, assistência social,

categorias empresariais e laborais, capazes de emprestar aos seus membros suficiente “capital político” para se fazerem presentes no Poder Legislativo.

No velho corporativismo o Executivo era o palco da articulação entre o Estado e os interesses organizados. Hoje os *lobbies* dos grupos de interesse voltam-se para o Parlamento, numa atuação articulada em rede, com base na especialização técnica, fazendo convergirem a representação de interesses e a representação política.

Ainda no velho corporativismo, a representação funcional era monopolizada pelas entidades legitimadas junto ao Estado, e a filiação a elas era obrigatória. Superado esse modelo “exclusivista”, multiplicaram-se entidades representativas às quais a filiação passou a ser voluntária.

Diante de um cenário competitivo, tais entidades precisaram redimensionar suas estratégias de ação para cooptarem associados e sobreviverem ao novo arranjo institucional. A solução foi acrescentar às suas atribuições a oferta de serviços sociais como planos de saúde, prestação jurídica e outros benefícios, e ainda buscar a profissionalização, operação em que levam vantagem as associações mais antigas.

Dessa forma, a estrutura de representação de interesses também passou por uma profunda transformação, que não levou, porém, a um melhor equilíbrio. Tais estratégias demandam a disponibilidade de significativos recursos para serem implantadas. Infelizmente, são minoritários os setores nacionais que têm capacidade de mobilizá-los. A maior parte da população brasileira, sem recursos organizacionais, não tem acesso aos meios de ação coletiva para a defesa de seus interesses. Assim sendo, persiste e até se agrava a assimetria na representação de interesses.

Nesse sentido, é relevante a participação de órgãos do Estado para que a representação funcional realmente funcione como um instrumento democrático, complementar à representação política, fazendo, como defende Rosanvallon (2000)⁵⁶, a “ponte” entre a democracia direta e a representação pelo voto, merecendo tais instituições, portanto, um espaço importante nas teorias democráticas que reconhecem que a complexificação social tornou também complexa a soberania. Deixada ao plano privado, como vimos, a representação funcional acaba reproduzindo desigualdades, dada a maior ou menor capacidade de reunir recursos organizacionais para a mobilização social.

produção rural, transporte etc. — cuja discussão buscam aprofundar. Na atual legislatura, de 2007 a 2009, publicou-se o registro de cerca de 50 frentes parlamentares. Agradecemos a Pedro Robson Neiva por nos chamar a atenção para este ponto.

O Estado, pela via da prestação jurisdicional, colocando seus órgãos de Justiça e o Ministério Público à disposição de toda a sociedade para o exercício da representação funcional, intervém nesse processo como um fator de correção. A representação funcional surge assim como o elemento que transforma a tradicional prestação jurídica pelo Estado em um caminho alternativo (ou pelo menos adicional) de formação de identidades sociais dentro da nova dinâmica da democracia, que demanda a multiplicação das formas de representação.

Isso implica uma renovação da tradição jurídica, missão própria dos intelectuais, dependente, evidentemente, da existência de uma opinião nesse sentido formada no âmbito da sociedade civil (portanto, fora do centro de decisões político-administrativas) e de sua recepção pelos gabinetes dos especialistas⁵⁷. O processo envolve um movimento duplo, com os movimentos sociais e o debate temático alimentando e estimulando a abertura democrática das instituições públicas, e os novos caminhos que são abertos incentivam a participação social, pois, quando exitoso o movimento, passa-se a acreditar na eficácia da ação comum, o que leva à intensificação do associativismo popular, e assim por diante, rumo à consolidação de uma cultura de participação democrática. O resultado, enfim, é uma cidadania ativa, construída e reforçada pela representação funcional.

No processo democrático assim reforçado, por sua vez, a representação política clássica é também resgatada em seus valores. Cidadania ativa significa maior consciência política e maior responsabilidade eleitoral. Estaríamos, portanto, diante de um círculo virtuoso em que as duas formas de representação, a funcional e a política, mais do que procedimentalmente, complementam-se substancialmente, fornecendo uma à outra substratos e valores para a realização do bem-estar social. É dessa forma que os teóricos da judicialização, particularmente W. Vianna (2002), encaram esse processo.

Em suma, para os “judicialistas”, a representação funcional apresenta-se como uma via que, por favorecer a participação da cidadania, acrescenta substância ao processo democrático de deliberação. Sendo assim,

Entre o paradigma monológico do juiz Hércules de Dworkin, tradutor solitário dos ideais da comunidade política impressos em leis e decisões passadas, e a redução por Habermas do direito jurisprudencial a um perigoso foco de usurpações da função legislativa, pode-se propor que a representação funcional

⁵⁶ Citado por Werneck Vianna (2002).

⁵⁷ Maximiliano Godoy: *Direitos, Representação e a Cidade*. Caderno CEDES, edição de outubro de 2006.

judiciária seja tratada segundo aquilo que o conceito de representação indica, mas sem abandonar a centralidade da política tradicional, como faz Garapon⁵⁸.

Mais do que isso, nas sociedades plurais e complexas há necessidade de combinar formas de representação, expandindo-se dessa forma a participação e a influência da sociedade no processo político, a fim de garantir a realização da vontade soberana. Trata-se de um processo sem retorno que se verifica nas nações democráticas contemporâneas, todas elas postas diante de uma vasta agenda social que extrapola a capacidade de deliberação dos parlamentos.

No Brasil, essa tendência encontrou amplo respaldo no legislador constituinte, que acolheu a representação funcional como integrante dos mecanismos da democracia participativa. E na Constituição brasileira a valoração da representação funcional, visando ao fortalecimento de uma democracia participativa, faz-se acompanhar de alguns avanços que se revestem de significado como “equivalentes funcionais” de democracia direta, como a participação da sociedade civil organizada e do MP (órgão público destinado ao exercício da representação funcional) no controle da constitucionalidade das leis.

Nesse sentido, Castro (1997) considera a atuação tanto dos procuradores e promotores como dos juízes e advogados, na representação funcional da sociedade, um componente essencial do processo político da democracia. Para ele, “a iniciativa de procuradores de moverem ações judiciais (processos criminais, ações civis públicas, ações diretas de inconstitucionalidade etc.), a mobilização social judicializada dos grupos de interesses representados por advogados e as decisões de juízes podem ter resultados cruciais para a definição e reforma de instituições públicas e privadas, como também para a formulação e implementação de políticas públicas, a distribuição da riqueza e a definição de identidades sociais”, e “portanto, o processo judicial em si mesmo e em sua interação com o conjunto do sistema político, por suas implicações abrangentes, constitui um meio de articulação de conflito e uma forma de exercício da autoridade política extremamente importante nas democracias constitucionais”⁵⁹.

⁵⁸ Godoy, *op. cit.* (ver nota anterior).

⁵⁹ Marcus Faro de Castro, *O STF e a Judicialização da Política*, Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

2.3. Histórico institucional e modelagem constitucional do Ministério Público

No Brasil, institucionalmente, o Ministério Público nasceu na sombra do Poder Executivo. O primeiro tratamento do Ministério Público como instituição foi dado pelo Decreto nº 848, de 1890, que organizou a Justiça Federal e dispôs sobre a estrutura e as atribuições do MP no âmbito federal, destacando, em seu art. 24, a função do Procurador-Geral (indicado pelo Presidente da República) de “cumprir as ordens do Governo da República relativas ao exercício de suas funções”. A Constituição de 1891, a primeira republicana, não fez referência ao órgão como tal, e sim apenas à escolha do Procurador-Geral pelo Presidente da República. À medida que se desenvolveu o processo de codificação do direito no País, cresceu também a institucionalização do MP, ao qual foram sendo atribuídas novas funções, destacando-se a titularidade da promoção da ação penal pública, que lhe foi conferida pelo Código de Processo Penal de 1941, juntamente com o poder de requisição de inquérito policial e diligências. Admitia-se ainda a ação penal privada, abolida pela Constituição de 1988.

A Constituição de 1934 foi a primeira a acolher em seu texto o Ministério Público como instituição, em um capítulo à parte, o Cap. VI, significativamente intitulado *Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais*. Estabelecia-se ali que a organização do MP na União, no Distrito Federal e nos Territórios seria promovida por lei federal, e nos Estados por leis locais. O texto constitucional estabelecia também garantias e impedimentos semelhantes aos dos membros do Judiciário para o Procurador-Geral e os demais integrantes do MP, e a organização do órgão na Justiça Militar e na Justiça Eleitoral. Tudo isso, no entanto, desapareceu na Constituição de 1937, que impôs ao Ministério Público um grande retrocesso, dedicando-lhe apenas dois artigos, um dos quais instituía a participação do MP nos tribunais por meio do assim chamado “quinto constitucional”⁶⁰.

Na Constituição de 1946, com a redemocratização do país, o MP recuperou seu espaço e mereceu até um capítulo próprio, o Capítulo III, *Do Ministério Público*. As garantias de seus membros foram ampliadas, estendendo-se à estabilidade após dois anos de carreira e à inamovibilidade, e o Procurador-Geral passou a poder representar junto ao Judiciário para o controle da constitucionalidade das leis. Essas disposições

⁶⁰ O “quinto constitucional” destinar-se-ia à “renovação” do Judiciário. Pela regra, que persiste na CF/88, art. 94, um quinto das vagas dos tribunais de todas as esferas é preenchido alternadamente por membros

foram mantidas na Constituição seguinte, de 1967, na vigência do governo militar, mas nela a seção referente ao MP foi inserida no capítulo do Poder Judiciário. Dois anos mais tarde, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969⁶¹, trouxe mais um retrocesso: deslocou a seção do MP para o capítulo do Poder Executivo. E, ao mesmo tempo, ampliou as funções do Procurador-Geral da República.

A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, deu o primeiro passo para a reestruturação do MP rumo ao desenho atual, admitindo que lei complementar de iniciativa do Presidente da República estabelecesse a organização e as atribuições do MP nos Estados. Com esse amparo, no caminho da redemocratização, em 1981 foi editada a primeira Lei Orgânica do Ministério Público, a Lei Complementar nº 40, e mais tarde foi promulgada a Lei nº 7.347, de 1985, da Ação Civil Pública, que atribuiu ao MP a defesa dos interesses difusos e coletivos. Note-se que até então a atuação do *Parquet* se dava basicamente na área penal; na área cível, limitava-se às suas funções de fiscal da lei, intervindo em ações individuais, para defesa dos interesses do Estado e de incapazes. A partir da Lei da Ação Civil Pública o Ministério Público passa a tutelar os interesses da sociedade.

O redirecionamento das atribuições do Ministério Público para a representação dos interesses sociais foi amplamente consagrado pela atual Carta constitucional, onde o *Parquet* se insere numa seção própria em capítulo à parte, intitulado *Das Funções Essenciais à Justiça*, desvinculado dos demais Poderes. Ali, no art. 127, o MP é definido como “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado*”, sendo-lhe atribuída não mais apenas a “*defesa da ordem jurídica*”, mas também “*do regime democrático e dos interesses difusos e coletivos*”.

Do processo constituinte, instalado num cenário em que o ideal prevalecente em todas as esferas sociais e correntes partidárias era a redemocratização do País, na esteira das possibilidades de mobilização social que a Lei da Ação Civil Pública já revelara, resultou um “novo ordenamento jurídico” (Werneck Vianna, 2002), o qual, para além de uma circunstância histórica, “visava mobilizar a cidadania para participação em defesa dos seus direitos e implicava uma velada *descrença quanto às instituições da*

do MP e por advogados de notório saber e reputação ilibada, dos quais a atual Constituição exige no mínimo dez anos de experiência na respectiva área.

⁶¹ Outorgada sob esse título por uma junta militar, essa emenda alterou tão profundamente o texto constitucional que pode ser considerada outra Constituição.

democracia representativa no sentido de virem a animar a vida republicana”⁶² (grifo nosso). Esse novo ordenamento abrigou instrumentos capazes de garantir a viabilização do ideal democratizante, como a própria ação civil pública, e, mais ainda, o mandado de injunção, à disposição do cidadão comum, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, à disposição da comunidade de intérpretes da Constituição, ambos abrindo o caminho do recurso ao Poder Judiciário para garantia da prestação pelo Estado da ampla gama de direitos individuais e sociais constitucionalmente consagrados. Dessa forma, abriu-se o espaço para que o Judiciário exercesse, mais do que seu poder jurisdicional, uma missão “transformadora”, dando concretude aos ideais constitucionais.

O desenho institucional do MP destaca-se entre essas inovações. A instituição não apenas adquiriu grande autonomia, desvinculando-se dos Poderes de Estado, como recebeu uma nova missão constitucional, tornando-se acessível à sociedade como seu representante na defesa de seus interesses e direitos. Com isso, o constituinte “pretendeu valorizar a representação funcional”, instituto que na origem, no Brasil, tinha vinculação com a malha estatal. No passado, as instituições legitimadas para a representação de interesses eram associadas ao Estado, atuando o sindicato, no corporativismo do Estado Novo, no sentido de uma harmonização entre o mundo do trabalho e o Estado, e o Ministério Público como garantidor da vontade estatal. A Constituição de 1988 imprimiu ao eixo da representação funcional uma rotação de 180 graus, fazendo-a referir-se não mais ao Estado, e sim à sociedade⁶³. É importante ressaltar que a representação funcional adquire tal *status* por expressa delegação do Poder Legislativo, e não, como no caso norte-americano, do ativismo do Poder Judiciário.

A Lei nº 7.347/85, quando previu a possibilidade de ação civil pública, nela definida como “ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais”, já a admitia em áreas as mais diversas: meio ambiente, direitos do consumidor, ordem urbanística, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, infração da ordem econômica e da economia popular (incisos I a V do art. 1º), quando houvesse lesão ou risco de lesão de direitos difusos, coletivos ou individuais indisponíveis⁶⁴. A

⁶² A falta de confiança da população brasileira na representação política tem sido apontada em várias pesquisas, como veremos adiante.

⁶³ Eventualmente, esses interesses podem convergir, motivo pelo qual o MP não necessariamente deixa de defender o Estado. Agradecemos à Promotora Maércia Correia de Mello por nos chamar a atenção para esse aspecto.

⁶⁴ A redação original fazia referência a “qualquer outro interesse difuso” em vários dispositivos, expressão que foi vetada “por razões de interesse público”, dada “a insegurança jurídica (...) que decorre

possibilidade de aplicação do instrumento ampliou-se ainda mais por força da própria Constituição e da regulamentação ordinária adotada no período pós-Constituição de 1988. Para a propositura da ação civil, a referida lei lista uma série de legitimados, dentre os quais o primeiro é o Ministério Público (art. 5º, inciso I)⁶⁵. Se não for parte, o MP atuará obrigatoriamente no processo como fiscal da lei (art. 5º, § 1º).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/89, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma novidade que tem grande repercussão para o MP, no terreno da representação funcional. Trata-se do “termo de ajustamento de conduta”, instrumento que possibilita a solução extrajudicial de conflitos, absorvido pela Lei da Ação Civil na forma do art. 5º, § 6º, que está assim redigido:

Art. 5º.....
§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Essa redação foi dada pela Lei nº 8.078, de 1990, conhecida como Código do Consumidor, diploma que também repercute na atuação do MP quando, em seu art. 81, define da seguinte forma as três espécies de interesses que podem ser considerados coletivamente: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos (...) os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos (...) os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – *interesses ou direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (grifo nosso). Cria-se assim uma nova espécie de direitos coletivos cuja defesa o *Parquet* pode assumir.

O Ministério Público, já listado como o primeiro entre os legitimados para propor a ação civil pública, ainda dispõe privativamente de outro instrumento muito importante para sua atuação: a possibilidade de “instaurar, sob sua presidência,

da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão”, conforme exposto na Mensagem 359, de 1985, da Presidência da República. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso III, reintroduziu a expressão vetada com outra redação, admitindo a defesa pelo MP de “*outros interesses difusos e coletivos*” não expressamente elencados ali.

⁶⁵ São legitimados também a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação que preencha os requisitos previstos na própria lei (incisos II a V do art. 5º da Lei 7347/85, com redação dada pela Lei 11.448/2007).

inquérito civil”, podendo nesse procedimento requisitar de qualquer organismo público ou particular certidões, informações, exames ou perícias (Lei 7347/85, art. 8º, § 1º). O inquérito civil, não é demais lembrar, é um procedimento administrativo inquisitivo que visa à coleta de provas e evidências a serem levadas à Justiça para propositura da ação civil pública. É frequentemente empregado para a apuração de danos causados a idosos, crianças, adolescentes, pessoas com deficiência etc., ou ao patrimônio público e social. Nele não há acusação, nem imposição de penas, nem ampla defesa. A partir dele, poderá ou não ser instalada a ação civil pública. O compromisso de ajustamento de conduta poderá ser firmado a qualquer tempo, antes ou no decurso do processo. Podendo realizar previamente o inquérito civil e administrar acordos extrajudiciais, o MP converte-se em uma arena complementar ao Judiciário (Carneiro, 1999), e, pode-se dizer, eventualmente até substitutiva.

O fato de o MP deter a atribuição privativa de instaurar e presidir (e, se for o caso, arquivar) o inquérito civil faz dele um ator privilegiado no que se refere à “representação funcional” da sociedade. Vários estudos apontam que a preponderância do *Parquet* na proposição das ações civis públicas (Moreira, 1993; Carneiro, 1999; Werneck Vianna & Burgos, 2002). Esse, para Arantes (2002)⁶⁶, é um “efeito dos constrangimentos e benefícios distribuídos pela Lei da Ação Civil Pública”, que reforça a atuação do Ministério Público nesse campo em detrimento da dos demais legitimados, a ponto de eles próprios recorrerem ao MP para proposição desse instrumento.

O MP, se não atuar como parte, atuará sempre como fiscal da lei, o que afirma ainda mais sua responsabilidade. Como parte, submete-se ao princípio da obrigatoriedade, ou seja, não goza de discricionariedade para propor ou deixar de propor a ação, se identificada a hipótese em que deva atuar. Entretanto, adverte Mazzilli⁶⁷, o próprio Ministério Público deve apreciar a hipótese em que sua ação se torna obrigatória. Ou seja, se não houver previsão legal que o obrigue a agir, do seu próprio parecer resultará sua obrigatoriedade ou não de atuar como parte. Essa prerrogativa, junto com a de instaurar o inquérito civil público, dá uma idéia da amplitude das possibilidades de ação do MP no plano cível.

⁶⁶ Arantes, convém lembrar, considera que dessa forma a instituição estaria atuando com uma visão tutelar da sociedade brasileira, de forma paternalista, dentro da concepção elitista de Oliveira Vianna de organização da sociedade pelo alto.

⁶⁷ Mazzilli, Hugo N. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

Enfim, pelo seu desenho constitucional, o Ministério brasileiro abre-se às demandas da sociedade como o órgão público não eleito encarregado de exercer sua representação funcional, atuando tanto em defesa da ordem jurídica como dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A ação civil pública, tendo adquirido *status* constitucional, dá uma nova face à representação funcional, que perde as vinculações estatais que trazia da origem, na forma como era exercida no Estado Novo, e volta-se para a formação da cidadania, uma cidadania complexa, que sobrecarrega e transcende os caminhos da representação política.

A Constituição de 1988 privilegia, dessa forma, a ampla participação social na consolidação de uma democracia fundamentada nos valores da dignidade e da solidariedade humana, e ao mesmo tempo amplia sua própria comunidade de intérpretes para garantir que seus objetivos sejam alcançados. A meta é ambiciosa: reconstruir sobre pilares democráticos uma sociedade plural e complexa cuja história pregressa não favoreceu a formação de uma cultura participativa. Para tanto, ao lado da representação política, a Constituição abre o caminho para a ampla representação funcional da sociedade, agora voltada para o estímulo do exercício ativo da soberania nesse contexto de pluralidade e complexidade social. É nesse sentido que o MP exerce a representação funcional, transformando-se “em um espaço público para a solução de demandas e para a conversão de problemas em demandas” (Sadek, 2000).

Assim, no Brasil, as duas formas de representação, a política e a funcional, atuam de forma complementar para garantir a expressão da soberania complexa. Casagrande (2007) ressalta alguns bons resultados obtidos pela combinação dessa dupla representação. A própria frequência com que partidos políticos recorrem à iniciativa do MP é indício do estabelecimento de uma parceria institucional entre essas arenas de representação. Em todas as esferas da Federação, o próprio Poder Legislativo, por meio de suas Comissões, tem marcado presença entre os que requisitam a abertura de inquéritos civis.

Para Werneck e Burgos (2002), “é significativo o fato de as comissões legislativas estarem mobilizando o Ministério Público e formando uma rede institucional ampliada”. Dessa forma, “o Legislativo tem participado ativamente no sistema de defesa de interesses coletivos e difusos, ajudando, assim, a legitimar no Brasil a perspectiva da soberania complexa”. E assim fazendo “os membros do Legislativo brasileiro implicitamente admitem que não detêm o monopólio da

representação política”, e que, nas palavras de Rosanvallon (2000), “existem outras maneiras para um indivíduo ou uma coletividade (...) participar da vida pública”.

2.4. Representação funcional e representação política: conflitos e consensos

Como já observamos, a nova institucionalização “coletivista” recepcionada pelo legislador constituinte reflete o momento político do Brasil de então, na esteira dos movimentos populares em reação à excessiva centralização política imposta pelo regime militar, intensificados na década de 80, quando a luta pela redemocratização ganhou as ruas, no movimento que ficou conhecido como “Diretas Já”, campanha capitaneada pelos setores da sociedade civil organizada, cujas demandas — respeito aos direitos humanos, aos direitos das minorias, do meio ambiente, dos consumidores etc. — repercutiram com força na redação da nova Carta.

Foi sob essa pressão social que, na reconstitucionalização, modelou-se a democracia brasileira com sua dupla face, a consubstanciada pelas instituições clássicas da representação política (a representativa), e aquela na qual o Judiciário e o MP se abrem às demandas populares, em processos cujas decisões têm ampla repercussão no ordenamento social, particularmente no que se refere àquelas parcelas da população que não conseguem fazer-se ouvir pelas instituições da democracia deliberativa e recorrem aos instrumentos de representação funcional para a defesa de seus interesses junto à Justiça.

É nesse sentido que a representação funcional atua em apoio à representação política. Como vimos, para exercê-la a Constituição legitima vários atores, entre os quais o único que tem caráter público é o Ministério Público, que usufrui de vantagens, graças ao inquérito civil público, para o uso das ações constitucionais, na tutela dos interesses difusos e coletivos. E o MP, que já detinha a titularidade da ação penal pública, tornou-se, como titular também da ação de improbidade administrativa, um ator importante para o controle dos atos da Administração Pública. Tudo somado, o papel da instituição cresceu significativamente nas últimas décadas, e na mesma medida tem chamado a atenção tanto da mídia quanto da literatura acadêmica.

Essa nova configuração, por tudo que representa, levantou um debate acirrado, especialmente por suas implicações imediatas quanto aos institutos basilares da democracia como projetada pela teoria clássica. Discute-se se esse modelo institucional pode acarretar ou não algum desequilíbrio, em favor do MP e em detrimento de outras

instituições, tanto para o sistema de controle mútuo dos Poderes como para o sistema de representação social. Nosso interesse volta-se principalmente para o debate sobre esse último aspecto, em que se alinham de um lado os que a consideram particularmente nociva para o funcionamento das instituições da democracia deliberativa, tendo resultado de um “cochilo” do legislador constituinte, e do outro os que a percebem como um avanço democrático, uma decisão consciente ditada pela necessidade de adaptação dessas instituições à realidade contemporânea.

Kerche (2003) e Casagrande (2007) estão entre os últimos. Para ambos, o modelo procedimental consagrado na atual Constituição Federal é obra de um consenso político racional; a transformação do Judiciário e do MP em canais de participação política da cidadania organizada não é simplesmente o resultado de propostas de legislação apresentadas por eminentes juristas, nem produto de algum eficiente *lobby* realizado pela Confederação Nacional do Ministério Público — CONAMP junto à Assembléia Nacional Constituinte, mas sim uma resposta à necessidade de se criarem canais alternativos que, de forma independente, pudessem complementar a representação política tradicional, na defesa dos interesses da sociedade civil, visando assegurar o cumprimento das promessas da Constituição Cidadã. Ambos afirmam que esses novos canais encarregados da “representação funcional da sociedade” foram conscientemente projetados pelo constituinte para atuarem de forma independente, porém complementar ao sistema representativo.

Para esses autores, esse modelo resulta da grande preocupação do constituinte com a criação de mecanismos que garantissem a efetiva implementação dos direitos consagrados na Constituição. Nesse sentido o MP, que antes já possuía grande capilaridade, funcionaria como canal de demandas do público em geral, como uma espécie de “ouvidor” independente, tanto para garantir a eficácia dos direitos constitucionais como para mediar conflitos sociais, tendo como princípios a democratização da justiça e a ampliação do acesso ao Judiciário.

Para a outra corrente, essa configuração institucional ao mesmo tempo afeta o equilíbrio entre os Poderes da República e subverte a soberania. Ou seja, ela fere os princípios básicos da teoria clássica da democracia: o conceito de soberania popular, baseado na regra da maioria, e a separação dos Poderes. Ampliando-se a possibilidade de solução dos conflitos sociais pela via jurisdicional, enfraquece-se a esfera em que se realiza a representação da soberania popular. À medida que esse processo é bem sucedido, a tendência é que se realize a previsão habermasiana de colonização do

mundo da vida pelo direito, e a consequência disso é, de um lado, uma cidadania passiva, composta de clientes da ação do Estado, e, do outro, a desintegração do próprio direito. Os riscos de perda de legitimidade democrática, de politização da justiça e esgotamento da capacidade do Judiciário são grandes demais para serem ignorados (Barroso, 2008).

A violação da regra da maioria é o principal argumento que se levanta contra a expansão da representação da sociedade pela via jurisdicional. O paradigma procedimentalista habermasiano, como sabemos, rejeita essa possibilidade. A democracia realiza-se quando se assegura a todos livre acesso aos direitos de comunicação e de participação, de formação democrática da opinião e da vontade soberana, que será retratada no ordenamento sociojurídico a partir do consenso racional processado pela maioria que se faz representar no Poder Legislativo, instituição republicana encarregada de deliberar sobre os destinos nacionais. É ali que se expressa a soberania, que não pode ser limitada senão pelos dispositivos constitucionais. Nesse sentido, é necessária a separação dos poderes para que o processo deliberativo, que abrange desde a formação democrática da opinião à formação da vontade, não sofra qualquer intervenção externa. Desviar-se o *locus* da criação do direito pelo excesso de jurisdicionalização constitui-se em um equívoco, consubstanciando uma limitação indevida da soberania; daí a “perversidade” da expansão da representação funcional.

Dentro do constitucionalismo democrático, porém, a expansão da representação apresenta-se como uma resposta das instituições democráticas diante da pluralidade das democracias contemporâneas, nas quais o que se observa é uma “soberania complexa”⁶⁸, formada por múltiplas identidades sociais. Para os teóricos da judicialização, como já ressaltamos várias vezes, é a própria pluralização da soberania que demanda a ampliação da representação e dos espaços de participação. Nesse sentido, a adjudicação constitui um instrumento legítimo de democratização social. Em outras palavras, no âmbito do constitucionalismo democrático, admite-se a representação generalizada para garantir a realização da democracia nas complexas sociedades contemporâneas. Sob esse prisma, os “judicialistas” refutam a hipótese do enfraquecimento das instituições republicanas em decorrência de uma eventual superposição de funções; para eles, ocorre apenas que, ao lado dos mecanismos

⁶⁸ A expressão foi extraída da obra de Rosanvallon (2000) por Vianna e Burgos (*Revolução Processual do Direito e democracia progressiva*, in Vianna, Werneck (org.): *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

tradicionais da democracia deliberativa, adotam-se outros voltados para uma “democracia participativa”, que funcionam com base na responsividade do direito às demandas sociais.

O resultado é uma “procedimentalização da produção do direito” em direção a uma “democracia progressiva, de revolução democrática permanente, ou, ainda, de democracia contínua e revolução passiva, com baixa intermediação da política e do sistema dito clássico da representação republicana”; é, enfim, “a radicalização da democracia” (Vianna e Burgos, 2002). A utilização de instrumentos como a ação popular e a ação civil pública brasileira para a afirmação de direitos coletivos junto ao Judiciário permite “a criação de uma nova arena *de participação*, cujo território, conquanto seja externo à arena clássica da democracia representativa, nasce *com a vocação de intervir em matérias de políticas públicas*” (idem, grifos nossos).

Nesse sentido, ação civil e a ação popular são os grandes instrumentos da revolução processual pela qual se dá a modelagem do direito responsivo. Ambos facilitam o acesso à Justiça, à semelhança das *class actions* norte-americanas, com a diferença de que os instrumentos brasileiros da revolução processual foram criados pela Assembléia Nacional Constituinte, expressão maior do poder soberano. No Brasil, como já ressaltamos, não foi o ativismo judicial, e sim uma decisão política que abriu a porta para que a sociabilidade se inclua no processo de criação do direito sem a mediação da representação política.

Uma das principais críticas que se levanta contra a judicialização é justamente o mau uso desses instrumentos constitucionais da democracia participativa, desviando-as de suas finalidades. A ação popular estaria servindo predominantemente como ferramenta eleitoral, e a ação civil pública estaria sendo indevidamente apropriada pelo MP no que configura uma substituição excessiva, perversa, porque socialmente desmobilizadora, impedindo a consolidação do associativismo e da participação política no Brasil (Arantes, 2002).

Quanto à primeira acusação, o próprio *Parquet* já deu algumas demonstrações de concordância⁶⁹. Quanto à segunda, de fato, como já foi observado, embora divida com entes associativos a titularidade da ação civil pública, o Ministério Público certamente

⁶⁹ Por exemplo, na página do Ministério Público do Estado do Paraná, na seção *Pílulas de Direito para Jornalistas*, nº 46, de janeiro de 2006, lê-se o seguinte: “Infelizmente, alguns políticos transformaram a ação popular em ferramenta eleitoral – é comum que um vereador ou deputado ou prefeito ou afim entre com uma ação popular contra um desafeto político para conseguir ganhos nas urnas ou outros tipos de vantagem. Essa prática acabou tirando um pouco da força da ação popular como medida jurídica séria.”

conta com uma grande vantagem, a de poder previamente instalar o inquérito civil. E na própria Constituição a ação civil pública foi vinculada ao MP. Junte-se a isso o fato de que ela teve escopo ampliado, transformando-se no principal instrumento da democracia participativa com a mediação do direito; o resultado dessa equação é certamente o crescimento do papel do Ministério Público.

Na verdade, a faculdade que o membro do MP tem de atuar independentemente de provocação confere-lhe um papel político privilegiado dentre os intérpretes da Constituição. Podendo não apenas instaurar o inquérito civil como firmar o termo de ajustamento de conduta que possibilita a solução extrajudicial de conflitos, o MP vem destacando-se como o principal proponente da ação civil pública. É claro, nesse campo sua atuação deve estar sempre circunscrita à ocorrência de um interesse social ou individual indisponível, mas, como ressalta Kerche (2003), a própria amplitude de interesses sociais passíveis de tutela judicial ou extrajudicial pelo MP favorece a substituição da representação política pela representação funcional.

Os que defendem a ampliação dos meios de expressão da democracia afirmam que essa possibilidade não causa incômodo aos agentes da representação política, e como prova disso apontam peças importantes da legislação pós-Constituição, aprovada pelo Congresso Nacional. Para esses observadores, se no meio político o MP é de alguma forma alvo de críticas, a acusação mais frequente que se faz nessa esfera ao Ministério Público é, no entanto, de outra natureza: a de estar fazendo uso da ação de improbidade administrativa pelo Ministério Público com fins de “perseguição política”. Ou seja, não é o papel do MP na representação generalizada que incomoda os políticos, mas sim a ampliação de suas funções no controle da administração.

Neste ponto, é mister abrir um parêntese para apontar pelo menos uma iniciativa recente que pode apoiar essas observações: o Projeto de Lei nº 267, de 2007, do Deputado Paulo Maluf, que visa responsabilizar quem ajuíza ação civil pública, ação popular ou ação de improbidade administrativa com “manifesta má-fé, intenção de perseguição política ou intenção de promoção pessoal”.

Realmente, a justificação que acompanha o projeto deixa tão claro que a preocupação maior do autor era com a ação de improbidade administrativa que merece ser reproduzida aqui:

JUSTIFICAÇÃO

Não obstante o grande avanço que representam a ação popular, civil pública e de improbidade para o nosso ordenamento jurídico, recentemente, o

manejo desses institutos — tão caros à fiscalização e punição de desvios de conduta praticados na gestão da coisa pública — vem sendo deturpado.

Frequentemente, ações civis públicas são propostas com denotada intenção política de ataque a determinado administrador ou gestão. Em outras ocasiões, *ações de improbidade são ajuizadas de maneira indiscriminada*, simplesmente com o fim de atender ao clamor de alguns agentes públicos que buscam mais os holofotes da imprensa do que a verdade.

De fato, o abuso recorrente na propositura de ações constitucionais destinadas à proteção do patrimônio público, além de provocar em algumas situações a inviabilização da própria atividade administrativa, gera situações vexatórias que *desgastam irreparavelmente a honra e dignidade de autoridades injustamente acusadas*.

Tendo isso em vista, o presente projeto de lei tem a finalidade de garantir o uso responsável desses institutos processuais, obrigando o autor ou membro do Ministério Público que ajuíza ações de maneira temerária, com má-fé, intenção de promoção pessoal ou perseguição política a indenizar os prejuízos causados à autoridade injustiçada.

Certo é, que característica basilar do Estado Democrático de Direito é o fato de que ninguém está acima da lei. Assim, em caso de autores coletivos que praticam atos com desvios de finalidade, nada mais correto do que a sua devida responsabilização. Atuando de maneira irresponsável, procuradores e autores populares devem arcar com as consequências de *atentados à boa imagem e honra dos administradores*, nunca sendo demais lembrar que atos de improbidade podem ocorrer em ambos os lados. (Grifos nossos.)

O projeto ainda terá de ser submetido ao Plenário das duas Casas do Congresso para se transformar em lei, mas foi aprovado por maioria pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em maio de 2008. E provocou contundentes protestos. Na ocasião, o presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — CONAMP, José Carlos Cosenzo, entre outras declarações, afirmou que se tratava de uma “clara retaliação ao Ministério Público brasileiro”. O proponente, ex-Prefeito de São Paulo, é, diga-se de passagem, um dos políticos mais processados pelo MP no País.

Feita essa observação, voltemos ao nosso debate.

No plano acadêmico, a corrente que questiona o atual modelo do MP brasileiro preocupa-se principalmente com o papel do MP na defesa dos interesses difusos e coletivos. Parte da literatura nessa área, como vimos, considera que o protagonismo do MP nesse campo tem o efeito perverso de substituir em excesso o Judiciário, a sociedade e o próprio processo deliberativo democrático, resultando em desmobilização social, em desmoralização do processo jurídico e em esvaziamento do Legislativo. A ação civil pública estaria sendo despida de seu propósito como “ativadora da cidadania” por causa de sua crescente e indevida apropriação pelo *Parquet*, que, atuando em

substituição às associações, estaria reeditando práticas paternalistas tradicionais do Estado (Arantes, 2002).

A preocupação, como vemos, tem dupla causa: por um lado, a atuação do MP na afirmação e na concretização de direitos da cidadania e na consequente inclusão das minorias no sistema político teria como efeito a desmobilização política da população, em face de uma “excessiva tutela” pelo MP, resultando não só no embotamento da mobilização associativa como também, paralelamente, no esvaziamento da representação política; por outro lado, essa “representação funcional” exercida pelo MP estaria associada a uma tradição política brasileira, fundada na necessidade de forte intervenção estatal em proveito da organização de uma sociedade política mais articulada. Nesse sentido, traduziria o que Oliveira Vianna definiu como “organização de cima para baixo”, a exemplo do que ocorreu no Estado Novo, com a “modernização pelo alto”, refletindo a permanência de um Estado excessivamente intervencionista, o que (mais uma vez) resultaria em uma “cidadania de baixa intensidade”.

Para Casagrande (2007), porém, a intervenção do MP não é aquela “pacificadora” imaginada por Oliveira Vianna e concebida originalmente para a Justiça do Trabalho. A ação civil pública, por exemplo, é antes claramente indutora do conflito e da participação política, uma das portas abertas aos conflitos coletivos, mas não a única. Assim sendo, a atuação do MP funciona exatamente no sentido oposto, de baixo para cima, como canal de acesso das demandas da população, judicializadas, ao sistema político representativo. Portanto, não representa qualquer controle, nem da vida associativa, nem das demandas populares. Pelo contrário, o MP é apenas uma das portas de acesso à participação política da cidadania organizada.

De fato, embora seja bastante comum a solução extrajudicial dos conflitos sob a intermediação do Ministério Público, como mostram estudos recentes (Machado, 2007; Casagrande, 2007), na maioria das situações, os inquéritos civis públicos nem chegam a se transformar em ação. E a investigação realizada por Werneck Vianna e Burgos (2002) sobre a autoria das ações populares e das ações civis públicas no Estado do Rio de Janeiro indica que a participação do *Parquet* no exercício substitutivo da representação pode não ser tão comum como os críticos querem fazer acreditar, e que, pelo contrário, o que parece existir entre o MP e a sociedade é antes uma “relação de interdependência e reciprocidade”, que favorece a consolidação de uma cidadania ativa na defesa de direitos difusos e coletivos e mesmo na defesa de interesses individuais homogêneos com repercussão social.

Observam ainda esses autores que a jurisprudência atual tende inclusive a legitimizar a atuação do Ministério Público na defesa de tais interesses, reconhecendo e consolidando sua atuação como representante funcional, e que, portanto, não se pode falar de “assimetria” e de “dependência” nessa relação; isso porque, mais do que como substituto processual, o MP tende a funcionar como “uma instância que agrega esforços, visando construir uma base institucional para o cumprimento do direito”. Nesse sentido, a ação do MP tende a ser preventiva, “o que lhe confere um papel *complementar* e não *concorrente* em relação ao do Judiciário”, sua atuação concentrando-se fortemente na defesa dos chamados direitos indisponíveis, “isto é, *no estrito desempenho do seu mandato constitucional*” (W. Vianna e Burgos, 2002, grifos dos autores).

É por seu protagonismo nas arenas da democracia participativa que o MP vem sendo apontado como um importante ator político. Sua atuação em muitos casos resulta na adoção de novas políticas, não raro disciplinando casos específicos que não estejam sendo alcançados pela lei⁷⁰ e cobrindo assim possíveis “lacunas” da legislação, como argumentam Vianna e Burgos, principalmente pela via da ação civil pública. E com tanta autonomia e discricionariedade, o Ministério Público pode interferir em quase todos os setores da vida em sociedade.

O estudo realizado por esses autores indica, no entanto, que as ações civis públicas costumam ter duas finalidades básicas: o controle do Poder Público pela sociedade e a reparação de danos econômicos causados por empresas privadas e por instituições filantrópicas. Quanto àquela parte que assume um perfil inovador, postulando novos direitos, são mais frequentes as que se referem a relações de consumo, predominando largamente as de autoria das associações de consumidores, diante do que a preocupação de que algum excesso de substituição processual por parte do MP esteja desencorajando o associativismo perde fundamento. De fato, ressaltam esses autores, “no marco da instituição mais relevante da representação funcional, o Ministério Público, a pesquisa também pôs em evidência o fato de que essa agência, ao desempenhar suas funções constitucionais nas ações coletivas, não se tem comportado como expropriadora de papéis da sociedade. Verificou-se, ao contrário, uma consistente e emergente presença da sociedade nessas ações.”

⁷⁰ Cabe ressaltar que a Lei 9.494, de 1997, deu ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública a seguinte redação: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator” (grifo nosso), restringindo assim o alcance da decisão judicial prolatada em ação dessa natureza.

Por outro lado, como os espaços de deliberação judicial não têm autonomia em relação aos espaços de deliberação das instituições da democracia representativa, para os defensores da judicialização não há o risco de uma “usurpação dos poderes” dos representantes que são legitimados pelo voto por parte daqueles que não o são. Em outras palavras, o comportamento do MP e do Poder Judiciário em relação às “questões políticas” sofre a influência do comportamento dos representantes políticos da sociedade — que são escolhidos mediante escrutínio eleitoral — a respeito das mesmas questões, e vice-versa. Existem, dessa forma, “fluxos de deliberação” entre as duas esferas, a da democracia participativa e da democracia representativa. A legitimidade da atuação do MP e do Judiciário como canais de participação social na formulação de políticas afirma-se na medida em que as decisões tomadas, mostrando-se socialmente adequadas, não sejam questionadas pela via da representação eleitoral. Até que ponto isso não ocorre porque os políticos não querem correr o risco de mexer numa instituição que tem respaldo popular é questão que essa corrente não levanta.

A preocupação que é levantada por alguns críticos da judicialização, com respeito a um “excesso de voluntarismo político” por parte dos membros do *Parquet* (Arantes, 2002), propiciado pela extensão da influência da sua intervenção nos conflitos coletivos ao debate político, em seu sentido deliberativo mais amplo, com a paralela incorporação de valores pelo sistema jurídico, e ainda pelo fato de que a própria CF/88 concede aos integrantes do MP um tratamento de “agentes políticos”, ao prever-lhes estatuto próprio, merece alguma atenção, na medida em que essa “politização” parece estender-se à atuação da instituição, especialmente na seleção dos casos que justificam a ação civil pública — os de “maior interesse social”.

Nesse sentido, Casagrande (2007) relata que em São Paulo, por exemplo, súmulas internas e planos estratégicos das unidades delimitam essa seleção, estabelecendo uma “política judiciária interna” para a atuação do órgão — não imperativa, é verdade, dada a independência funcional de seus membros, mas geralmente observada. Estaria assim prevalecendo no MP uma “concepção ideológica de que a instituição é, sim, um órgão político que tem um papel a cumprir na afirmação e consolidação do processo democrático brasileiro”, o que “aponta para a interpretação e aplicação do direito como um elemento de transformação da realidade”.

Note-se que para esse autor a intervenção do MP tem um caráter republicano, na medida em que apenas racionaliza o processo de deliberação da democracia

participativa; haveria aí, portanto, antes complementaridade do que qualquer antagonismo ao sistema político como um todo.

De fato, os dados colhidos por Vianna e Burgos (2002) indicam que realmente a atuação do *Parquet* tende a obedecer a uma política institucional, ainda que extraoficialmente. Os casos pesquisados por esses autores revelam que o Ministério Público se dedica na maior parte das vezes a conflitos complexos em que estão em jogo direitos sociais e políticas públicas referente a postulações de grupos sociais minoritários, e que nesses casos o MP dá preferências às soluções extrajudiciais, comumente mobilizando para tanto uma rede de instituições sociais e estatais.

Por fim, resta um comentário, ainda que ligeiro, sobre o tema da *accountability*, que também ocupa o debate na esfera acadêmica, levantando-se nesse campo uma preocupação com o possível desequilíbrio no controle horizontal entre as instituições governamentais resultante da estruturação institucional desenhada pelos constituintes, com clara vantagem para o Ministério Público. Essa preocupação está presente até mesmo em alguns defensores da democracia participativa, como Kerche⁷¹, que admite que é modesto o controle que se exerce sobre o MP. E seu diagnóstico é pouco animador: quando deram aos membros do Ministério Público, um órgão do Estado, a possibilidade de atuar como representantes não-eleitos da sociedade com tanta discricionariedade e autonomia, contando com poderosos instrumentos de ação, e ainda lhes ampliaram o leque de atribuições, os constituintes transformaram o MP em uma “organização pouco comum à democracia”.

Já observamos que o Ministério Público, que até 1988 era ligado ao Poder Executivo, se não por previsão constitucional, pelo menos por instrumentos institucionais (tais como a nomeação e a destituição do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República, sem a manifestação do Legislativo), hoje não somente goza de ampla autonomia formal, desvinculado que foi dos poderes da República, e (até o momento) de considerável blindagem contra ingerências dos governantes e dos políticos de maneira geral, como também pode atuar praticamente em todas as áreas da vida da sociedade. Por outro lado, todo esse reforço institucional não se fez acompanhar de mecanismos igualmente reforçados de *accountability*.

Diante dessa combinação de elementos — autonomia, discricionariedade, instrumentos de ação e amplo leque de atribuições sem controle externo —, que

⁷¹ Kerche, *Autonomia e Discricionariedade do Ministério Público no Brasil*, Dados, vol. 50, PP 259-279, 2007.

realmente torna o MP bastante singular em face de seus congêneres no mundo, Kerche conclui que da parte dos políticos houve mais do que uma delegação de poderes, já que eles não se preocuparam com a constitucionalização de poderosos instrumentos com os quais pudessem interferir de alguma forma na atuação do *Parquet*, contentando-se com a submissão ao Congresso de seu orçamento (que, entretanto, é o próprio Ministério Público que propõe e administra) e com a possibilidade de modificar suas atribuições pela via de lei complementar e de emenda à Constituição, que exigem ambas *quorum* qualificado. Entretanto, mesmo esses poucos instrumentos de controle, ainda que tímidos, derrubam a hipótese de que tenha havido uma abdicação. Por isso, Kerche afirma que, em relação ao MP, os políticos optaram por uma “quasi-abdicação”.

Segue a mesma linha a reflexão de Casagrande (2007) no sentido de que a Constituição atribui ao órgão um *status* de “quase poder”, que “surge no atual regime político brasileiro como um novo elemento estatal de “perturbação” do sistema clássico de divisão de poderes”⁷². O autor ressalta que, além da notável independência da instituição em relação aos Poderes da República, a inserção do Ministério Público no sistema de freios e contrapesos, típico do esquema clássico de separação dos poderes, dá-se apenas pela via de nomeação e destituição dos seus chefes: no nível federal, o Procurador-Geral da República ainda é nomeado pelo Presidente da República, submetendo-se agora a indicação à aprovação do Senado; no nível estadual, os Procuradores-Gerais de Justiça são nomeados pelo Governador com base em lista tríplice elaborada pelos membros do MP, manifestando-se as Assembléias apenas em caso de destituição, por maioria absoluta.

Em suma, pode não haver consenso sobre se o fenômeno da judicialização contribui para um desequilíbrio ou para o reequilíbrio entre os poderes públicos, mas não se contesta o fato de que em todo o mundo democrático o sistema judicial paulatinamente se tornou o novo *locus* institucional para a promoção do debate público e a afirmação dos direitos de cidadania — e, especialmente no Brasil, um espaço institucional para o exercício da democracia participativa, graças especialmente à atuação do Ministério Público.

Nesse sentido, Cássio Casagrande (2007) ressalta que o grande esforço que o MP vem empregando como “canal de apresentação de demandas” na luta pela concretização de direitos sociais, atuando em prol da constitucionalidade democrática e

⁷² Cássio Casagrande, 2007:100.

guiado pelo valor da efetividade, tem realmente permitido nas últimas décadas a atualização de uma “agenda política” independentemente do Congresso, e isso tem sido vantajoso para a sociedade em geral. Casagrande argumenta que a efetividade dessa atuação abre grandes possibilidades de uma relação não de tensão, mas de complementação entre os mandatários da democracia representativa (os políticos) e aqueles constitucionalmente encarregados de concretizar a democracia participativa (promotores e procuradores), mesmo porque a ampliação desses canais, em princípio, diz respeito não a uma “invasão de competências”, e sim ao controle da constitucionalidade.

2.5. O caso particular da representação funcional no setor trabalhista

A atuação do MP na área trabalhista merece uma reflexão mais profunda, já que foi essa a área de origem da representação funcional no Brasil. No passado, o *Parquet* deveria intervir nos conflitos como garante da lei, representando os interesses estatais. Investindo-o de uma nova missão, a de defender os interesses sociais, o texto original da Constituição Federal de 1988 reforçou sua atuação especialmente no campo trabalhista, legitimando-o para a interposição de quaisquer dissídios coletivos.

Antes de seguirmos adiante, cabe abrimos um parêntese para esclarecer do que estamos falando aqui. O dissídio coletivo é uma espécie de ação coletiva cujo objeto é a solução de conflitos trabalhistas coletivos pela via jurisdicional. No caso, o interesse em tela é transindividual. Trata-se de conflitos entre grupos de trabalhadores abstratamente considerados e um ou vários empregadores, envolvendo matéria de ordem jurídica ou econômica que fira direitos ou interesses comuns da categoria profissional. Se for matéria jurídica, os conflitos serão resolvidos por meio de reclamação trabalhista, ou de ação de cumprimento, ou mesmo de ação civil pública, podendo ou não ser instalado o dissídio. Mas em matéria econômica, de acordo com a Constituição, a instauração do dissídio coletivo é obrigatória.

No Brasil os conflitos de ordem econômica sempre foram solucionados pela via jurisdicional. Desde a Constituição de 1934, cabe aos Tribunais do Trabalho a tarefa de proferir sentença normativa nos dissídios coletivos. Essa tradição foi mantida pela Constituição Federal de 1988, cujo texto originalmente facultava aos sindicatos e ao MP ajuizar dissídio coletivo em caso de recusa de qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, sem referência à natureza da matéria. Logo em seguida, em 1989, a Lei de

Greve (Lei nº 7.783) legitimou essa atuação do Ministério Público do Trabalho facultando-lhe o ajuizamento de dissídio coletivo em caso de greve em qualquer setor.

A CF/88 também havia concedido à Justiça do Trabalho amplo poder normativo, autorizando-lhe a criação de normas de caráter geral e abstrato capazes de disciplinar as relações jurídicas de emprego, normas essas que se opunham *erga omnes* às categorias econômicas, empresariais e profissionais envolvidas no litígio; assim, o julgador do conflito podia “criar o direito, atuando como uma espécie de legislador suplente, não para ditar leis ou concorrer com o Poder Legislativo, mas para criar o direito expresso através de normas ou cláusulas que terão eficácia semelhante à da lei” (Costa, 1991)⁷³, ao menos no âmbito dos envolvidos no conflito. Uma atuação, portanto, que extrapolava o poder jurisdicional. Por poder acioná-la ilimitadamente, a representação funcional exercida pelo MP nessa área adquiria grande peso.

Em 2004, porém, a Emenda Constitucional nº 45, que tratou da reforma do Judiciário, não só alterou no texto constitucional essa atribuição normativa conferida à Justiça Trabalhista como também buscou limitar a atuação do MPT. A redação dada ao art. 114, que trata da competência da Justiça do Trabalho, trouxe mudanças significativas nessa área. Primeiro, de acordo com o § 2º desse artigo, para se instalar o dissídio coletivo em matéria econômica deve-se antes obrigatoriamente proceder à negociação e, frustrada essa, à arbitragem; apenas se em ambas as tentativas de acordo falharem, as partes poderão, e “de comum acordo”, ajuizar o dissídio.

Nesse ponto, poder-se-ia argüir a própria constitucionalidade dessa exigência do “comum acordo” por consistir em uma indevida limitação do acesso à Justiça. Nesse sentido, ressalva a juíza Andréa Presas Rocha (2006), há que se distinguir entre poder jurisdicional e poder normativo, esse último constituindo “uma atuação de natureza legislativa a cargo de um órgão do Poder Judiciário”. Essa distinção é essencial para explicar a constitucionalidade dessa exigência do “comum acordo”, já que ela não fere o direito constitucional de acesso à jurisdição, sendo o direito de ação “um direito público subjetivo cujo conteúdo é a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado”, enquanto o dissídio coletivo de natureza econômica resulta em decisão que consubstancia atividade legislativa, e não jurisdicional. Note-se, entretanto, que essa exigência tende ao esvaziamento do poder normativo da Justiça do Trabalho. Esgotadas as possibilidades de negociação e de arbitragem, a categoria profissional terá de recorrer à greve. Nesse

⁷³ Citado por Andréa Presas Rocha em *Dissídios Coletivos: Modificações Introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004*, Revista *Jus Navegandi*, janeiro de 2006.

caso, e apenas diante de lesão ou ameaça de direito, o que o titular do direito material sempre poderá exigir do Estado através do Judiciário é a prestação da atividade jurisdicional, e não da normativa, que esse Poder só exerce em caráter excepcional.

Em segundo lugar, o supracitado dispositivo limita também a própria competência normativa do juiz, que pode “decidir o conflito, *respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*”. E de acordo com o § 3º acrescentado apenas “*em caso de greve de atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo*” (grifos nossos). Portanto, pela nova redação, a legitimação constitucional do MPT para instaurar o dissídio coletivo limita-se aos casos de “greve de atividade essencial”, e desde que haja “possibilidade de lesão do interesse público”. A atuação do MP ficou assim restrita a “resguardar a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” (Lei de Greve, art. 11), deixando de lado as reivindicações dos trabalhadores, cujo atendimento demandará “comum acordo” entre as partes.

Como se vê, a Emenda Constitucional nº 45 reduz bastante o peso do MP no exercício da representação funcional na área trabalhista⁷⁴. Essa constatação vem na contramão da tendência do legislador na regulamentação da representação funcional nas demais áreas da vida social, nas quais a representação política não parece preocupada com o crescimento da “representação generalizada” (Werneck Vianna, 2002). Ao contrário, “tem dado claros sinais de que, pragmaticamente, admite a representação funcional”, como mostram as legislações sobre direitos de grupos e em campos específicos editadas no período pós-Constituição, como a que trata dos direitos das pessoas com deficiência, de 1989, os já referidos Código do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Orgânica da Saúde, todos de 1990, A Lei de Proteção ao Idoso e a de Proteção das Minorias Étnicas, ambas de 1993, a Lei das Águas, de 1997, a dos Planos de Saúde, de 1998, o Estatuto da Cidade, de 2001, e o Estatuto do Idoso, de 2003. Já a EC 45 aponta para outra direção. Não só fez as já citadas alterações na legislação trabalhista como estabeleceu o controle externo da magistratura e a “racionalização” da administração do sistema judiciário, impondo “o primado de seu

⁷⁴ Na maioria, as emendas feitas à Constituição buscaram abrir o caminho para a implantação da cartilha neoliberal, propiciando a desregulamentação do mercado. Essa também parece enquadrar-se nessa linha, por suas implicações na área trabalhista. No limite, em face dos obstáculos impostos para a mobilização coletiva e para a representação de seus interesses, o trabalhador acaba sendo forçado a aceitar a “flexibilização” dos seus direitos, uma das bandeiras do neoliberalismo.

vértice”, particularmente o Supremo Tribunal Federal, sobre a magistratura singular, e disso resulta, evidentemente, uma limitação da “criatividade interpretativa” do juiz ordinário. Dessa forma, indiretamente, o legislador limitou também o papel dos juízes no exercício da representação funcional em geral, e fez isso no plano constitucional, numa demonstração de que não está assim tão despreocupado com o crescimento da judicialização da política.

Por outro lado, até aqui, em nosso raciocínio, consideramos apenas o reflexo dessas alterações, no que diz respeito à judicialização, sob a perspectiva da “procedimentalização da criação do direito”, particularmente no que se refere à instalação do dissídio coletivo, dada a redução do poder normativo da Justiça. Cardoso e Lage (2007), e Ramos (2005), entre outros, ressalvam, no entanto, que, sob os aspectos da representação/fiscalização e da efetivação dos direitos do trabalhador, a EC 45 trouxe alterações que implicam não uma redução, e sim uma ampliação da competência do MP e da Justiça do Trabalho, respectivamente, na medida em que abrem espaço para as “ações de danos morais decorrentes da relação de trabalho, as ações envolvendo sindicatos e aquelas relativas à cobrança de multas aplicadas pela fiscalização do trabalho e cobrança das contribuições previdenciárias resultantes das sentenças proferidas em reclamações trabalhistas”, medidas que “vêm ao encontro [da] proteção ao trabalho (...) e, portanto, [atuam] em proveito dos trabalhadores que veem aumentar as chances de receberem o que lhes é devido, sem o ônus das ações, reclamações e conciliações”⁷⁵.

Ramos ressalta o avanço dessas alterações, que garantem a proteção dos empregados nas mais diversas situações em que se configure uma relação de subordinação entre empregador e empregado, permitindo, por exemplo, que o zelador de um condomínio recorra à Justiça para o ressarcimento de horas extras trabalhadas. Cardoso e Lage preocupam-se, porém, com as questões substantivas derivadas desse arranjo quando não há essa relação de subordinação; supondo, ainda no caso do condomínio, que se trate não de um empregado, mas de um prestador de serviços, na ausência de um contrato formal, a decisão sobre as mesmas horas extras trabalhadas dependerá do “perfil” do juiz, e “haverá, sim, grande diferença entre a atitude de um juiz civilista, [referenciada na] autonomia da vontade e da liberdade contratual, [e de um] juiz trabalhista, que se orienta pelo interesse público subsumido na relação entre

⁷⁵ Cardoso e Lage, *As Normas e os Fatos — Desenho e efetividade das instituições de regulação no mercado de trabalho no Brasil*. FGV Editora, 2007.

empregadores e empregados” (Cardoso e Lage, 2007:172). Nesse sentido, a repercussão da EC 45/2004 quanto à representação funcional e ao poder criativo (interpretativo) dos juízes na área trabalhista não teria sido tão ampla como poderíamos, em princípio, imaginar.

2.6. Sobre a EC 45/2004

Vimos que a discussão sobre os efeitos da EC 45 no setor trabalhista ainda está em aberto. Convém notar, porém, que seus efeitos não se restringem a esse setor, na medida em que a mesma emenda constitucional também veda aos membros do MP o exercício de atividade político-eleitoral. Além disso, cria o Conselho Nacional do Ministério Público, encarregando-o do “controle da atuação administrativa e financeira da instituição e do cumprimento dos deveres funcionais por parte de seus membros”⁷⁶, atribuição essa com evidentes reflexos na discricionariedade de ação desses agentes. Esse órgão (assim como seu correlato referente ao Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça), foi concebido como um mecanismo de controle externo, o que se torna claro quando se verifica sua composição. Entre seus quatorze membros, todos “nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”⁷⁷, seis são estranhos aos quadros do MP: dois juízes, dois advogados e dois cidadãos “de notável saber jurídico e reputação ilibada”, esses últimos indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

A EC 45 é o produto da tramitação de uma proposta de emenda à Constituição, a PEC 96/1992, cuja redação é totalmente diferente da que foi aprovada. Basta dizer que o texto original, de autoria do Deputado Hélio Bicudo, do PT de São Paulo, não trata de nenhuma das restrições apontadas acima, não faz qualquer menção ao CNMP nem ao Conselho Nacional de Justiça, e só menciona o Ministério Público quando remete a um “conselho especial” (que resultaria do acréscimo de um inciso ao art. 95 da Constituição, referente às garantias dos juízes, e cuja missão seria aferir a aquisição da vitaliciedade e o merecimento para promoção dos juízes, para tanto abrigando em sua composição um representante do Conselho Superior da Magistratura, um representante do MP e um da OAB), e para lhe garantir um quinto da composição dos tribunais

⁷⁶ Cf. art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Grifo nosso.

⁷⁷ Cf. art. 130-A, *caput*.

estaduais e regionais federais. A PEC original é concisa, limitando-se a duas laudas, e restringe-se a aspectos administrativos, na regulamentação da estrutura do Poder Judiciário. A emenda aprovada é bem mais extensa e abrangente⁷⁸.

O CNMP não se restringe ao controle das questões administrativas internas do Ministério Público. É sua atribuição, igualmente, zelar pelo “cumprimento dos deveres funcionais” por parte dos seus membros. Tal atribuição tem evidentes implicações, especialmente quanto à discricionariedade do órgão, na medida em que pode inibir o exercício pelo membro do MP de suas funções, particularmente no controle da administração pública, sendo a composição desse conselho decorrente de um processo eminentemente político — haja vista que a nomeação é feita pelo Presidente da República, com o aval do Senado Federal, e entre os membros há elementos estranhos ao Ministério Público, incluindo os “dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada” indicados pela Câmara e pelo Senado. Esses aspectos merecem atenção.

2.7. Interpretações do desenho do MP: a perspectiva institucionalista e a perspectiva habermasiana

Para os teóricos do institucionalismo, as instituições não apenas são criadas pelos atores sociais como também afetam seus comportamentos. E ainda “camuflam” as verdadeiras preferências desses atores, distribuindo o poder assimetricamente. Elas são ao mesmo tempo o reflexo e a base do comportamento das sociedades.

A teoria institucionalista admite três abordagens diferentes (Hall e Taylor, 2003), de acordo com os pressupostos de que parte o observador. Na abordagem histórica, o arranjo institucional é a construção social baseada em “escolhas fixas” que, em determinado contexto social, garante a maximização da função/utilidade de um órgão. Ou seja, ele reflete o contexto social. Na abordagem da escolha racional, mais do que refletir, as instituições podem aprimorar o contexto social. As instituições são capazes de alterar as expectativas dos próprios atores sociais, que agem estrategicamente nas relações com elas e entre si. Na abordagem sociológica essa relação de reciprocidade é ainda mais profunda e firma-se sobre pressupostos culturais. Ou seja, as mesmas instituições que são construídas pela interação dos atores

⁷⁸ Para consulta, ambos os textos constam dos Diários do Congresso Nacional, a PEC na edição de 1º maio de 1992 e o texto consolidado da emenda na de 31 de dezembro de 2004, acessíveis via Internet pelo endereço <http://camara.gov.br/proposicoes>.

influenciam seus comportamentos fornecendo-lhes *scripts*, modelos e categorias indispensáveis para a ação, sem os quais o mundo e o comportamento dos outros não poderiam sequer ser interpretados. Desse prisma, as instituições influenciam preferências mais básicas e mesmo identidades. Sua relação com a sociedade é não apenas instrumental, mas também interpretativa⁷⁹.

Da perspectiva institucionalista, o desenho inovador do MP não pode ser considerado problemático, se admitirmos que ele reflete uma decisão do constituinte brasileiro de criar uma instituição com alto potencial de transformação social. De fato, nos argumentos dos que defendem a missão constitucional do MP, há certo apelo institucionalista, na medida em que se valoriza o potencial da configuração institucional do Ministério Público para o aperfeiçoamento da democracia. Dessa perspectiva, o processo de transformação social é fortalecido pela intervenção do MP.

Ressalva-se um ou outro aspecto, particularmente a questão da *accountability*, mas, no que diz respeito aos princípios democráticos, enfatiza-se que o *Parquet* atua em complementaridade com o conjunto das instituições governamentais na defesa de direitos fundamentais para o bem-estar coletivo. Nesse sentido, não se trata de qualquer “usurpação” de poder, nem de invasão de competências, e sim de uma estratégia ditada por uma necessidade e guiada para a obtenção de resultados. Assim, o processo de “politização do direito”, ou de “judicialização da política”, que esse modelo institucional favorece, até certo ponto é desejável, se permite que os fins coletivos sejam alcançados.

A teoria democrática habermasiana não admite essa hipótese. Política e direito são esferas que não se devem confundir sob pena de ambas perderem legitimidade. Nesse sentido, Habermas é taxativo: “a consideração de fins coletivos não pode destruir a forma jurídica (...), não pode deixar o direito diluir-se em política”⁸⁰. Dessa perspectiva, não há que se falar em resultados. Qualquer arranjo que favoreça a superposição de arenas em que se realizam momentos distintos do viver democrático trará mais problemas do que benefícios. A intervenção desmedida do Ministério Público para a solução de conflitos na esfera civil, sob esse prisma, é problemática, pois pode

⁷⁹ Christina W. Andrews, *Implicações Teóricas do Novo Institucionalismo: Uma Abordagem Habermasiana*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 2, pp. 271 a, 2005.

⁸⁰ Habermas: *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁸⁰ Habermas: *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

favorecer uma “transformação social perversa”, pela submissão da sociedade e de suas instituições representativas a uma “ditadura” do direito.

O modelo democrático de Habermas é procedimental no sentido de que as leis precisam de procedimentos democráticos que as tornem legítimas. A eficácia da lei depende não apenas da aplicação de sanções, mas também de sua legitimidade. O modelo do Estado liberal, garantidor da liberdade, concilia-se com o ideal republicano quando busca na comunidade política a fonte da legitimidade do poder. O procedimentalismo de Habermas tem um foco bem definido. Volta-se para a participação social no processo deliberativo, que só será legítimo se seguir o caminho democrático de formação e de expressão da vontade da soberania. A ação social vai além da razão instrumental, da ação estratégica que orienta as decisões do legislador, da racionalidade voltada para os fins, para a realização de objetivos. A ação social não é uma simples relação entre sujeitos e objetos. A ação social é comunicativa. Sua racionalidade volta-se para o *entendimento mútuo*, para a obtenção do *consenso* pela via do discurso. É uma relação entre sujeitos. Ações estratégicas e ações comunicativas caminham juntas, e as primeiras necessariamente devem ser legitimadas e institucionalizadas pelas últimas.

Para os institucionalistas, as instituições devem seguir o compasso da evolução social, num processo de adaptação, e para isso precisam ser “aperfeiçoadas”, a fim de que forneçam resultados “justos”. A institucionalista histórica Ellen M. Immergut (1998) defende inclusive que se adote um padrão de justiça, uma orientação normativa para as reformas institucionais. Sob esse prisma, se a atuação do MP contribui para a democratização da prestação jurídica pelo Estado, no sentido de ampliar o acesso à Justiça e garantir a efetivação de direitos de populações hipossuficientes, então ela é justa e representa um avanço.

Para Habermas a reforma das instituições não se prende a um objetivo preliminarmente definido, nem demanda qualquer padrão de justiça substantiva; o “padrão de justiça” será construído pelos próprios atores sociais por meio de “discursos práticos”, no processo comunicativo por meio do qual os atores sociais buscam o entendimento mútuo sobre as normas de interação social. Esse processo é contínuo, já que não é possível (nem desejável) determinar uma instituição ideal. Quando as instituições se mostram limitadas para atender às demandas sociais e é preciso reformá-las, basta que a comunidade política chegue a um consenso, ao entendimento mútuo ou a uma “barganha justa” sobre as alterações que se mostram necessárias nas

instituições existentes, ou ainda sobre a criação de novas instituições. Basta, portanto, que no processo deliberativo sejam observados e cumpridos os princípios democráticos. Mesmo porque em Habermas justiça não tem conteúdo substantivo, já que depende de processos de validação de normas morais por meio de discursos práticos que atendam ao princípio da universalização. Sendo um processo, a justiça não pode ser positiva, como as leis, que representam apenas um “momento de justiça congelado no tempo”. É exatamente por isso que, para terem eficácia, as leis, além do caráter coercivo, precisam ter validade, o que só obterão se forem um produto da ação comunicativa.

Pelo que discutimos até aqui, se o modelo institucional do MP contribui para uma aproximação entre o direito e a política, e a literatura mostra que isso acontece, da perspectiva habermasiana não se pode dizer que ele constitua um avanço. Para os que adotam, nem os fins (os “bons resultados”), nem os meios (o cumprimento dos trâmites democráticos) justificam o risco a que se expõe tanto o direito, ao se “politizar”, afastando-se da neutralidade que o legitima, como a política, ao se “judicializar”, afastando-se do processo deliberativo que a legitima.

Nesse sentido, a abordagem institucionalista contribui para a superação do modelo habermasiano, na medida em que fundamenta o desenho institucional do MP como produto de uma decisão social, firmada num processo democrático trilhado passo a passo, em que, para chegar a essa construção, os constituintes procederam a um amplo debate, com a participação de membros da sociedade civil e das entidades representativas do mundo jurídico, como a CONAMP e a OAB, que fizeram sugestões e foram ouvidos, como comprovam os Anais da Assembléia Nacional Constituinte⁸¹.

2.8. Por fim, uma questão de justiça

Para Werneck Vianna (2002), quando os constituintes desenharam o modelo da democracia brasileira — essa democracia de “duas faces”, a participativa e a deliberativa —, assentaram-no sobre uma concepção de justiça que se aproxima da teoria democrática de Rawls da “justiça como equidade”. Trata-se de uma justiça “procedimental”, na linha do pragmatismo progressista americano.

⁸¹ Para uma abordagem ampla dessa construção, consulte-se Kerche, Fábio: *O Ministério Público no Brasil — Autonomia, Organização e Atribuições*, tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência Política da USP (2003).

Rawls (2003) desenvolve sua teoria da justiça com base na filosofia da linguagem, sempre sob um foco analítico, utilizando-se de termos acessíveis, sem apelos a grandes conceitos, e dá preferência a soluções razoáveis, em vez de absolutas ou universais. A inviolabilidade do indivíduo, porém, é um princípio absoluto, uma premissa que se funda na justiça e que não pode ser contornada nem a pretexto do bem-estar social. Como um neokantiano, a justiça para Rawls é a virtude fundamental das instituições sociais. Justiça realiza-se no procedimento. O justo é sempre o critério maior para um sistema de direitos, assim como a verdade é o maior critério para os sistemas de pensamento.

No entanto, em sua acepção individualista de justiça, Rawls afasta-se bastante do conceito de individualismo empregado pelo utilitarismo, na medida em que não estende a concepção de indivíduo racional à sociedade como um todo. Ao contrário, considera a coletividade como tal, e defende a prevalência do bem público. Para ele, o bom ordenamento social implica a regulação da justiça sob uma concepção pública: todos conhecem e aceitam os mesmos princípios, e as instituições procuram concretizá-los. Os conflitos, que sempre vão existir, serão superados nessa aceitação. Na teoria da justiça como equidade, o liame social é a cooperação. Manter a estrutura básica da sociedade é o objetivo básico da justiça social. O sistema jurídico administra o modo de distribuição de deveres e direitos, dos benefícios advindos da cooperação social. A distribuição, para ser justa, deve ser equitativa.⁸²

Para Werneck Vianna (2002) é essa preocupação que está presente no novo desenho institucional concedido ao MP pela CF/88, inspirado pela intenção de garantir a reordenação democrática da sociedade brasileira, com ampla participação social. As dificuldades criadas por séculos de privatização do Estado e de monopolização da política por uma elite conservadora, originalmente agrária, que se manteve no poder pela expansão de seu domínio para outros setores, eram imensas. Os resultados, entretanto, foram animadores. Àquelas práticas conservadoras vêm sendo radicalmente contrapostos os direitos de uma cidadania que se torna autoconsciente e que se faz ouvir pelo Judiciário, no mais das vezes por intermédio do Ministério Público. Os caminhos da democracia participativa no Brasil estão moldando uma nova cultura civil, política e

⁸² Note-se que para Rawls desigualdades econômicas e sociais podem ser “justas” se os resultados compensam para todos, em particular para os menos privilegiados.

também jurídica. A esse propósito, Eisenberg (2002)⁸³ nota que “são poucos os lugares no mundo como o Brasil, onde encontramos um direito — instituições, juízes e advogados — tão politizado e engajado no fazer a política através do fazer a lei e a adjudicação”.

Como vemos, a defesa da politização do Judiciário e do Ministério Público no Brasil assume também o viés ideológico da realização de uma justiça distributivista fundada no princípio da solidariedade, que constitui o terceiro mandamento da Revolução Francesa e que orienta, nesta fase da modernidade, a prática da democracia.

⁸³ Eisenberg, José: *Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política*, in Vianna, Werneck (org.): *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

3. PROPOSTAS DE LEGISLAÇÃO QUE AFETAM O MP

3.1. Observações preliminares

No plano da representação funcional, de início as inovações institucionais desenhadas pelos constituintes, aparentemente, foram bem aceitas e até reforçadas pelo legislador ordinário. Diplomas como o Código do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Orgânica da Saúde, a Lei de Proteção ao Idoso, a Lei de Proteção das Minorias Étnicas, a Lei das Águas, a Lei dos Planos de Saúde, o Estatuto da Cidade, o Estatuto do Idoso, editados entre 1990 e 2003, levam alguns autores, como Werneck Vianna e Burgos (2002), a essa conclusão. Entretanto, algumas iniciativas recentes de legislação são no mínimo polêmicas, levantando a suspeita de que talvez os políticos não estejam mais tão confortáveis com os contornos dados àquela face da democracia que é desenhada na “produção judicial” do direito.

Promulgada há duas décadas, a Constituição brasileira já sofreu 57 emendas, a maior parte referente a questões da administração econômico-financeira do País. Mas uma delas, a EC 45, de 2004, teve uma preocupação mais profunda: a reforma do Judiciário. Nesse processo, algumas alterações feitas já indicam certa inquietação por parte da representação política diante da expansão do caminho substancial que ela mesma consagrou para consolidar a redemocratização do País.

Outro indício de desconforto, e forte, é o PL 265, de 2007, citado no capítulo anterior. Esse projeto trata da responsabilização sobre o “mau uso” da ação coletiva, da ação civil pública e da ação de improbidade administrativa. Ora, sabemos que o Ministério Público tem presença forte na proposição das duas primeiras e exclusividade no uso da última, e sabemos que é por meio desses instrumentos que ele exerce a representação funcional da sociedade. A aprovação desse projeto por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados sugere que a atuação do MP está causando desconfiança pelo menos aos membros daquele colegiado, cujo parecer — quanto à constitucionalidade, quanto à juridicidade e quanto à técnica legislativa — é determinante para a entrada em tramitação na Casa de qualquer projeto de legislação.

Se o que os preocupa é o fato de a sociedade recorrer ao Judiciário, e não às instituições da democracia representativa, para a aquisição de direitos, ou seja, o “esvaziamento” do Legislativo em decorrência da expansão da representação funcional,

ou uma “perda de civismo” em consequência da excessiva judicialização dos conflitos, ou a “corrupção da vida republicana” pela invasão mútua de competências, riscos que são apontados em uma vasta literatura, é questão a ser apenas tangenciada aqui. Da mesma forma, o posicionamento institucional do Poder Legislativo em relação ao MP não é o objeto deste trabalho, que tem um alcance modesto. Nesta pesquisa vamos tentar responder uma pergunta: qual é a tendência do parlamentar em relação ao MP? Quanto aos fatores que determinam essa tendência, seja ela qual for, só nos será possível fazer especulações, com base nas reflexões teóricas que apresentamos nos primeiros capítulos.

Embora não se possa separar a atuação parlamentar da instituição parlamentar, nosso propósito é, *grosso modo*, sondar a percepção dos *membros* do Legislativo (indivíduos que exercem um mandato eletivo), assim como Sadek (2000) e Machado (2007) sondaram as dos *membros* do MP (indivíduos que exercem um mandato constitucional), aplicando, porém, uma metodologia distinta — a da análise do discurso.

Nesse sentido, o material utilizado em nossa pesquisa precede o momento da expressão do Parlamento como corpo institucional na forma das deliberações. Vamos examinar para que lado tendem as propostas apresentadas pelos parlamentares em relação ao Ministério Público *antes* que elas sofram a influência dos múltiplos fatores que incidem sobre o processo legislativo, para investigar como o indivíduo parlamentar, o agente da representação política, tem “percebido” seus congêneres não eleitos na vigência da Constituição de 1988, e dessa forma verificar se prevaleceu em todo esse período a receptividade do novo modelo de MP por parte dos políticos, especialmente no que diz respeito à representação funcional.

Deixaremos, no entanto, de observar fatores como, por exemplo, características individuais do parlamentar — sexo, idade, grau de instrução, conhecimento jurídico etc. — que poderiam influir na sua atuação, particularmente na sua disposição quanto ao MP. O fato é que a inclusão desses aspectos demandaria uma análise cuja complexidade foge aos limites do presente ensaio. Ademais, não haverá prejuízo, na medida em que manteremos o foco na percepção genérica do legislador sobre o Ministério Público.

Por outro lado, a vinculação partidária do autor é um fator que pode ter significativo peso no direcionamento de uma proposta, e não pode deixar de ser considerada, se quisermos preservar a integridade de nossos argumentos, numa discussão que se faz no campo da ciência política. Testar a hipótese de que as proposições obedecem a uma orientação ideológica é necessário, e, portanto, vamos

fazê-lo, considerando para tanto, de forma mais condizente com a estrutura partidária nacional, não o partido do autor, isoladamente, mas sua pertença ou não à coalizão governamental no poder.

Essa abordagem garantirá maior “estabilidade” para a análise, dado que no período a que nos reportaremos (1988-2007) predominou a ausência da obrigação da fidelidade partidária, e não era incomum que políticos eleitos por um partido migrassem para outro — às vezes outros, sucessivamente — depois de empossados, migração essa, com poucas exceções, sempre dentro de um mesmo “eixo ideológico” (se é que nos tempos atuais ainda se aplica essa expressão).

Neste ponto, pode-se argumentar, e com razão, que frequentemente um parlamentar apresenta um projeto que não é dele, e sim de organizações com as quais ele tem vínculos. Isso não nos passa despercebido, e voltaremos a esse ponto nas conclusões. Por enquanto, cabe esclarecer que estamos considerando individuais as propostas subscritas por um parlamentar porque ela é assumida como tal por esse parlamentar (e pelo órgão legislativo a que ele pertence) no momento em que ele a assina. Nesse sentido, se houver mais de um autor, neste trabalho só o primeiro será considerado como tal.

3.2. Resumo dos argumentos em debate

Na literatura desenha-se certo consenso no sentido de que a Assembleia Nacional Constituinte, quando decidiu reforçar a “representação generalizada” — uma possibilidade que já vinha sendo experimentada há décadas, e com bons resultados no período pré-Constituição —, visava ampliar os meios de consolidação da nova democracia brasileira, buscando transpor o fosso que se construía entre a população brasileira e sua representação política, cujo histórico de percalços e cujas práticas pouco transparentes, frequentemente motivo de escândalos, implicavam crescente perda de credibilidade.

Ressalte-se que a representação política acolheu a representação funcional como aliada, moldando constitucionalmente arenas alternativas para o exercício da cidadania, para atender a uma soberania plural e complexa como a do Brasil contemporâneo. Tendo sido formatados para servirem também a esse fim, os órgãos do Judiciário e o Ministério Público foram assim autorizados a “fazer política”, aqueles moldando com

suas decisões a vida nacional e este atuando “na ponta”, na defesa de interesses estratégicos da sociedade.

Sociedades contemporâneas, soberania complexa, pluralidade de formas de expressão — é desse trinômio que resulta a combinação da democracia deliberativa com a democracia participativa. A cidadania política expressa-se pela representação eletiva, e a “cidadania social”, múltipla, plural e complexa, que abrange inclusive a política, pode recorrer às diversas instâncias de representação funcional legitimadas pela Lei Maior a tomarem em seu nome decisões que moldam o arcabouço normativo legal. Têm-se assim, citando mais uma vez Rosanvallon (2000), uma “dupla representatividade: a funcional, derivada das leis, sobretudo da Constituição, e a procedural, emanada diretamente do corpo eleitoral, a única reconhecida pela visão monista do político”.

Discutimos, em outra parte deste trabalho, o contexto em que se desenhou o atual modelo do MP, com sua ampla autonomia e grande discricionariedade. Vimos, em comparação com seus semelhantes no mundo contemporâneo, quão peculiar é o nosso *Parquet*, principalmente por sua atuação na área cível, com as novas atribuições que ele desempenha dentro do que se convencionou chamar de “representação funcional”. Sabemos que, pelo seu desenho institucional, o MP distingue-se ainda das demais instituições brasileiras, graças às suas características específicas, insculpidas no texto constitucional: unidade (os membros do MP constituem um só corpo, uma só vontade, de maneira que cada um deles é a instituição como um todo e sua manifestação vale como a manifestação do órgão); indivisibilidade (os membros da instituição podem substituir-se reciprocamente sem prejuízo do exercício das funções do órgão) e a independência funcional (os membros do MP não se subordinam intelectual ou ideologicamente a ninguém, inclusive ao seu superior hierárquico).

Esses “representantes não eleitos” da sociedade, que foram assim fortalecidos pelos próprios representantes eleitos, recrutados por meio de rigoroso concurso público de provas e títulos, provêm da elite intelectual brasileira, e a importância que eles próprios conferem à extensão de suas atribuições e prerrogativas para o fortalecimento da democracia no País evidencia-se na *homepage* da Procuradoria da República no Distrito Federal, que serviu de base para o breve histórico do MP apresentado no capítulo anterior, e cujo texto se abre com esta afirmação bastante significativa: “O Ministério Público é fruto do desenvolvimento do Estado brasileiro e da democracia”.

O mesmo texto encerra-se com uma inequívoca demonstração de autoconsciência do *Parquet* quanto ao alcance da sua missão constitucional:

O papel do MP não é de simples guardião da lei. Sua missão, embora inclua o aspecto da legalidade, vai além desse campo, abarcando a guarda da promoção da cidadania, da democracia e da justiça, da moralidade, além dos interesses da sociedade de uma maneira geral, como as etnias oprimidas, o meio ambiente, o patrimônio público e os direitos humanos, entre outros temas. (...) *Diferentemente do Judiciário — que atua mediante provocação — o Ministério Público pode agir por iniciativa própria, sempre que considerar que os interesses sociais estejam sendo ameaçados* (grifo nosso).

O trecho grifado traduz o peso da atuação do Ministério Público na tutela dos direitos difusos e coletivos, que, como já observamos, abrange quase todas as áreas do “mundo da vida”, em defesa, sem necessidade de provocação, do interesse da sociedade — uma sociedade que foi considerada “hipossuficiente” por 84% dos membros do MP entrevistados em *survey* realizado pelo IDESP em 1994. E, paradoxalmente, como já ressaltado, pesquisas realizadas por Sadek (2000) e Machado (2007) mostraram que grande parte deles responsabiliza os próprios legisladores que lhes concederam tantos poderes pelas dificuldades para a consecução do bem-estar social e para a consolidação da democracia brasileira, por omissão e inoperância.

Entretanto, não se fez até agora qualquer *survey* para investigar se, nessas duas décadas em que tais poderes vêm sendo exercidos pelos procuradores e promotores públicos, na percepção do político, do cidadão investido nas funções de representante político da sociedade, o MP ainda se mantém ou não como um aliado.

Parte da ainda tímida literatura na área apóia-se em legislações infraconstitucionais, editadas, em sua maior parte, na década subsequente à promulgação da Constituição, para concluir que há “indícios” da existência de uma “relação de complementaridade” entre os mandatários eleitos e os mandatários constitucionais no que se refere à representação popular, e omite-se no que se refere a um acompanhamento mais atento das iniciativas referentes ao MP, deixando de investigar se realmente o legislador absorveu essa “complementaridade” e até que ponto o fez.

É essa lacuna que este trabalho visa ajudar a preencher.

3.3. Perspectiva e critérios gerais da pesquisa

Bruno Amaral Machado (2007), após reexaminar as motivações conjunturais que justificaram o desenho do Ministério Público inserido na Constituição Federal de 1988, privilegiando não a forma de estruturação do MP, mas o processo histórico que levou a esse modelo, argumenta que ele é coerente com o “ideário político hegemônico” dos constituintes: “não foi fruto de acidente histórico, mas resultado da confluência de fatores estruturais e conjunturais favoráveis ao modelo autônomo” (Machado, 2007:328). Aos constituintes interessava a estruturação de um órgão forte o suficiente não só para garantir que os direitos consagrados na nova Carta se tornassem efetivos (Kerche, 1999) como também para ampliar a possibilidade de realização das “duas democracias” que o texto constitucional acolheu: a democracia participativa, ao lado da democracia representativa (Casagrande, 2007). É essa perspectiva que será aplicada neste estudo. Não se trata, portanto, de fazer uma discussão jurídica sobre o papel ou as atribuições do Ministério Público, não apenas por insuficiência de conhecimentos nesse campo como porque o debate que este estudo pretende levantar é de outra natureza, inserindo-se no campo da ciência política.

Werneck Vianna, Machado, Casagrande e outros enfatizam que o produto dessa democracia de duas faces é o atendimento mais eficaz dos anseios sociais, e os agentes que a realizam agem (preferencialmente) em cooperação mútua. Mas Sadek (2000) e Machado (2007) mostraram que, na visão dos membros do MP, essa relação não se molda pela cooperação. Pelo contrário, para eles os representantes políticos da sociedade deixam a desejar. O Poder Legislativo é acusado de inoperância e omissão e responsabilizado pela lentidão do desenvolvimento da democracia no Brasil. Dispusemo-nos então a investigar o que, por sua vez, pensam os representantes políticos a respeito do Ministério Público, isto é, como eles encaram o desempenho do MP em seu atual desenho constitucional; porém, dada a natureza restrita deste trabalho, como não seria possível abranger todo o conjunto dos políticos brasileiros, foi preciso definir uma “amostra representativa” deles, e a escolha recaiu sobre o conjunto dos Deputados Federais.

O recorte segue uma lógica simples, que é explorada por Miguel (2003)⁸⁴ em sua reflexão sobre o perfil da trajetória do político no âmbito nacional. Se considerarmos

⁸⁴ Miguel, Luís Felipe. *Capital político e carreira eleitoral: algumas variáveis na eleição para o Congresso Brasileiro*. Revista de Sociologia e Política, n° 20, junho de 2003.

que a carreira política brasileira se estrutura hierarquicamente, desde o cargo de Vereador, o mais baixo, ao de Presidente da República, o mais elevado, o posicionamento do cargo de Deputado Federal pode ser visto como estratégico. Os políticos “de carreira” normalmente vão galgando degraus, disputando alternada ou consecutivamente eleições proporcionais (para o Legislativo) e majoritárias (para o Executivo)⁸⁵. O cargo de Deputado Federal é justamente a “porta de entrada” do plano local/estadual para o plano federal — e, portanto, para o topo da hierarquia.

Infelizmente, o tema “carreira política” ainda não mereceu maior atenção no País. Os estudos nesse campo concentram-se nos mecanismos de escolha dos políticos⁸⁶, e não na estrutura da carreira. Assim sendo, na falta de estudos específicos, a escolha do grupo de políticos para esta pesquisa amparou-se tanto nessa consideração do posicionamento “estratégico” do Deputado Federal na carreira como também no fato de que, no plano federal, é ele que representa a população; ao Senado cabe a representação da Federação. Não menos importantes foram as razões materiais, fundadas na relativa facilidade de acesso aos dados referentes à Câmara dos Deputados.

Miguel (2003) observa também que nas eleições para a Câmara Federal em 1986, 1990, 1994 e 1998, num total de 2.016 Deputados, o percentual de eleitos “novatos”, ou seja, sem qualquer experiência prévia em cargo público, eletivo ou não, incluindo cargos “influentes” na vida pública das três esferas administrativas, como os de Secretário Municipal, Secretário de Estado e Ministro, cujas vinculações com o mundo político são inegáveis, foi decrescendo paulatinamente, de 34,8% na eleição de 1986 para 24,1% em 1998⁸⁷. A conclusão é de que para ingressar nessa Casa Legislativa é preciso deter suficiente “capital político”, conceito que Miguel toma emprestado de Bourdieu e adapta à realidade nacional para construir sua tipologia própria: o êxito do candidato vai depender de seu capital político, que pode ser tanto “delegado”, fruto de vínculos partidários construídos em trajetória anterior, como “convertido”, deslocado de outros campos simbólicos (o econômico, o esportivo, o cultural etc.) para o da política.

A preocupação de Miguel é chamar a atenção para a influência da mídia no processo de estruturação da carreira política no Brasil, mas para os fins desta discussão

⁸⁵ Há quem afirme que em todos os níveis a eleição proporcional serve como ponte para a eleição majoritária (que exige maior quantidade de votos), emprestando visibilidade ao futuro candidato ao Executivo, que seria a ambição normal do político brasileiro em geral (Samuels, 2003). Mas essa discussão não nos interessa aqui.

⁸⁶ Por exemplo, Nicolau (1999).

o que importa é que a maioria dos que ingressam na Câmara dos Deputados traz em sua bagagem alguma experiência de “vida pública”, política ou administrativa, e provavelmente terá tido de alguma forma um “contato prévio” com a atuação do Ministério Público. E se tal contato tiver, de alguma forma, influenciado sua trajetória, no plano pessoal, político, ideológico etc., ele provavelmente reagirá lançando mão dos meios institucionais de que passa a dispor como legislador para, por sua vez, influenciar a trajetória do MP. Mesmo porque, como notam Amorim e Santos (2002)⁸⁸, “supõe-se, corretamente, que a proposição de leis seja uma das atividades precípua do legislador. De modo que *todos os legisladores deveriam quase que igualmente ansiar por valorizar seu currículo com a promulgação de uma lei de sua autoria*” (grifo nosso).

Pelo motivo acima destacado, concluímos que poderíamos, com alguma segurança, supor que o conteúdo da proposta do legislador seja sempre coerente com sua percepção do tema que é focado nela. Nesse sentido, o modo como os projetos de legislação afetam o Ministério Público, ainda que de forma indireta, revela a predisposição dos seus proponentes relativamente àquele órgão. Evidentemente, dada a limitação constitucional de competências, a simples leitura das ementas dos projetos não seria suficiente para as nossas observações, principalmente em se tratando de leis ordinárias. Por razões que serão apresentadas mais adiante, só a leitura atenta da íntegra dessas proposições permitiria que avaliássemos o posicionamento do seu autor quanto ao nosso objeto. Essa foi a tarefa — de todo não casual — que encaramos.

Pelo exame das proposições que fazem alguma referência ao Ministério Público apresentadas na Câmara dos Deputados no período posterior à vigência da Constituição de 1988, buscamos, aplicando a metodologia da análise do discurso, verificar se a produção legislativa nesse período realmente pode, com segurança, ser considerada receptiva àquele órgão, ou se propostas restritivas têm sido apresentadas. Sob esse ângulo, para os efeitos da pesquisa, cada proposição equivale a um “questionário”, as respostas sendo dadas por aquilo que se propõe.

Procuramos construir um modelo de observação que nos permitisse também, no segundo caso, avançar um pouco no terreno das reflexões e arriscar algum diagnóstico sobre se isso acontece em reação a uma “invasão de competências”, ou simplesmente

⁸⁷ A pesquisa de Miguel indica também uma gradual “estabilização” da Câmara dos Deputados, com o percentual de reeleições seguindo uma trajetória crescente, de 45,2% em 1986 para 62,7% em 1998, considerando-se reeleições consecutivas ou não.

⁸⁸ Ver nota 7, na Introdução deste trabalho.

porque incomoda a atuação do MP na fiscalização dos políticos (o exercício da *accountability*).

Do mesmo raciocínio resulta também a seleção de um grupo mais restrito, porém significativo da população pesquisada — o universo dos políticos, neste trabalho representado pelos Deputados Federais —, o que é necessário, já que somente no período de 1988 a 1998 os integrantes da Câmara, conforme Miguel (2003), somaram 2.016. Nesse sentido, a seleção é automática, restringindo-se nossa população àqueles que efetivamente demonstram interesse no MP, a ponto de apresentarem propostas que o afetam.

3.4. Critério de seleção dos projetos

O art. 108 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) esclarece que a Casa “*exerce sua função legislativa* por via de projeto de lei ordinária ou complementar, de decreto legislativo ou resolução, além de proposta de emenda à Constituição” (grifo nosso)⁸⁹. Decretos legislativos são editados sobre matérias de competência exclusiva do Legislativo, entre as quais não se inclui o MP. Resoluções têm abrangência ainda mais restrita. Os outros tipos de proposições que compõem o processo legislativo, listados no art. 59 da Constituição — leis delegadas e medidas provisórias —, são instrumentos normativos privativos do Presidente da República, embora devam ser chancelados pelo Legislativo. Portanto, como parâmetro para avaliação da tendência do Deputado autor da iniciativa de regulação da vida social, as proposições que se prestam à análise, no caso em tela, são as referentes a emendas constitucionais, leis complementares e leis ordinárias⁹⁰, cuja iniciativa a Câmara compartilha com outros entes públicos.

É claro que, em se tratando da organização do MP, a iniciativa da proposta é exclusiva do Presidente da República, como estabelece a alínea “d” do § 1º do art. 60 da CF. Mas o parlamentar pode, ao propor a regulamentação de áreas específicas, “legitimar” (ou não) a atuação do *Parquet*, mesmo por lei ordinária. Como o que interessa aqui é avaliar o posicionamento do político individualmente, nesse sentido

⁸⁹ Os outros tipos de proposições (indicações, requerimentos, emendas e pareceres) que estão previstos no Regimento Interno não são incluídos no referido artigo como próprios do exercício da função legislativa pela Câmara.

todas as proposições apresentadas, independentemente de terem sido aprovadas ou não, adquirem sentido. O conteúdo das proposições aprovadas decerto aponta o posicionamento do Legislativo como instituição, mas não necessariamente o do político, já que no processo legislativo a aprovação de projetos depende de muitas variáveis, de diversos elementos que não um simples “posicionamento político”, a exemplo da influência que exercem nesse processo o “ativismo legislativo” do Poder Executivo, *lobbies* dos setores organizados da sociedade civil, imprensa e outros fatores que fogem ao escopo desta pesquisa. Mesmo “o tempo de permanência na Câmara e a ocupação de cargos no Legislativo e Executivo estão associados à capacidade dos deputados de fazerem aprovar seus projetos de lei” (Amorim e Santos, 2002).

As propostas de emendas à Constituição (PECs), de acordo com o texto constitucional, poderão ser apresentadas por qualquer das Casas do Legislativo Federal, com a assinatura de um terço de seus membros, pelo Presidente da República e pelas Assembléias estaduais, desde que reunidas mais da metade delas e com a assinatura da maioria dos membros de cada uma. Essas propostas seguem um rito de tramitação especial, descrito no art. 201 do RICD. Devem ser aprovadas por 3/5 dos membros de ambas as Casas em dois turnos de votação. Projetos de lei complementar (PLPs) também passarão necessariamente pelo crivo do Plenário e sua aprovação requer um *quorum* específico, constitucionalmente estabelecido (maioria absoluta de cada Casa).

Projetos de lei ordinária (PLs) podem ser apreciados conclusivamente pelas Comissões; só serão levados ao Plenário mediante requerimento subscrito por no mínimo um décimo dos membros da Casa. A iniciativa desses dois últimos tipos de proposições é compartilhada por Deputados e Senadores individual ou coletivamente, pelas Comissões e Mesas de ambas as Casas Legislativas, pelo Presidente da República, pelo Supremo Tribunal Federal, pelos Tribunais Superiores, pelo Procurador-Geral da República, cada um sobre matéria de sua competência, e ainda pelos cidadãos comuns, obedecidas as exigências processuais.

Neste trabalho, vamos limitar-nos ao exame dos projetos de lei ordinária⁹¹, que, embora tenham repercussão mais restrita no que diz respeito à estrutura do MP, por submeterem-se a menos imposições (regimentais e constitucionais) para apresentação e

⁹⁰ Neste ponto, é preciso ressaltar que também as emendas de Parlamentar a essas proposições podem conter propostas importantes, carregadas de significado para o nosso trabalho. Porém, um projeto pode receber tantas emendas que examiná-las caso a caso seria tarefa impossível de se realizar solitariamente.

tramitação, são em maior número, e prestam-se satisfatoriamente ao nosso objetivo, o de avaliar a receptividade do legislador à representação funcional, já que esses projetos guardam, no que diz respeito ao nosso foco de atenção, um (relativo) potencial de alteração da “realidade”, e nesse sentido podem ser considerados uma manifestação política “concreta” do parlamentar, constituindo, portanto, material condizente com nossos propósitos e válido para pesquisa.

5.5. Classificação dos projetos

Procuramos aplicar, na medida do possível, critérios objetivos na análise dos textos dos projetos. Nesse esforço, seguimos o seguinte percurso:

1- Identificamos a “intenção” do autor, com base em algumas expressões ou palavras-chaves, separando as proposições em três categorias: i - “positivas”, as que buscam reforçar de alguma forma a atuação do MP; ii - “restritivas”, as que visam impor limitações a essas restrições; e iii - “mistas”, as que têm reflexos simultâneos nos dois sentidos.

2- As proposições “positivas” foram, por sua vez, classificadas, conforme o “efeito” que produzem sobre as funções/atribuições ou a estrutura/organização do Ministério Público, nas seguintes subcategorias:

a) “ampliadoras”, quando buscam instituir procedimentos, instrumentos processuais, instrumentos materiais e outros recursos que de alguma forma potencializem a ação do MP;

b) “legitimadoras”, apenas aquelas que legitimam especificamente o exercício da representação funcional pelo MP, como titular de ação, nas áreas cível e trabalhista pelo *Parquet*; e

c) “ratificadoras”, as que legitimam sua atuação como fiscal da lei em geral, como titular da ação penal pública e nos demais casos, excluído os do item anterior.

Para manter a objetividade, as proposições “ratificadoras” mereceram um cuidado extra. Procuramos verificar se a menção ao MP era feita apenas em cumprimento de algum outro dispositivo legal pré-existente, não passando, portanto, de um imperativo de técnica legislativa, caso que não se pode pensar que o autor tenha

⁹¹ Não será possível incluir a análise dos PLPs e das PECs aqui; no entanto, o banco de dados que construímos contém também detalhes de todas essas propostas. Para obtê-lo, contate-se o CEFOR/Câmara dos Deputados.

alguma “intenção” quanto ao MP. Por exemplo, em alguns projetos, a menção ao Ministério Público pode resumir-se ao seguinte: “*O Ministério Público atuará como fiscal da lei*”. Ora, por força da Constituição (e pela “natureza” da instituição), o MP *sempre* atuará como fiscal da lei: “do ponto de vista constitucional [os integrantes do MP], em qualquer momento ou em qualquer área de atuação — cível ou criminal —, jamais deixam de fiscalizar o cumprimento e a aplicação da lei” (Oliveira, 2006)⁹². Nesse caso, a citação faz-se simplesmente por uma questão técnica e, portanto, não têm significado para a pesquisa. Assim sendo, proposições com tal perfil foram descartadas.

Quando constatada, porém, a existência de dois ou mais projetos exatamente sobre a mesma matéria os quais dão tratamento diferenciado ao nosso objeto, um (ou mais) “ratificando” na área legislada as funções do Ministério Público e outro(s) omitindo-as, ou remetendo a elas, mas com a imposição de alguma restrição (rito processual diferenciado, prazos constrictos), nesse caso, e somente nesse, aquelas proposições “ratificadoras” tornam-se significativas e foram incluídas na pesquisa, dado que nesse caso, e somente nesse, o autor do projeto “reconhece”, na regulamentação daquela determinada área de atividade, a atuação do MP, quando outros não o fazem.

Esse é o caso, por exemplo, dos muitos projetos sobre política agrícola, reforma agrária e desapropriação. Essas são áreas em que abundam propostas de regulação, e muitas delas sequer fazem menção ao MP, o que torna expressivas as que fazem⁹³.

4 - Na sequência, identificamos os “objetos” sobre os quais recai a “intenção” do autor, relativamente ao Ministério Público, dentro dos temas sobre os quais ele legislou ou tentou legislar. Realizamos um corte epistemológico para que fosse possível classificá-los de uma maneira que, mais uma vez foge, à linguagem do campo jurídico, mas se presta satisfatoriamente à linguagem do campo da ciência política. Esses “objetos” foram distinguidos em seis grupos:

I - “discricionariedade”: aqui, o termo mantém seu sentido lato, designando a ampla autorização conferida ao MP pela CF/88 para agir sem restrições e sem provocação, em muitos casos não havendo sequer a obrigatoriedade de ação (excetuando-se aí a de *custos legis*);

⁹² Oliveira, Maria Célia Néri de. *Por Dentro do MPF – O Ministério Público para Jornalistas*, 2ª edição: Brasília, 2006.

⁹³ Poder-se-ia argumentar que nesses casos, da mesma forma, aqueles projetos que não mencionam o MP adquiririam também um sentido oposto, de “restrição”, e não foram incluídos na pesquisa, o que pode ser interpretado como um problema. Mas não é, e nas conclusões mostraremos por quê.

II - “garantias”: designam “vantagens” pessoais de que desfrutam os membros do MP como tal — por exemplo, vitaliciedade, remuneração, direito à prisão especial etc. —, e também alguns direitos que compartilham como cidadãos;

III - “prerrogativas”: o significado do termo foi estendido, para abrigar tanto as “vantagens funcionais” do membro do MP, aquelas de que ele desfruta na execução de suas funções, tais como inamovibilidade, prazos privilegiados, acesso amplo a documentos e informações etc., como também suas atribuições privativas, a exemplo da iniciativa da ação penal;

IV - “instrumentos”: aqui, o termo refere-se a todo e qualquer recurso “material” que possa auxiliar ou potencializar a atuação do MP, como a colaboração de outros agentes, públicos ou privados, a criação de instâncias especializadas no tratamento de determinados temas (de delegacias a novas instalações do próprio MP), a criação de procedimentos ou ritos processuais que, mesmo não sendo da alçada exclusiva do MP, criam um “ambiente” favorável ao desempenho de suas funções, e assim por diante;

V - “participação” - diz respeito à inclusão do MP em novas frentes de atuação nas mais variadas áreas, como, por exemplo, em conselhos deliberativos e comissões executivas destinadas ao estudo das políticas públicas ou à gestão de fundos públicos;

VI - “representação” - diz respeito à atuação do MP como representante funcional da sociedade brasileira. E, como é essa a função do MP que é apontada na literatura como a potencial “ameaça” à representação política, a ela ficou reservada a subcategoria “projetos legitimadores”, para destacá-la dos demais “objetos” possíveis de legitimação, que foram remetidos à subcategoria “projetos ratificadores”;

5- Identificamos a área “afetada” pela proposição, distinguindo-as de acordo com os ramos do Direito a que se referem: cível, penal, trabalhista, fiscal e administrativa.

O quadro a seguir resume de forma simplificada o sistema de classificação.

Quadro de Classificação dos projetos

Quanto à intenção do autor	Quanto ao efeito	Quanto ao objeto	Quanto à área
Positivos	Legitimadores	representação	cível trabalhista
	Ratificadores	discricionariiedade garantias prerrogativas	cível trabalhista penal
	Ampliadores	instrumentos participação representação	fiscal administrativa
Restritivos		discricionariiedade garantias prerrogativas instrumentos participação representação	cível trabalhista penal fiscal administrativa
Mistos (positivos e restritivos)			cível trabalhista penal fiscal administrativa

3.6. Justificação da tipologia

A classificação dos projetos foi feita *a posteriori* da leitura dos textos, com base nas constatações imediatas que ela nos permite fazer. Nesse sentido, muitas foram as dificuldades encontradas para classificar as propostas.

Por exemplo, quando faz menção à representação funcional, a intenção do legislador é sempre legitimá-la, mesmo quando quer torná-la obrigatória, caso em que o resultado é uma limitação da discricionariiedade do MP, na medida em que não exista a obrigatoriedade de ação nessa área e ele, portanto, possa omitir-se de agir. Nesse caso, o projeto poderia ser classificado como “misto” — positivo quanto à representação e restritivo quanto à discricionariiedade.

Não é, porém, tão evidente essa classificação. Da perspectiva da nossa pesquisa, tornar obrigatória uma ação do Ministério Público tem maior alcance, no plano político, em termos de repercussão sobre o direcionamento da atuação do MP, do que apenas

legitimá-la, até porque, na ausência de restrições, essa ação poderia ser desenvolvida mesmo sem previsão em lei — embora eventualmente esteja sujeita a contestação judicial —, porque encontra amparo na Constituição. Por esse motivo, projetos com esse perfil foram classificados como “restritivos” (de discricionariedade).

Na medida em que nos deparamos com situações como a descrita acima, procuramos, na classificação, atentar para as expressões utilizadas pelo autor do projeto, buscando palavras-chaves que nos orientassem. Dessa forma, quando surgem no texto do projeto termos com sentido impositivo, como “obrigatoriamente”, “necessariamente”, “imprescindivelmente”, a intenção do autor é interpretada de forma restritiva, no sentido de que ele visa reduzir a discricionariedade do Ministério Público quanto às situações que pretende regulamentar, talvez para, dessa maneira, exercer algum controle sobre a atuação daquele órgão. Ressalte-se, mais uma vez, que a perspectiva desta pesquisa privilegia a interpretação política, e não jurídica, do texto da lei⁹⁴.

Nesse sentido, quanto à discricionariedade de atuação do MP, não há projeto que procure “ampliá-la” ainda mais. Ou se procura restringi-la, ou apenas reconhecê-la, pelo que, na categorização adotada, o projeto com esse perfil poderia ser classificado como “ratificador”. Por outro lado, a “ratificação” (a legitimação) da discricionariedade do MP em um texto legal pode ser interpretada como uma forma de ampliá-la⁹⁵, pela via do fornecimento de um diploma legal que a embase. Nesse caso, a classificação de “ratificador” não traduziria o alcance da proposta, que teria, pelo raciocínio que acabamos de apresentar, um sentido “ampliador”. Porém, tecnicamente, tais projetos ampliam não a discricionariedade (que pré-existe, por força de dispositivo constitucional), e sim instrumentos (previsões infraconstitucionais) para ampará-la. Por isso, para resolver o impasse, esses projetos foram classificados como “ampliadores de instrumentos”, categoria que, sob a perspectiva desta pesquisa, reflete com maior fidelidade seus efeitos ampliadores.

A hipótese de legitimação ficou reservada, como já ressaltamos, aos casos em que o legislador claramente concede ao MP autorização para atuar em defesa dos direitos de comunidades específicas, na tutela de seus direitos. As observações acima aplicam-se também a esse caso. Evidentemente, poderiam os projetos com essa intenção

⁹⁴ O esclarecimento faz-se necessário, haja vista que, do ponto de vista unicamente jurídico, tais projetos poderiam ter sido classificados como “ampliadores de participação”.

ser classificados tanto como “ratificadores”, já que a Constituição autoriza essa atuação, ou como “ampliadores de instrumentos”, pelos mesmos motivos expostos no parágrafo anterior. No entanto, para nossos objetivos interessa destacar a representação funcional. A subcategorização restrita a essa hipótese é, portanto, coerente com a nossa perspectiva, contribuindo para ressaltar o tema em foco sem comprometer a objetividade das observações.

Neste ponto, cabe um parêntese: observamos que, nos projetos referentes ao direito do trabalho, nem sempre o MP é “legitimado” como representante funcional do trabalhador. Nessa área, há projetos que pretendem limitá-lo à proposição de medidas penais por descumprimento de acordo coletivo, e isso ainda mediante provocação, o que interpretamos como uma “intenção restritiva de representação”.

As hipóteses de ampliação são bastante variadas, e em alguns casos vão além das funções “normais” do MP. Cite-se o PL 6.311/02, do Deputado Paulo Rocha (PT-PA), que “estabelece dentre os requisitos para habilitação de entidades como organizações sociais a aprovação do Ministério Público”, e da mesma forma determina que os contratos de gestão devem ser apreciados não só pelo Ministro de Estado da área correspondente à atividade como também pelo Ministério Público. Outro projeto concede autorização ao MP para “destinação de bens apreendidos a instituições beneficentes, em prol do interesse público” (PL 2.570, de 2007, do Deputado Walter Brito Neto, PRB-PB).

Na área penal, é muito comum a disponibilização de novos instrumentos (recursos materiais/processuais), ou a ampliação dos existentes, e a autorização para a execução de medidas penalizantes (multas, apreensão de bens etc.). Na área cível, ressalta-se a participação do MP na escolha de gestores públicos ou membros de conselhos deliberativos.

Por outro lado, há projetos que, em relação ao MP, quanto à intenção e quanto ao objeto da alteração, apresentam-se como “positivos” em mais de um aspecto, podendo ser simultaneamente “legitimadores” (de representação), “ampliadores” (de garantias, de prerrogativas, de instrumentos, de participação) e “ratificadores” (de garantias, de prerrogativas, de instrumentos, de participação), e da mesma forma podem ser “restritivos” em um ou vários sentidos (de garantias, de prerrogativas, de participação). Nesse sentido, torna-se necessária uma ressalva quanto à “objetividade”

⁹⁵ Agradecemos à Promotora de Justiça Maércia Correia de Mello, que nos chamou a atenção para esse fato.

da classificação, dado que, em determinados momentos, foi inevitável o recurso a critérios subjetivos para classificar algumas propostas. Assim, nos casos em que os projetos poderiam enquadrar-se em mais de uma categoria, procuramos, sempre com base em palavras-chave, classificá-los de acordo com a característica do projeto que parece ter mais “peso”, em termos de repercussões para o MP.

No entanto, identificar a “intenção prioritária” não é tão simples quando os projetos apresentam simultaneamente características “positivas” e “restritivas”. No caso de projetos que tornam obrigatória a atuação do MP em determinada área, como aqueles a que já nos referimos, com respeito à representação, e dos que exigem seu parecer em processos os mais diversos, como os de desapropriação — projetos que poderiam ser classificados como “ampliadores de participação” —, mantendo-se alguma objetividade, a interpretação dada foi a de que deveria prevalecer, para a classificação, a fixação da obrigatoriedade de atuação, que tem como resultado uma redução da discricionariedade do *Parquet*, o que é bastante significativo, mormente na ausência de restrição anterior quanto à participação do MP na área que o projeto regulamenta. Por isso, tais projetos foram considerados “restritivos” de discricionariedade.

Há, porém, projetos que abarcam “intenções” em sentido oposto com repercussão mais “branda” para o Ministério Público, sendo ao mesmo tempo “positivos” e “restritivos” de tal forma que não é possível “escalonar”, dar maior “peso” à repercussão de uma ou de outra intenção, sem aplicar um grau de subjetividade tal que arriscaria comprometer as observações. Por isso, visando reduzir a subjetividade na classificação, essas proposições foram enquadradas na categoria dos projetos “mistos”. É o caso dos projetos que buscam, de um lado, ampliar a atuação do MP, seja disponibilizando-lhe instrumentos (como o acesso irrestrito a documentos), seja ampliando-a (por exemplo, incluindo sua participação na escolha de gestores públicos), e, do outro, visam exercer algum controle sobre ela não pela obrigatoriedade de atuação (caso em que teriam sido classificados como restritivos de discricionariedade), e sim pela fixação de prazos ou de ritos processuais para essa atuação, sem esclarecer que sanções se aplicariam se desobedecidas tais imposições.

As situações de restrição também diferem bastante. Algumas não são tão evidentes, como as decorrentes de expressões do tipo “o Ministério Público intervirá nos casos previstos em lei”, que impõem a necessidade de existência de uma norma que regulamente a atuação do MP naquela área, sendo restritivas nesse sentido, dado que, na ausência da norma, a legitimidade dessa atuação é questionável. Por outro lado, a

dispensa de oitiva do *Parquet* em determinados processos é claramente uma forma de reduzir sua participação.

Outro exemplo de restrição é o estabelecimento de prazo (curto) para o pronunciamento do MP, findo o qual o processo seguirá seu curso mesmo que ele não se manifeste; e também — agora, no que se refere ao que foi classificado como “garantias” —, a proibição da participação do membro do MP em hastas públicas.

A imposição de determinados procedimentos pode ter como efeito a limitação da discricionariedade ou de prerrogativas, como no caso já referido do estabelecimento de prazos rígidos e da dispensa de oitiva caso não sejam cumpridos.

3.7. Aplicação da tipologia

Para maior esclarecimento, convém ilustrar com mais alguns exemplos os critérios adotados na classificação dos projetos. Citemos, por exemplo, o PL 1.011/2007, de autoria da Deputada Dalva Figueiredo, do PT do Amapá, que “veda o exercício da advocacia por juízes e membros do Ministério Público cuja conduta for considerada, em processo administrativo, civil ou criminal, negligente no cumprimento dos deveres do cargo, incompatível com a dignidade, a honra e o decoro das funções, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário ou do Ministério Público”. Esse projeto, que pretende impor uma sanção na vida privada ao membro do MP (e ao juiz) que descumprir suas funções públicas, foi classificado como “restritivo de garantias”, e, como visa regular a vida “privada” daqueles a que se refere, enquadra-se na área cível.

Exemplo de projeto “legitimador” de representação é o PL 7.699/2006, que cria o “Estatuto do Portador de Necessidades Especiais”, tratando do MP em capítulo específico (o Capítulo III), legitimando sua participação em defesa dos direitos da pessoa com deficiência com ampla discricionariedade, tanto em ações cíveis como em ações criminais e abrangendo por isso duas áreas, a cível e a penal.

Exemplo de projeto “ratificador” significativo é o PL 420/2007, do Deputado Vacarezza (PT-SC), que mantém a intervenção do MP nos processos de habilitação de casamento, ao passo que o PL 1735/07, que tramita em conjunto com ele, dispensa essa intervenção.

Já o PL 624/1999, do Deputado José Roberto Batochio (PDT-SP), que “dá nova redação ao inciso IV do art. 41 da Lei nº 8.625/93 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e ao § 1º do art. 370 do Decreto-lei nº 3.689/41 — Código de Processo Penal, estabelecendo que o Ministério Público e o defensor nomeado *serão intimados pelos mesmos meios processuais utilizados para as demais partes*” (grifo nosso), é um projeto que claramente visa à restrição de prerrogativas do MP, com reflexos nas áreas administrativa e penal.

Por sua vez, o PL 716/1995, do Deputado Domingos Dutra (PT-MA), que “inclui dentre as competências do Ministério Público a intervenção em todas as fases processuais que envolvam litígios coletivos pela posse da terra urbana e rural”, é um dos que demandaram cuidado especial na classificação. Foi, no entanto, considerado um “projeto restritivo” porque, mais do que legitimar o exercício da representação dos interesses dos envolvidos no litígio pelo MP, restringe sua discricionariedade, tornando obrigatória sua participação em todas as fases processuais. Esse projeto é um dos que foram transformados em norma jurídica (Lei nº 9.415/96).

Outro exemplo, esse de autoria do Poder Executivo, é o PL 3.712/1993, que “dispõe sobre a repressão ao abuso do poder econômico e a defesa da concorrência, autorizando a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE em autarquia”, e altera a redação da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública). Ele foi classificado como “ampliador de instrumentos”, porque reforça com um texto legal a discricionariedade de atuação do MP. Esse projeto também foi transformado em norma jurídica (Lei 8.884/94).

Alguns projetos têm significado especial, seja por sua abrangência, seja por representarem um marco na atuação do Ministério Público. É o caso do PL 515/1991, do Poder Executivo, que foi transformado na Lei 8.625/93 e que “institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, e dá outras providências”. Esse projeto ratifica as garantias e prerrogativas constitucionais do MP, mas, ao mesmo tempo, restringe sua discricionariedade, estabelecendo alguns mecanismos de controle sobre sua atuação, ainda que tímidos (mas certamente mais abrangentes do que os do projeto original, elaborado pela CONAMP). Foi por isso classificado como “misto”.

Merece destaque também o PL 3.683/1989, do Deputado Jutahy Magalhães (PMDB/BA), que foi transformado na Lei 8.078/90 (Código do Consumidor), altamente “positivo”, pois legitima a atuação do MP com ampla discricionariedade como

representante funcional da sociedade, criando inclusive, como observado anteriormente, uma nova categoria de direitos/interesses, os “individuais homogêneos”, para ser tutelada pelo *Parquet*.

3.8. Desenvolvimento da pesquisa

Solicitamos ao Centro de Pesquisa e Documentação da Câmara dos Deputados uma relação das propostas, entre projetos de lei ordinária (PLs), projetos de lei complementar (PLPs) e propostas de emendas à Constituição (PECs), contendo alguma referência ao Ministério Público em geral, ou a um de seus ramos, apresentadas na Casa no período de novembro de 1988 a dezembro de 2007. Foram recuperadas um total de 383 propostas. Desse total, 310 são PLs, 52 são PLPs e 21 são PECs. Pelos motivos já expostos, apenas as primeiras serão analisadas neste trabalho.

Note-se que o único critério de seleção aplicado pelo CEDI foi o de que na indexação dos projetos constassem os termos “Ministério Público”. Não restringimos a pesquisa às propostas de iniciativa de parlamentar para permitir uma comparação das “percepções” dos atores políticos que detêm a iniciativa de projetos de lei nessa área: o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o próprio Ministério Público — com destaque para o primeiro, que, assim como o parlamentar, exerce a representação política da sociedade.

O próprio volume de 310 PLs recuperados já fornece um dado significativo para a pesquisa, principalmente considerando-se que 231 são de parlamentar, um número que pode ser interpretado como reduzido não só em comparação ao número de integrantes da Casa que se sucederam ao longo desses anos (lembrando que a estimativa de Miguel é de 2.016 Deputados apenas para o período de 1986 a 1998) como também em face do volume da produção legislativa desse período.

De fato, uma pesquisa rápida no *site* da Câmara dos Deputados mostra que, no que se refere a projetos de lei ordinária, entre 1989 e 2008 entraram em tramitação na Câmara dos Deputados 32.457 proposições (média de 1.708,3 por ano), sendo que o ano de maior volume de projetos apresentados foi o de 1989, logo após a promulgação da Constituição, quando entraram em tramitação 3.117 projetos, e o de menor produção o de 1994, o último do governo Franco, quando “apenas” 509 projetos começaram a tramitar. Se aplicarmos a esses projetos aproximadamente o mesmo percentual (74,51%) que encontramos na relação dos referentes ao MP como de autoria de

parlamentar, chegaremos a uma média de aproximadamente 1.272 novos projetos de parlamentar por ano.

Evidentemente, estamos fazendo observações sobre um assunto sobre o qual os Deputados têm competência legislativa restrita, e por isso, em se tratando de projeto de lei, como já ressaltamos, abordarão (se o fizerem) o *Parquet* de maneira “oblíqua”, citando-o no corpo de um texto que visa à regulamentação de determinada área da vida em sociedade.

Neste ponto, voltemos aos achados de Amorim e Santos (2002) sobre o perfil das propostas de parlamentares. Esses autores relatam que entre elas predominam largamente, perfazendo cerca de 50%, as do tipo social/nacional (códigos, direitos de minorias, salário mínimo, educação, saúde e segurança). A referência ao *Parquet* em projetos com esse perfil, além de cabível, tem caráter “legitimador”, indicando que o legislador visa dirimir quaisquer dúvidas quanto à legitimidade da representação funcional nessa área específica. Assim sendo, o MP poderia ser citado em cerca da metade dos projetos de membro do Legislativo, que, segundo Santos e Amorim, dedicam-se àquelas áreas em que pode haver conflitos envolvendo particularmente uma espécie de direitos ou interesses — os individuais homogêneos —, para cuja tutela a legitimidade do Ministério Público vem sendo objeto de questionamento junto aos Tribunais Superiores, tendo sido, por exemplo, negada pelo Supremo Tribunal Federal para impetrar ação civil pública em defesa dos direitos do contribuinte, e pelo Superior Tribunal de Justiça para impedir aumentos de mensalidade escolar, entre outros exemplos⁹⁶.

Quanto aos assuntos de ordem econômica e financeira, Santos e Amorim apontam a preponderância do Executivo, em função da distribuição constitucional de competências. Os projetos do Legislativo não têm reflexos significativos nesses setores. O que se observa é que “a legislação [produzida pelo Legislativo] não implica a mudança do *status quo* em termos de política econômica, tributária ou de distribuição de renda (...), não tem a característica de um programa amplo de políticas públicas, mas, sim, a de *intervenção em questões tópicas pertinentes à vida cotidiana do cidadão comum*” (Amorim e Santos, 2002, grifo nosso).

Ou seja, embora tenham abrangência nacional, os projetos de parlamentar não alcançam questões “estruturais” (financeiras, tributárias etc.), mas apenas questões

⁹⁶ Consultem-se Benavides (2002) e Almeida (2003) na revista eletrônica *Jus Navegandi* (<http://jus.uol.com.br>)

pontuais da vida civil. E os projetos de lei examinados têm esse perfil. É na regulamentação dessas “questões cotidianas” que o legislador faz (ou não) referência ao MP. A menção ao *Parquet* em projetos de autoria de parlamentar aparece no bojo da regulamentação principalmente de setores da área social, e também, com frequência, de questões de direito penal. Coerentemente, mais uma vez, com as observações de Santos e Amorim (2002), os projetos de autoria do Poder Executivo mostraram concentrar-se nas questões econômicas e, ainda por uma questão de competência constitucional, nas questões administrativas.

Entre 1989 e 2007, a média de projetos com referência ao MP é de aproximadamente 12, ou 1% da média do total de apresentados. Esse número, isoladamente, não significa muito. Porém, ao se considerar que em quase 50% deles, qualquer que fosse a matéria social que desejasse regulamentar, o legislador poderia ter feito essa referência, mormente se desejasse legitimar o papel do *Parquet* na representação, já se poderia preliminarmente inferir que, individualmente, os Deputados não mostram tanto interesse em reforçar a atuação do Ministério Público, pelo menos não nessa área — a da representação. Evidentemente, antes de abraçarmos essa conclusão, é preciso examinar outros aspectos, e é o que procuraremos fazer aqui.

Quanto à abrangência dos textos, a ideia era incluir na pesquisa apenas aqueles projetos de cunho nacional, ou pelo menos regional, que caracterizam a atuação de um representante político da população no plano federal — mas todos os projetos de lei recuperados enquadraram-se nesse critério. Isso parece confirmar o diagnóstico de Amorim e Santos (2002) de que, a despeito da baixa participação dos parlamentares (e de comissões parlamentares) na autoria de leis ordinárias, tendo-se limitado a 14% no período de 1989 a 1998 (Figueiredo e Limongi, 1999), as leis de iniciativa do parlamentar federal têm abrangência nacional. No nosso caso específico, todos os projetos tinham essa abrangência.

Além dos aspectos referentes ao nosso sistema de classificação, outros elementos permitem que se avalie o interesse que a iniciativa de um legislador desperta entre seus pares. Portanto, para apoiar nossa análise, registramos também as seguintes informações:

1) a situação em que se encontrava o projeto em 31 de dezembro de 2008: se ativo, com o detalhamento do estágio (apensado, pronto para a pauta, aguardando parecer, aguardando constituição de comissão especial etc.); se inativo, com o detalhamento do motivo do arquivamento (rejeição pelo voto, parecer pela injuridicidade,

inconstitucionalidade ou má técnica legislativa, prejudicialidade em face da aprovação ou da rejeição de proposta idêntica etc.); se transformado em norma jurídica; se vetado totalmente;

2) o regime de tramitação que lhe fora imprimido: se ordinário, especial, de prioridade ou de urgência.

3) a coalizão governamental que estava no exercício do poder à época da apresentação do projeto⁹⁷;

4) o pertencimento ou não do autor a essa coalizão;

5) o órgão de deliberação (se Comissão ou Plenário);

6) a data da última ação referente à tramitação do projeto;

7) o ramo do MP que é afetado pelo projeto.

Muitas dessas informações não foram exploradas neste trabalho, em que somente são comparados, além dos dados referentes às características dos projetos, aqueles dos grupos 1, 3, 4 e 7, listados acima. Entretanto, todas elas constam do extenso banco de dados que construímos e, oportunamente, permitirão que se amplie o escopo da pesquisa.

3.9. Análise dos projetos

Certamente o número de projetos é menos relevante do que seu conteúdo; um projeto que limite inteiramente a atuação do Ministério Público, como é o caso do PL 267, de 2007, sobre a responsabilização do uso das ações constitucionais, ou que amplie consideravelmente, a exemplo do PL 3.683/89 (transformado no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 1990), que estende a tutela pelo MP a uma nova espécie de interesses, terá mais “peso” do que inúmeros assemelhados menos abrangentes. Porém, para se verificar a tendência genérica do legislador, o número de proposições adquire significado.

A Tabela 1 mostra a situação em que se encontravam no final de 2008 os 310 projetos de lei com referência ao MP que entraram em tramitação na Câmara dos Deputados depois da promulgação da Constituição até dezembro de 2007. Pouco mais da metade desses projetos — 55,48% — foram arquivados. Foram aprovados 43 projetos, ou 13,87%.

Na verdade, mais dois projetos foram aprovados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal e enviados à sanção presidencial, mas foram totalmente vetados pelo Presidente da República, e os vetos foram mantidos pelo Congresso. São eles: o PL 1407/88, do Deputado Mauro Benevides (PMDB-CE), que “dispõe sobre as fundações de apoio às instituições federais de ensino superior”, ampliando os instrumentos à disposição dos MPEs na área fiscal, e que seguiu tramitação ordinária, tendo sido apreciado pelo Plenário; e o PL 3099/89, do Deputado Raimundo Bezerra (PMDB-CE), que “dispõe sobre a Lei Orgânica da Assistência Social”, refere-se à atuação do MP na área cível e legitima suas funções de representação funcional, seguiu tramitação ordinária e foi apreciado conclusivamente pelas Comissões. Esses projetos são listados na tabela como em “situação especial”.

Cabe lembrar que entre os projetos que ainda se encontravam em tramitação no final de 2008 — aproximadamente um terço do total — figura o já comentado PL 267/07, do Deputado Paulo Maluf.

Preliminarmente, observamos que entre os (relativamente) poucos projetos que fazem menção ao MP, dado o percentual dos que poderiam fazê-la (ver seção anterior), verifica-se o arquivamento por prejudicialidade em face da aprovação (ou rejeição) de proposta de idêntico conteúdo normativo que não menciona o *Parquet*. Diante disso, poderíamos ter sido levados a suspeitar que os parlamentares estariam, na regulação de certas políticas sociais, preferindo não remeter ao Ministério Público.

De fato, no caso dos PLs 3.031, 3.388 e 3.399, de 1998, todos referentes à política agrícola e com previsão de participação do Ministério Público, foram prejudicados pela aprovação do PL 4.086/89, transformado na Lei 8.171/91, que não faz menção ao MP, quando, independentemente da orientação do texto da lei, ela poderia ter sido incluída por emenda de parlamentar.

Há, porém, pelo menos um caso em que detectamos que a prejudicialidade se deu pela transformação em lei de um projeto que a pesquisa não recuperou, porque sua ementa faz referência ao Código de Processo Civil e não remete ao Ministério Público. Trata-se da Lei nº 9.415, de 1996, que altera o inciso III do art. 82 do CPC, estendendo a presença do MP às “ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

⁹⁷ Agradecemos à Profª. Dra. Argelina Figueiredo a gentileza de nos ceder sua lista das coalizões governamentais que se sucederam no período de 1986 a 2007.

Portanto, teremos de ser cautelosos nas nossas observações, haja vista que nesta pesquisa enfrentaremos dois problemas: primeiro, o de que as alterações feitas por uma única proposta tenham muito mais “valor” do que a quantidade de projetos que são apresentados; segundo, o de que os critérios de seleção desses projetos tenham levado a uma limitação indevida do objeto observado.

Tabela 1: Situação dos projetos em 31/12/2008

Arquivados	172	55,48%
Em tramitação	93	30,00%
Em situação especial	2	0,65%
Transformados em norma jurídica	43	13,87%
<u>Total</u>	<u>310</u>	<u>100,00%</u>

Lembremos mais uma vez que, em face da amplitude de atuação do Ministério Público, os projetos de lei ordinária poderiam citá-lo, ainda que de forma “enviesada” (isto é, secundária), na regulamentação das mais diversas áreas — administrativa, econômica, social etc. Em face disso, e dado o volume de proposições que entraram em tramitação na Câmara no período avaliado (novamente, ver seção anterior), chama a atenção que tão poucos lhe façam menção.

Se considerarmos o amplo espectro das funções constitucionalmente atribuídas ao MP, que, como já observamos, abrangem praticamente todas as áreas da sociabilidade, seria de se esperar que houvesse mais propostas de regulamentação dessas funções no plano infraconstitucional, especialmente no plano da representação funcional, fosse para “legitimá-la”, evitando controvérsias jurídicas, fosse para “restringi-la”, evitando situações “anômalas”, dependendo do modo como o legislador perceba essa questão.

Duas hipóteses podem ser aventadas para explicar o “modesto” número de proposições com menção ao *Parquet*. Uma é a de que, especificamente no que se refere ao Ministério Público, o legislador, considerando suficiente o arcabouço legal existente, simplesmente espera que eventuais questionamentos em relação a esse órgão se resolvam no Judiciário; pelo menos nesse campo, portanto, a tradição jurídica brasileira de normatização abundante, apontada por diversos autores (ver capítulo anterior),

estaria sendo superada. A outra é a de que o legislador não detenha suficiente conhecimento sobre as situações em que pode citar o MP, e assim evite fazê-lo. Seja por satisfação, seja por desinformação, ambas as hipóteses convergem para aquela da seção anterior, referente a um certo “desinteresse” do legislador quanto ao Ministério Público, ao contrário do que aponta parte da literatura.

A primeira hipótese talvez se sustente em relação ao legislador em geral; a segunda, evidentemente, cai por terra quando se trata de projetos do Executivo, sabidamente elaborados por equipes técnicas altamente especializadas. Precisamos então separar os projetos por autoria, para pisar em terreno mais sólido, antes de chegar a qualquer conclusão.

Tabela 2: Projetos de lei por autor

Iniciativa	Apresentados		Transformados em lei	
Deputado*	231	74,51%	12 (16,1%)	27,91%
Legislativo**	15	4,80%	3 (20,0%)	6,98%
Executivo	47	15,16%	17 (36,2%)	39,53%
Judiciário	7	2,26%	4 (57,1%)	9,30%
MP	10	3,23%	7 (70,0%)	16,28%
<u>Total</u>	310	100,00%	43 (100,0%)	100,00%

*Consideramos autor o primeiro signatário do projeto, ainda que haja coautores ou que o projeto seja de Comissão da Câmara.

**Projetos provenientes de Comissão da Câmara ou do Senado Federal.

Na Tabela 2, vemos a distribuição dos projetos de lei por autoria. Como vemos, os Deputados dominam, seguidos de longe pelo Executivo. Estando nela listados todos os “tipos” de legislador, incluímos também o percentual de aprovação de projetos que cada um alcança, para verificar o grau de receptividade que obtêm dos parlamentares as propostas dos demais atores — especialmente as daquele que exerce a “face funcional” da representação social —, que, nesse caso, pode ser medido com base na sua aceitação pela coletividade política.

É interessante notar que, quanto ao percentual de aprovação, inverte-se a relação: o Executivo é o autor de 39,53% dos projetos aprovados, e aprovou 36,2% dos que apresentou; os Deputados detêm a autoria de 27,9% do total de aprovados, e aprovaram apenas 16,1% dos que apresentaram. Mesmo somadas as iniciativas de

colegiados do Legislativo, ou seja, os projetos que não têm autoria individual identificada, a relação permanece a mesma.

Em termos de percentual de aprovação, o Judiciário (com 57,1% de projetos aprovados) e o Ministério Público (com 70%) têm um desempenho consideravelmente superior. Esses atores, que detêm constitucionalmente a iniciativa da proposição de leis com direta e imediata repercussão sobre a atuação do Ministério Público, fazem poucas propostas que, no entanto, obtêm esse alto índice de aprovação, com grande destaque para o *Parquet*, que conseguiu a transformação em lei de sete das dez propostas apresentadas, ressalvando-se que as três restantes ainda estão tramitando, ou seja, não foram rejeitadas.

É claro que os projetos do Ministério Público — assim como os do Judiciário — são, via de regra, de cunho administrativo, visando à remuneração ou à criação de cargos, carreiras de apoio administrativo, representações regionais, estruturas materiais etc., mas não deixa de ter significado o grau de aprovação dessas propostas para esta pesquisa, já que, na tipologia que adotamos, elas traduzem-se ou na “ampliação de prerrogativas”, ou na “ampliação de instrumentos”, e, assim sendo, sua aceitação sugere uma predisposição favorável dos políticos quanto ao MP.

Ressalte-se que, no que se refere ao tratamento do MP, a *performance* do Executivo não se deve apenas ao seu predomínio sobre a agenda do Legislativo. Ocorre também por uma questão de competência constitucional. O Executivo detém a iniciativa das questões administrativas (criação de órgãos, alteração de funções etc.); ao parlamentar resta a regulamentação das atribuições do *Parquet*, podendo “legitimá-las” ou “dificultá-las” com o estabelecimento de ritos processuais no bojo de legislações de conteúdo mais amplo.

Apesar de os Deputados terem apresentado a maior quantidade de propostas com referência ao Ministério Público, esse número, como observamos anteriormente, é bem menor do que se esperaria, comparativamente ao volume de projetos que eles produzem, considerando-se que cerca da metade deles são voltados para a área social. Para tentar explicar o motivo, retornemos às duas hipóteses aventadas em relação à tabela anterior, agora com um escopo mais restrito:

a) a maioria dos Deputados que exerceram mandato nesse período estava satisfeita com a atuação do *Parquet*; nesse caso, a omissão reforça a conclusão de Werneck Vianna quanto à boa receptividade pelo político da representação funcional;

b) a maioria dos Deputados que exerceram mandato nesse período não possuía suficiente conhecimento sobre essa atuação para propor alterá-la. Isso pode dever-se ao fato de que o número de ingressos “novatos”, apesar de decrescente, ainda é alto. Se for esse o caso, então fica prejudicado um dos critérios sobre os quais nos apoiamos para a escolha dessa população como representativa do universo dos políticos, o da “experiência prévia” de contato com o MP no plano local.

Neste ponto, cabe uma terceira hipótese, que não diz respeito à renovação, à especialização ou à profissionalização dos parlamentares⁹⁸. Ocorre que eles, diferentemente dos burocratas do Executivo, não dispõem de estrutura técnica para dar tratamento adequado a todos os assuntos, particularmente aqueles mais específicos, como política agrícola, política educacional etc., para os quais o Executivo conta com seus respectivos Ministérios, cujo “capital” técnico os consultores legislativos não conseguem superar. Nas conclusões, voltaremos a esta questão.

A Tabela 3 mostra a classificação dos projetos de lei que entraram em tramitação na Câmara dos Deputados no período outubro de 1988 a dezembro de 2007, conforme a tipologia que adotamos.

Tabela 3: Características dos projetos

“Positivos” (“ampliam”, “ratificam” ou “legitimam”)	253	81,61%
“Restritivos” (“restringem”)	39	12,58%
“Mistos” (“restringem” e “ratificam” ou “legitimam” ou “ampliam”)	18	5,81%
Total	310	100,00%

Numa abordagem superficial, essa distribuição é bastante animadora. Como vemos, a grande maioria das propostas que fazem menção ao MP são “positivas”, ou seja, buscam reforçar sua atuação. Mas, evidentemente, ainda é preciso verificar outros aspectos, antes de chegar a qualquer conclusão.

Já ressaltamos que as amplas atribuições do Ministério Público não podem ser tratadas de modo genérico em um projeto de lei ordinária. Isso, por um lado, pode

⁹⁸ Mais uma vez, agradecemos a Pedro Robson Neiva por nos chamar a atenção também para este ponto.

influir na autoria de tais projetos, explicando por que parlamentares, individualmente, proponham menos projetos dessa natureza. Por outro lado, já observamos que a amplitude de atuação do MP permite sua citação nas mais diversas proposições. Dessa forma, o autor de uma iniciativa, restringindo-se à regulamentação de uma matéria específica, pode voltar-se também para uma ou outra área também específica da atuação do *Parquet*, de acordo com o objetivo que almeja atingir. Assim, se a matéria versa sobre política econômica, podemos supor que se ressalte apenas a função de fiscal da lei (que, aliás, é incondicional). Se versa sobre política social, pode também conter referência ao papel de representante funcional. Se versa sobre política ambiental, pode conter essas e outras referências, caso se tipifique algum crime ambiental e se convoque o MP a exercer sua titularidade da respectiva ação penal. E assim por diante.

Examinemos mais de perto o perfil dos projetos “positivos” para ver qual é a função que os legisladores buscam reforçar, ou seja, qual é o “objeto” da proposição.

A Tabela 4 mostra que não se concentra na atuação do MP como representante funcional da sociedade a “motivação positiva” do legislador. Ao contrário, ela é tratada com timidez. No mais das vezes, cita-se o *Parquet* meramente por questões de técnica legislativa, apenas “ratificando” suas funções. Essa ação, como já observado, adquire um significado “positivo” apenas na medida em que existam outros sobre matéria idêntica sem qualquer menção ao MP, e só por isso projetos com esse perfil foram incluídos na pesquisa.

Verifica-se que parte significativa dos projetos “positivos” são meramente ratificadores (43,4%), a maior parte de prerrogativas, contra 31,6% de ampliadores, a maior parte de instrumentos, e apenas 15,8% voltam-se para a representação. Mas volume semelhante (53, aproximadamente 20%) dos projetos “positivos” almeja oferecer elementos de apoio para o Ministério Público “ampliando” os instrumentos de ação à disposição de seus membros. Isso pode ter repercussão na representação funcional e merece reflexão. Somados, os projetos “positivos” quanto à representação e quanto aos instrumentos de atuação do MP perfazem mais de um terço do total. Nas conclusões voltaremos a este ponto.

Na tabela, os subtotais referentes às subcategorias “legitimadores”, “ratificadores” e “ampliadores” foram destacados em negrito para facilitar a visualização dos dados. Os percentuais relativos incluem projetos de característica dupla, e isso pode tornar a tabela de difícil visualização. Pela tipologia aplicada, projetos de características duplas seriam apenas os “mistos”, e os “positivos” seriam

classificados pela característica dominante. Porém, nessa tabela incluímos características secundárias porque 14 projetos abordam dessa forma a representação funcional, e deixar de fazer tal registro poderia comprometer nossas observações. Por outro lado, fazê-lo só em referência a esse “objeto” certamente as comprometeria. Como os números absolutos mostram, não houve contagem dupla de projetos.

Tabela 4: Perfil dos projetos “positivos”

Intenção	Objeto	Apresentados		Percentual por objeto
“legitimadores”	de representação	40	15,80%	
“ampliadores”	de garantias	3		4,81%
	de instrumentos	53		72,12%
	de participação	13		16,35%
	de prerrogativas	7		6,73%
	total de “ampliadores”	80	31,60%	(100,00%)
“ratificadores”	de garantias	5		4,46%
	de instrumentos	0		0,00%
	de participação	2		2,68%
	de prerrogativas	103		92,86%
	total de “ratificadores”	110	43,40%	(100,00%)
“legitimadores”/“ampliadores”	de representação/de instrumentos	11		
	de representação/de participação	2		
	de representação/de garantias	1		
	total de legitimadores”/“ampliadores”	14	5,50%	
“legitimadores”/“ratificadores”	de representação/de discricionariedade	1		
	de representação/de prerrogativas	8		
	total de legitimadores”/“ratificadores”	9	3,50%	
“ampliadores”/“ratificadores”	de instrumentos/de prerrogativas	2		
	de participação/de prerrogativas	1	1,20%	
	total de “ampliadores”/“ratificadores”	3		
	Total geral	253	100,00%	

Um dado que contribui para fundamentar nosso raciocínio, quando nos apoiamos na “experiência prévia”⁹⁹, no possível contato “local” anterior do Deputado Federal com o MP, ao considerá-lo representativo da classe política para os fins da nossa pesquisa, é a frequência com que o MPE é citado nos projetos. É verdade que os textos que analisamos têm, como já observamos, abrangência nacional, mas a própria natureza da matéria vai remeter a um ramo específico do Ministério Público, que não necessariamente precisa ser, portanto, identificado na proposta. No entanto, o Ministério Público Estadual é especificamente referenciado em boa parte dos projetos. Consta-se que, a par da citação genérica do MP, que abrange a instituição como um todo, o MPE apresenta-se como alvo preferido dos projetos de parlamentar, conforme mostrado na tabela a seguir.

Tabela 5: Distribuição dos projetos pelo ramo do MP que é afetado

Ramo	de todos os autores		de parlamentar	
MP	120	38,71%	91	39,39%
MPU	17	5,48%	11	4,76%
MPF	43	13,87%	29	12,55%
MPT	31	10,00%	23	9,95%
MPM	3	0,97%	1	0,43%
MPDFT	3	0,97%	0	0,00%
MPE	93	30,00%	76	32,90%
Total	310	100,00%	231	100,00%

A tabela pode levar à conclusão de que a distribuição dos projetos por ramo é praticamente a mesma quando se consideram todos os autores, e de que isso, em princípio, “reduz” o peso do MPE nas propostas de parlamentar e remete à natureza/abrangência do projeto a explicação desses números. Mas, ao observarmos os números absolutos, desfaz-se essa impressão, mesmo porque entre os projetos de “todos os autores” incluem-se os de parlamentar, que somam 231 dos 310 examinados — a evidente maioria.

⁹⁹ A “experiência prévia”, como explicamos anteriormente, é uma hipótese relacionada ao posicionamento do cargo de Deputado Federal na carreira política (Miguel, 2003).

Destaque-se ainda que, desses 231 projetos de autoria de parlamentar, 183 foram classificados como “positivos”, 33 como “restritivos” e 15 como “mistos”, conforme a tabela a seguir:

Tabela 6: Perfil dos projetos de parlamentar

Categoria	Quantidade	Relação com o total
positivos	183	79,2%
restritivos	33	14,3%
mistos	25	6,5%
total	231	100,0%

O fato de que a grande maioria dos projetos de parlamentar seja favorável ao Ministério Público poderia confirmar a percepção de Werneck Vianna quanto à boa receptividade que a representação funcional exercida pelo MP tem merecido dos políticos. Mas isso não basta, pois, como mostra a Tabela 4, apenas 15,8% dos projetos “positivos” visam (prioritariamente) a essa atuação. Por outro lado, já temos base para supor que em geral os Deputados tendem a ver o *Parquet* como um aliado — mas não necessariamente um “aliado político”. Cabe desdobrar essa observação.

Como vimos no Capítulo II, uma crítica que se levanta contra o MP diz respeito à suposta ou alegada manipulação político-eleitoreira de suas prerrogativas, particularmente no que se refere à ação de improbidade administrativa. Se essa crítica tem fundamento, seria de se esperar uma concentração dessa tendência favorável em Deputados que não participassem do Governo. O raciocínio é simples: seriam esses os que teriam interesse em usar o MP como aliado na disputa com os detentores do comando governamental, que são, obviamente, os alvos de tais ações. Lembrando que a maioria dos projetos “positivos” visa exatamente ampliar os instrumentos de ação do *Parquet*, interessa verificar se há algum vínculo entre o *status* do partido do autor do projeto, de situação ou de oposição, e a “positividade” do projeto.

Essa relação é examinada na Tabela 7.

Tabela 7: Distribuição dos projetos de parlamentar relativamente a pertencer ou não à coalizão governamental no momento da apresentação

Membro de coalizão	Apresentados		“Positivos”		“Restritivos”		“Mistos”	
Sim	110	47,61%	83	45,35%	21	63,63%	6	40%
Não	121	52,38%	100	54,64%	12	36,36%	9	60%
Total	231	100,00%	183	100,00%	33	100%	15	100%

Constatamos, portanto, que o fato de pertencer ou não a partido da coalizão governamental não é estímulo significativo para a apresentação de propostas que se refiram ao MP; a autoria das que examinamos distribui-se equilibradamente entre as duas condições, com ligeira vantagem, não muito significativa (aproximadamente 5%), para os não integrantes de coalizão.

Entretanto, o exame do conteúdo das propostas dá apoio à hipótese de que partimos, na medida em que os projetos restritivos partem predominantemente de membros de partido da Situação. De cada três projetos restritivos, dois são de Deputados governistas. É verdade que os opositoristas apresentam, no total, uma quantidade apenas ligeiramente maior de propostas; no entanto, elas tendem a ser positivas. Voltaremos a este ponto nas conclusões.

É interessante observar que os projetos de iniciativa do Executivo, ou seja, da própria coalizão governamental, vão exatamente na direção oposta. A imensa maioria reforça o Ministério Público, como mostra a Tabela 8:

Tabela 8: Perfil dos projetos do Poder Executivo

“Positivos”	41	87,23%
“Restritivos”	4	8,51%
“Mistos”	2	4,26%
Total	47	100,00%

É preciso mais uma vez ressaltar que os projetos do Executivo, até por uma questão de competência constitucional, concentram-se nas áreas econômica e administrativa. No entanto, embora o dado não conste da tabela, sete desses projetos remetem à representação funcional. São eles: o PL 1.318/88, que “dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de

valores mobiliários”, transformado na Lei nº 7.913/89; o PL 1.446/91, que trata da improbidade administrativa, transformado na Lei nº 8.429/92; o PL 4.376/93, que “regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais”, transformado na Lei nº 11.101/05; o PL 4.864/94, que “dispõe sobre a proteção devida aos trabalhadores em todo o País”, retirado; o PL 4.893/95, que “institui a lei de processo do trabalho”, retirado; o PL 1.802/96, que “dispõe sobre o exercício do direito de greve”, ainda em tramitação; e o PL 5.076/01, que “dispõe sobre o processo judicial de dissolução de associações para fins ilícitos e de suspensão de atividades de sociedades de fato”, arquivado por injuridicidade.

Todos esses projetos legitimam a atuação do MP como parte nos processos que regulamentam. Se lembrarmos que esses projetos são assinados pelo Presidente da República, o mais alto representante político da sociedade, a “positividade” com que eles recepcionam o MP adquire um significado especial.

Note-se que cinco dos sete projetos do Executivo sobre representação se concentram no quinquênio 1991/1996, e nenhum deles é referente ao Governo atual. Neste ponto, vale a pena verificar se há algum vínculo entre a receptividade do Executivo ao Ministério Público e a orientação do Governo. Nesse sentido, a próxima tabela mostra a distribuição dos projetos por coalizão governamental.

Tabela 9: Projetos apresentados por coalizões governamentais*

Sarney (2)	7	14,89%
Collor (1 a 4)	8	17,02%
Franco (1 a 3)	9	19,15%
Cardoso (I 1 e 2; II 1 e 2)	21	44,68%
Lula (I 1 a 5; II 1 e 2)	2	4,26%
Total	47	100,00%

*Verifique-se em anexo, no final deste trabalho, a tabela das coalizões, gentilmente cedida pela Profª. Dra. Argelina Figueiredo.

A Tabela 9 mostra que, em relação ao *Parquet*, a iniciativa legislativa do Poder Executivo foi mais intensa nos dois Governos Cardoso. Ressalve-se que a “produtividade” dos Governos Cardoso se refere a um espaço temporal mais largo do que aqueles em que foi medida a das outras gestões, o que dificulta qualquer conclusão com base nesses dados. A par dessa limitação, notamos que as gestões Franco e

Cardoso (que somam aproximadamente dez anos, a metade do período que estamos observando) respondem por 30 (63,83%) dos 47 projetos apresentados entre 1988 e 2007 pelo Executivo; e, revendo o parágrafo anterior, percebemos que, entre esses 30, apenas 4 dizem respeito à representação. Como nessas duas gestões houve a implantação do Plano Real, que demandou uma série de regulamentações no plano econômico-financeiro, é lícito deduzirmos que a grande preocupação do Executivo quanto ao Ministério Público nesse período estivesse voltada para as áreas fiscal e penal, ou seja, aquelas ditas “tradicionalistas”, o que é compreensível.

Observe-se, apenas a título de curiosidade, que durante as três coalizões Franco, num período de dois anos, dois dos três projetos que remetem à representação funcional foram transformados em lei; nos oito anos em que se sucederam as quatro coalizões Cardoso, nenhum projeto que tivesse esse perfil foi transformado em lei. O terceiro projeto de autoria do Executivo que remete a essa área e virou norma jurídica, embora tenha sido apresentado pela coalizão Franco 3, adquiriu *status* de lei quando estava no exercício do poder a coalizão Lula I 3, em fevereiro de 2005 (ver a tabela das coalizões no Anexo I). É interessante também que apenas dois projetos apresentados pelas coalizões Lula (até 2007) façam referência ao MP, e sem remeter à representação.

Nesse sentido, as coalizões Sarney (2) e Franco (1 a 3) mostram a maior “positividade” no que diz respeito a esse instituto, o da representação funcional. Não só lhe dedicaram pelo menos um entre os projetos (respectivamente, 7 e 9) com menção ao *Parquet* que apresentaram, como na sua vigência foi aprovado pelo menos um projeto com esse conteúdo. Apenas essas gestões reúnem ambas as experiências (como vimos anteriormente, o projeto que trata da ação civil pública no âmbito do mercado de valores imobiliários é da coalizão Sarney, e foi transformado em lei no mesmo período).

Essas observações confirmam aquela que havíamos feito, no sentido de que a “positividade” dos projetos com referência ao MP não tem grande relação com o objeto do nosso questionamento, qual seja, a representação funcional. Isso já havia sido demonstrado na Tabela 8 e é reforçado pela tabela a seguir, que mostra as áreas afetadas pelas propostas:

Tabela 10: Distribuição dos projetos pela área de atuação do MP que é afetada

Área	de todos os autores		de parlamentar	
Cível	82	26,45%	71	30,73%
Penal	116	37,42%	86	37,22%
Trabalhista	28	9,03%	23	9,95%
Fiscal	42	13,55%	30	12,98%
Administrativa	18	5,81%	2	0,86%
Cível/Penal	10	3,23%	9	3,89%
Cível/Fiscal	11	3,55%	8	3,46%
Penal/Fiscal	3	1,32%	2	0,86%
Total	310	100,00%	231	100,00%

A área que é mais frequentemente afetada pelos projetos dos parlamentares é uma de atuação “tradicional” do Ministério Público, qual seja, a penal, a que remetem 37,22% das suas propostas. Esses projetos tratam de temas relacionados ao exercício privativo pelo MP da ação penal pública, abrangendo desde a composição do Conselho Penitenciário (é o caso do PL 2.619/07, em tramitação); a aplicação de medidas socioeducativas (como o PL 1.627/07, em tramitação); a execução penal (por exemplo, o PL 7.223/06, em tramitação); a prisão preventiva (PL 7.182/06, arquivado); e outros que tais.

A outra função “tradicional” do MP, a de *custos legis* (fiscal da lei), como garantidor do cumprimento da legislação, recebe comparativamente bem menos atenção (12,98% dos projetos de parlamentar) em projetos também bastante diversos, que tratam desde a destinação de bens apreendidos em decorrência de tráfico (veja-se, entre outros, o PL 2.570/07, arquivado) à fiscalização do trabalho (como o PL 6.759/06, arquivado), entre vários outros temas.

Esses números e a respectiva proporção permanecem praticamente os mesmos quando se consideram todos os autores. Somadas, as áreas tradicionais (penal e fiscal) concentram 64,2% da preocupação de todos os autores e 51,06% da dos políticos, com evidente destaque para a área penal.

A área fiscal aparece em plano secundário também em relação à cível, embora à frente da trabalhista, áreas que juntas concentram as funções de representação funcional. A explicação disso pode estar no direcionamento da proposta. Vimos que a

“positividade” geral dos projetos não está relacionada com esse instituto. Mas quando verificamos a distribuição dos projetos *restritivos* apresentados por parlamentares e pelo Executivo, vemos que, quando se trata de restringir, as áreas cível e trabalhista têm peso semelhante ao da área penal para os primeiros, como mostra a Tabela 11, e que a área cível é a que mais tem preocupado o Executivo.

Tabela 11: Distribuição de projetos restritivos/mistos por área de atuação do MP

Área	Autoria	
	de parlamentar	do Executivo
Cível	15	3
Fiscal	5	1
Trabalhista	4	0
Penal	23	1
Administrativa	1	1
Total	48	6

A tabela mostra que metade dos (raros) projetos restritivos apresentados pelo Executivo destina-se a essa área. É preciso examinar se isso tem algum significado transversal em relação ao tema em debate, qual seja a representação funcional, o que faremos mais à frente.

Um projeto de lei ordinária não pode, evidentemente, proibir o Ministério Público de fazer uso dos instrumentos processuais constitucionalmente postos à sua disposição, mesmo que em uma situação específica. Seria absurdo imaginar que se pretendesse proibir por lei ordinária o MP de impetrar ação civil para, por exemplo, exigir o cumprimento da lei que trata da acessibilidade das pessoas com deficiência por uma determinada instituição privada. Tal vedação seria inconstitucional. Nesse aspecto, o pronunciamento cabe aos Tribunais Superiores, no exercício da revisão constitucional. No máximo, pode-se responsabilizar o MP pelo uso de tais instrumentos, como o faz o PL 267/07.

Realmente, entre os projetos examinados, não há nenhum que busque, na classificação adotada, “restringir instrumentos” ou “restringir a representação”. Instrumentos sempre se “ampliam” ou se “ratificam”, representação sempre se “legitima”. Os objetos de restrição serão sempre a “discricionariedade” (pela imposição da obrigatoriedade de ação, pela imposição de formas de controle de atuação), as

“prerrogativas” (pela imposição de ritos processuais restritos, prazos e outras limitações) e a “participação” (por exemplo, pela dispensa da oitiva do MP em processos nos quais anteriormente era prevista).

No entanto, sem dúvida o já citado PL 267, de 2007, do Deputado Paulo Maluf, tem consequências tanto no sentido de “restringir instrumentos” como no de “restringir a representação”. Na prática, certamente será esse o seu efeito, muito embora, tecnicamente, dentro da tipologia aplicada, o que ele propõe seja a restrição de prerrogativas, no momento em que se impõem sanções até então inexistentes para o “uso indevido” dos instrumentos constitucionais pelo MP. Não estar sujeito a sanções que tais é uma prerrogativa do Ministério Público, no sentido que esse termo assume neste trabalho. Esse, porém, é um caso em que os desdobramentos da proposta se sobrepõem à intenção “objetivamente” manifestada pelo seu autor e considerada para a classificação. Um projeto como esse terá evidentes consequências sobre todas as legislações já aprovadas que amparam a representação funcional, no sentido de inibir seu exercício. Esse aspecto é importante e necessariamente terá de ser explorado quando apresentarmos nossas conclusões.

Por outro lado, apesar de a “atual tendência da jurisprudência de reconhecer como legítima a atuação do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos com repercussão social” (Werneck Vianna e Burgos, 2002), o Supremo e o STF podem considerar ilegítimo (e já o fizeram em pelo menos duas situações) o exercício pelo MP da representação funcional em conflitos que envolvem tais direitos, na existência de previsão legal que o ampare. Assim, quando o legislador se omite, indiretamente essa omissão tem o efeito de “restringir a representação”, na medida em que permite que ela permaneça como objeto de controvérsias legais. Voltaremos a este ponto também.

Já foi observado que um projeto que “restringe a discricionariedade” do MP, obrigando-o a atuar quanto a uma questão específica — digamos, em processos de desapropriação de terras para fins de reforma agrária — é restritivo nesse sentido, e foi assim classificado no modelo que adotamos porque consideramos que, numa proposta com essas características, se não há restrições para o exercício da representação, a tentativa de “controlar” pela obrigatoriedade a atuação do MP é o movimento mais significativo, mas o efeito dessa imposição, no que tange à representação funcional, é “legitimador” e mesmo “ampliador” (de instrumentos). Este ponto merecerá comentários nas conclusões.

Tabela 12: Distribuição de projetos restritivos/mistos por objeto

Objeto da proposta	de parlamentar	do Executivo
Discricionariiedade	27	4
Prerrogativas	18	2
Participação	3	0
Total	48	6

Constatamos, na Tabela 12, que justamente a discricionariiedade é o objeto mais frequente das propostas restritivas de autoria de parlamentar, presente em todas as que se voltam para a área cível, para a área trabalhista e para a área fiscal, e ainda em três que versam sobre a função do *Parquet* na propositura da ação penal. Na verdade, dos 48 projetos de parlamentar “restritivos”, 20 deles (os 15 da área cível e os 5 da área trabalhista, listados na tabela anterior) são “positivos” no que se refere à representação funcional.

Mais ainda: consultando a Tabela 13, vemos que esses projetos visam aos MPEs, impondo-lhes a obrigatoriedade de atuação em casos que, para o autor da proposta, não têm recebido a devida atenção desses órgãos justamente por não haver imperativo legal que a determine. É o caso do exemplo já citado, o da desapropriação, em áreas rurais ou urbanas, e dos conflitos pela posse da terra em geral. Os desdobramentos desta observação serão apresentados nas conclusões.

Tabela 13: Distribuição de projetos restritivos/mistos pelo ramo do MP visado

Ramo	Todos os autores	de parlamentar	do Executivo
MPE	23	20	2
MPF	6	5	0
MPT	4	4	0
MPU	3	2	1
MP	21	17	3
Total	57*	48	6

*O total inclui 3 projetos de outros autores. Ver tabela 3.

Assim sendo, resta que apenas 28, ou 12,1% dos 231 projetos de autoria parlamentar, são realmente restritivos, reforçando-se com essa constatação, aparentemente, aquela perspectiva otimista de Werneck Vianna sobre a recepção favorável do MP pelo representante político.

Note-se que ocorre o mesmo em relação ao Executivo. Dos seis projetos “restritivos” que apresentou, quatro têm como objeto a discricionariedade, três deles na área cível, na qual, vale repetir, dá-se o exercício da representação funcional. Assim, os projetos “restritivos” do Executivo são, na verdade, “positivos” em relação ao nosso objeto de estudo. Resta, portanto, que a quase totalidade dos projetos do Executivo — também um “representante político” da sociedade, o mais abrangente — repercute favoravelmente para o MP.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste trabalho, ressaltamos que a democracia no mundo moderno se constrói sobre uma ficção: o instituto da representação.

O vínculo entre representante e representado baseia-se na autorização que um cidadão concede a outro para que o represente na deliberação sobre as políticas públicas, ou seja, para que se manifeste em seu nome na arena deliberativa.

Na origem dessa proposta, na construção hobbesiana, essa autorização, fruto de um pacto, de um contrato entre os homens, bastava para legitimar a condição de representante, exercida pelo soberano, um ser artificial que concentrava todos os direitos e poderes dos indivíduos: o Estado.

Com o passar do tempo, já consolidado o Estado moderno, a base de legitimidade da representação foi ampliada, e o monopólio (o exercício da representação apenas e tão-somente pelos indivíduos autorizados para tanto pelo voto) e a territorialidade (a delimitação do “espaço físico” em que se dá a representação) passaram a ser elementos tão importantes quanto a autorização para legitimar a condição do representante.

Como sabemos, é sobre essas três premissas — a autorização, a territorialidade e o monopólio — que Pitkin (1967) fundamenta a legitimidade da representação política nas democracias atuais, nas quais, porém, essa forma de representação passa a coexistir com outras, tornadas necessárias pela complexificação social, mas despidas desses elementos, como observa Avritzer (2007).

Esse, em princípio, é o caso da forma de representação que enfocamos aqui: a representação funcional, cujo exercício por entes de natureza privada, como advogados, associações, sindicatos, confederações e mesmo ONGs, não provoca maiores objeções por parte dos que se dedicam à ciência política, nem mesmo entre aqueles que se opõem ao fenômeno da judicialização. No mais das vezes, aborda-se essa alternativa à representação política como produto de uma evolução do próprio sistema democrático.

Mas, particularmente no Brasil, quando o Ministério Público, na condição de órgão público, assumiu, por força de previsão constitucional, a missão de representante funcional da sociedade, levantou-se no meio acadêmico a discussão que reproduzimos nos primeiros capítulos deste ensaio. Fundamentalmente, o que se questiona é até que ponto é legítima essa forma de representação por um ator de vocação pública que não se submete ao escrutínio eleitoral nem a alguma forma substantiva de controle, por parte

do representado. Sob a perspectiva da teoria democrática clássica, o exercício da representação dos interesses da sociedade pelo Ministério Público careceria de legitimidade; o problema estaria na ausência do elemento “autorização”, que remete ao voto. Para os que criticam a judicialização no Brasil, esse é um dos aspectos que está em discussão.

Essa questão o Prof. Werneck Vianna (2002) resolve invocando a Constituição: o mandato do membro do Ministério Público para o exercício da representação está ali fundamentado, concedido que foi pelo legislador constituinte, o representante político “maior” de uma nação. Tal abordagem tem uma consequência que é, em si, um paradoxo. Como não se discute a “territorialidade”, nem caberia essa discussão, já que se trata de uma instituição nacional organizada em ramos que abrangem todos os planos da divisão territorial do País, e como o “monopólio”, no que se refere ao MP, é garantido pelo instituto do concurso público, então, *grosso modo*, resta que na visão de W. Vianna a representação funcional exercida pelo MP aproxima-se da representação política, nos moldes da teoria de Pitkin.

Essa aproximação é problemática para a representação política? Os teóricos da judicialização no Brasil afirmam que não, pois ela foi reforçada por algumas legislações infraconstitucionais. Mas, como indicamos no Capítulo 2, há também indícios de que os políticos querem delimitar seu território. Um dispositivo legal de forte repercussão no sistema jurídico que aponta nesse sentido é a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que, no bojo de uma ampla reforma do Judiciário, atinge também o MP, em sua atuação referente aos direitos coletivos na área trabalhista, limitando ainda a participação de seus membros no cenário político, além de instituir o Conselho Nacional do Ministério Público — CNMP, como um órgão de controle externo. Esse fato demanda a atenção dos estudiosos da judicialização.

Nesta pesquisa buscamos investigar o grau de preocupação do representante político em relação à representação funcional examinando propostas de lei ordinária, na medida em que tais propostas exigem menos esforço do Parlamentar para apresentação e tramitação, e por meio delas ele pode ou não dar ao Ministério Público seu aval para essa função. Preliminarmente, verificamos que o perfil dessas propostas é coerente com aquele apontado por Santos e Amorim (2002): são projetos de abrangência nacional, voltados preferencialmente para a área social, sem maiores repercussões na estrutura da distribuição da renda e da propriedade. Nesse sentido, independentemente do conteúdo, são amplas as possibilidades de manifestação do legislador sobre a atuação do MP —

tão amplas quanto essa mesma atuação —, e a primeira constatação que fazemos é a de que o legislador tende a não aproveitá-las.

Levamos algumas hipóteses para explicar esse fato: ou o representante político está plenamente satisfeito com a atuação do representante funcional e não vê motivo para interferência, ou o representante político não tem suficiente conhecimento sobre como interferir nessa atuação. Ora, se considerarmos que a simples citação do MP nos projetos de lei ordinária, ainda que ditada por questões de técnica legislativa (enquadrando-se nesse caso a proposta, na tipologia adotada, como “ratificadora”), seria uma forma de o político manifestar sua satisfação, a relativa escassez com que se faz essa referência nas propostas de legislação ordinária torna provável que a segunda hipótese seja a verdadeira. Essa “falta de conhecimento” pode estar relacionada a uma “carência” de recursos técnicos, um problema que os observadores do Legislativo apontam e que pode estar contribuindo para essa relativa ausência de interesse que constatamos.

De qualquer forma, o que se verifica é que a representação funcional e seus desdobramentos para o sistema representativo não são objetos de uma preocupação maior do legislador brasileiro como representante político da população. Do contrário, ele procuraria com maior frequência remeter ao Ministério Público, especialmente em matérias de políticas sociais, para legitimá-lo nessa atuação, quando menos para conformá-la à sua vontade. No entanto, em geral, ele mostra-se em suas propostas parcimonioso no exercício da sua capacidade de direcionamento da atuação do MP como seu “colaborador” na representação da sociedade nacional.

Neste ponto, é preciso refletir que estamos reportando-nos ao termo “legislador” como um conceito que se refere a um corpo homogêneo¹⁰⁰, quando na prática isso não acontece. Trata-se de uma metáfora, semelhante à do conceito da representação. O legislador talvez só se “concretize” nessa condição durante o processo constituinte, quando são postos à disputa projetos sobre os quais se construirá a nação. Sob a condição de “legislador ordinário”, de que se revestem os indivíduos no mandato parlamentar, o que existe no “mundo da vida”, mesmo no momento da deliberação, são indivíduos que querem fazer prevalecer determinados interesses, não raro particulares, incluindo a permanência na carreira política e, eventualmente, a garantia de

¹⁰⁰ Agradecemos ao Prof. Adalberto Moreira Cardoso essa observação.

um meio de vida quando ela se encerrar, possibilidade essa com que o representante político se defronta a cada eleição.

Nesse plano, como indivíduo, não interessa ao parlamentar o conflito com o Ministério Público, órgão que não só dispõe de amplos poderes de investigação como é o titular das ações de improbidade administrativa — e também, não nos esqueçamos, da ação penal —, dispondo de inquestionável discricionariedade de ação nesse campo. Sem estar sujeito a sanções externas relevantes e, portanto, podendo exorbitar em suas ações, o MP pode tornar-se para o político uma ameaça em potencial, no que tange ao controle de suas ações. De fato, parte das críticas sobre a atuação desse órgão, como mencionamos no item 2.4 deste trabalho, referem-se exatamente a um “mau uso” dessas ações, com finalidades de perseguição política. Cabe, portanto, uma terceira hipótese, além daquelas da “satisfação” e do “desconhecimento”, já referidas, para explicar o movimento retraído do representante político em relação ao MP: a de que o político evita o confronto com o Ministério Público pelo custo que isso possa trazer para a sua carreira.

Essa hipótese ainda não explica a retração do político no que se refere a mobilizar o potencial do MP na representação, e ao mesmo tempo invoca sua preocupação com um aspecto que não examinamos neste trabalho, qual seja, o do escasso controle sobre essa instituição. Vamos, por isso, retornar a ela mais adiante, mesmo porque há comentários que, ainda em caráter preliminar, são dignos de nota, embora se refiram a uma fase em que não nos aprofundamos neste ensaio — a do acolhimento dos projetos referentes ao Ministério Público pelo Poder Legislativo.

Em nossa pesquisa, observamos que, dos 310 projetos examinados, 172 haviam sido arquivados. Examinando o motivo, verificamos que em aproximadamente um terço dos casos (mais exatamente em 52) o arquivamento decorreu da prejudicialidade pela aprovação de outra proposta sobre matéria idêntica. Quando cotejamos alguns desses projetos, verificamos algumas situações em que textos que remetiam ao MP haviam sido prejudicados pela aprovação de outros que o deixavam à margem. Isso poderia indicar que o apoio dado pelo legislador ao Ministério Público, apontado na literatura com base nas legislações aprovadas, é seletivo, ou seja, exclui determinadas áreas.

Chamou-nos a atenção principalmente o caso da política agrícola, em que, dos quatro projetos que tramitavam em conjunto, três deles prevendo ampla participação do MP e o quarto omitindo-a, foi esse último que prevaleceu e se transformou na Lei 8.171, de 1991. Trata-se de uma área que envolve, além do interesse social, um setor

econômico tradicionalmente de peso para o Brasil, como o da produção rural, sustentáculo da economia brasileira, objeto de grande preocupação do Governo e alvo de sucessivos programas de incentivo — envolvendo financiamento com juros especiais, assistência técnica etc. —, que se voltam tanto para o grande produtor quanto para o pequeno produtor da agricultura familiar.

Assim, não obstante o conteúdo “democrático” da lei aprovada, na medida em que a atuação do MP é sempre orientada pelos princípios comunitários consagrados na Constituição, teria sido “natural” que o legislador, nessa área, buscasse, quando menos para reforçar seus propósitos, incluir na regulamentação o apoio desse órgão, principalmente para proteção dos pequenos produtores, geralmente tão carentes de recursos. É claro que, omitindo essa previsão, o legislador não impede a atuação do MP na representação dos interesses de segmentos produtivos, mas permite que ela seja questionada perante a Justiça. Dessa forma, a omissão poderia ser um reflexo da prevalência dos grandes interesses privados nesse setor, na contramão dos preceitos constitucionais.

No entanto, um projeto com amplas repercussões para a atuação do Ministério Público nessa mesma área (a rural), excluído da pesquisa por um problema de seleção, foi transformado em norma jurídica em 1996 (na segunda coalizão do primeiro Governo FHC), alterando o Código do Processo Civil no sentido de incluir a participação do MP em litígios coletivos pela posse da terra. Essa decisão teve reflexos, sobre um tema tão polêmico como o da propriedade rural no País, no sentido oposto ao da anterior, já que nela prevalece a orientação “coletivista” dada pelo legislador constituinte ao nosso sistema jurídico. Nesse sentido, o legislador ordinário pode ter optado por uma “transferência de responsabilidades” nos casos mais polêmicos, em face das dificuldades de realização de uma reforma agrária mais ampla, na esteira da qual a própria lei já pudesse dar respostas aos conflitos pela posse da terra. De toda forma, esse movimento reforça a impressão dos judicialistas e afasta-nos da hipótese da prevalência de interesses privados nessa área tão importante da economia nacional, que se abre assim para a possibilidade de um encaminhamento político diferente do que, tradicionalmente, nela sempre prevaleceu.

Ainda cabe uma última observação quanto à fase de acolhimento dos projetos: quem alcança o maior índice de aprovação (70%) é o próprio Ministério Público. Muito embora tais projetos não repercutam diretamente na representação, dado que se trata de matéria administrativa, essa alta receptividade sugere uma relação institucional

harmônica, na medida em que o Legislativo tende a acolher os pleitos daquele órgão e, portanto, a fortalecê-lo, ao menos administrativamente, reforçando desse modo, mais uma vez, também os argumentos da teoria da judicialização.

Quanto à percepção dos parlamentares em geral relativamente ao novo modelo do MP, de uma perspectiva apenas quantitativa, com base no exame de projetos de lei apresentados no período pós-Constituição de 1988, constatamos que na grande maioria as propostas de legislação examinadas realmente mostram-se favoráveis àquele órgão, independentemente do autor; no entanto, isso ainda não comprova a hipótese de uma ampla aceitação do papel do Ministério Público na representação funcional pelo legislador, já que é tímido, em relação ao volume médio da produção legislativa, o oferecimento de propostas que incidem sobre esse tema. E mais: entre elas, a representação surge como uma preocupação menor; somados os projetos que são “totalmente” positivos quanto a esse objeto e aqueles que foram classificados como restritivos de discricionariedade, mas que têm efeito ampliador no que diz respeito à representação, apresentados pelos dois ramos da representação política da sociedade — os parlamentares e o Executivo —, as propostas mobilizadoras do Ministério Público para a representação limitam-se a cerca de um quinto do total das apresentadas que remetem ao órgão.

Algum apoio a essa hipótese vai aparecer, de forma indireta, quando consideramos que projetos ampliadores de instrumentos acabam tendo repercussão positiva na representação — por exemplo, o acesso a determinados documentos e informações traduz-se em maiores possibilidades de o MP colher subsídios para a abertura e o procedimento do inquérito civil — e que projetos ampliadores/ratificadores de prerrogativas e garantias também repercutem nessa área, com o apoio que concedem à pessoa do promotor/procurador e/ou ao seu desempenho funcional. Tais projetos perfazem a grande maioria dos que os parlamentares apresentam, e nesse sentido, numa análise meramente quantitativa, poderíamos dizer que o legislador realmente tende a ver o Ministério Público como um aliado, embora não explicitamente na área da representação.

A observação não nos autoriza a concluir que os representantes políticos da sociedade realmente vejam o MP como aliado nessa área dado a que, embora possam regulamentar de forma mais específica, na legislação, a participação do *Parquet*, especialmente em questões polêmicas envolvendo interesses coletivos, não buscam fazê-lo. Da mesma forma, não se pode inferir que o vejam como um aliado para

eventuais disputas eleitorais no plano nacional, na medida em que a autoria dos projetos relativos ao órgão se distribui equilibradamente entre parlamentares filiados a partidos integrantes e não integrantes da coalizão que está no poder, em cada período de governo. Ainda sob a perspectiva quantitativa, o fato de os projetos restritivos partirem predominantemente de parlamentares situacionistas e de os oposicionistas tenderem a reforçar o MP poderia ser visto como um indício de um movimento desses últimos em busca de apoio para ampliarem seu espaço político, mas são tão poucos esses projetos que essa abordagem deve, por ora, ser deixada de lado.

Por outro lado, o próprio núcleo da coalizão governamental, o Poder Executivo, tende em seus projetos a reforçar o papel do MP, inclusive na representação, embora não demonstre grande preocupação nessa área, concentrando-se nas áreas “tradicionais” (fiscal e penal) e na administrativa. O interesse do Executivo no MP, que se mostrou mais intenso na primeira década pós-Constituição, ao longo do tempo diluiu-se, provavelmente porque se relacionava apenas ao apoio necessário para a implantação do Plano Real. Em todo caso, se há “uso político” do MP por parte dos mandatários eletivos, não se pode afirmar que haja por trás dessa prática alguma motivação ditada por aspirações eleitorais, ainda no plano nacional, já que ambos os lados — situação e oposição — movimentam-se de forma semelhante.

Entretanto, embora a pesquisa tenha comprovado o diagnóstico feito por Santos e Amorim (2002) sobre o perfil das propostas dos parlamentares, no sentido de que elas são de cunho nacional e social, o fato de que o MPE seja o ramo mais visado pelos projetos empresta certo “localismo” às preocupações do legislador. Notamos também que, somadas de um lado as áreas tradicionais (fiscal e penal), do outro as áreas onde se dá a representação (cível e trabalhista), a frequência com que as primeiras aparecem nos projetos é superior (num patamar de 36%) à das últimas, mostrando que a preocupação maior tende a ser com questões de controle, e não de representação. Juntando essas observações, cabe a suspeita de que, se há alguma motivação de caráter eleitoral para a apresentação de propostas referentes ao Ministério Público, a disputa estaria no plano local, e não no nacional. Considerando-se que é nesse plano que geralmente tem início a trajetória do representante político, dado que aí que ele reúne capital suficiente (político e também financeiro) para suas campanhas eleitorais, os dados reforçam a terceira hipótese levantada para explicar o tímido movimento do legislador em relação ao Ministério Público, qual seja, a dos custos, para o político, de um confronto com esse órgão no que diz respeito à sua própria carreira.

De forma geral, o que constatamos, na análise quantitativa, poderia até reforçar a hipótese dos judicialistas, capitaneados por Werneck Vianna, sobre o acolhimento da representação funcional pelo representante político. Para tanto, contudo, precisaríamos ignorar, primeiro, que (como indicam os dados levantados) o legislador não aproveita as possibilidades colocadas à sua disposição para dirimir eventuais dúvidas quanto à legitimidade dessa forma de representação, transferindo-lhe a responsabilidade em matérias de difícil solução, como poderia fazer, e certamente o faria, até por comodidade, *se estivesse consciente da conveniência dessa dupla representação*; e, segundo, os desdobramentos que um único projeto, como o PL 267, de 2007, pode ter sobre toda aquela movimentação do político ao encontro do MP que se concretizou como norma jurídica.

De fato, o PL 267/07, se aprovado, imporá obstáculos consideráveis àquele caminho da democracia participativa já “pavimentado” por algumas significativas legislações infraconstitucionais. Isso sem nos esquecermos de que a EC 45/2004 também atuou nesse sentido, pela via da instituição de um órgão para “controle externo” inclusive do exercício pelo membro do MP de suas funções.

Por outro lado, muito embora essas duas iniciativas supracitadas possam sugerir uma alteração da perspectiva do representante político ao longo do período observado, no sentido de que mais recentemente o legislador esteja dando demonstrações de certa hostilidade em relação ao representante funcional público, *sob o aspecto quantitativo* o movimento do legislador (quando ocorre) permanece positivo para o Ministério Público. Diante disso, ainda da perspectiva do próprio representante político, também não podemos rejeitar a hipótese da complementaridade das formas de representação.

Nesse sentido, as dificuldades de abordagem da pesquisa não comprometem nossas reflexões, porque o que resulta de todo este esforço analítico é a constatação de que o problema é de outra ordem. O que observamos é que, a despeito de ter havido a abertura, pelo legislador constitucional, da democracia brasileira à judicialização da política, não houve por parte dos legisladores de então, nem há entre os que os sucederam até o presente, uma discussão mais profunda sobre o próprio instituto da representação, o qual, ainda que se fundamente numa ficção, é o pilar da democracia dos modernos, e vem sendo estendido, por pressão do pluralismo social, para abrigar outros canais representativos, além do político.

Trata-se de um processo irreversível e necessário para a realização do ideal democrático, no sentido de garantir a participação especialmente de segmentos

vulneráveis da sociedade, que, por dificuldades de organização, tendem a ficar à margem da formulação das políticas públicas, fato que reconhecem mesmo os que criticam os rumos da judicialização no País.

Nesse processo, os representantes políticos não têm por que se incomodar com os representantes funcionais da sociedade, na medida em que são capazes de orientá-los na sua missão, e isso eles podem fazer (e já o fizeram) mesmo por lei ordinária. Portanto, são desprovidos de fundamento, no que diz respeito à representação, movimentos como aquele consubstanciado no PL 267/07, uma proposta que terá amplas repercussões no plano da representação, muito embora a preocupação do autor, evidenciada na própria justificativa da proposta, relacione-se antes a funções “tradicionais” do Ministério Público, buscando-se ali criar obstáculos para a atuação desse órgão particularmente na responsabilização civil e criminal por atos de improbidade administrativa, ainda que se atinja de forma genérica a representação funcional.

Tais movimentos perderiam significado se os próprios legisladores se aprofundassem na discussão dos problemas referentes à representação da sociedade brasileira, diante do grau de pluralismo que ela atingiu. Essa discussão faz-se necessária, já que permitiria ao legislador ordinário exercer na plenitude seu papel político na representação da sociedade, regulamentando essa ficção sobre a qual se constrói a democracia do mundo moderno, no sentido de “concretizar” ou positivar na lei todos e quaisquer casos em que a representação funcional pode aplicar-se, evitando assim a sobrecarga tanto do Judiciário como do próprio Legislativo.

Os dados recolhidos mostram que o “legislador ordinário”, esse ator que “canaliza” a ficção da representação, não necessariamente tem consciência, ao assumir tal função, dos princípios que fundamentam a divisão de poderes e o “governo representativo”. Nesse sentido, o debate da reforma política no Brasil deveria abranger o sistema de representação como um todo. Enquanto esse debate restringir-se ao modelo partidário-eleitoral, concentrando-se principalmente no sistema eletivo e remetendo apenas a aspectos imediatos relacionados aos princípios da territorialidade e da legitimidade da representação, consubstanciados no voto, permanecerá distante a solução para os problemas do funcionamento do sistema representativo brasileiro. Paralelamente, tenderá a distanciar-se cada vez mais o cidadão daquele que o representa no plano político, e vice-versa.

De fato, o perfil que os constituintes deram à democracia brasileira torna necessário que os legisladores incluam nas discussões das políticas públicas em geral a preocupação com o princípio do monopólio da representação. Se, em se tratando da representação pública da sociedade, esse princípio, por uma questão conjuntural, precisa ser rompido, determinar a extensão dessa “ruptura” cabe ao próprio representante legitimado pelo voto, que precisa ter consciência de que é ele quem empresta legitimidade à representação funcional, sob a perspectiva da autorização.

Em não o fazendo, permanece sujeita à contestação judicial (e acadêmica) a legitimidade de atuação do Ministério Público em áreas nas quais lacunas deixadas pela legislação precisam de alguma forma ser preenchidas, em atendimento às expectativas da sociedade.

Nesse contexto, o debate sobre o sistema representativo torna-se imprescindível para se evitar, de um lado, que uma omissão persistente por parte do representante político da sociedade, como legislador, leve, no limite, à transferência de questões políticas para o mundo jurídico, causando o esvaziamento não apenas do Legislativo, como do próprio conceito da representação; e, por outro lado, que preocupações crescentes com a necessidade de controle da atuação do Ministério Público acabem por provocar a limitação indevida de um importante instrumento alternativo para a representação social, em prejuízo dos interesses dos contingentes mais frágeis da população.

BIBLIOGRAFIA

- ANDREWS, Christina W. *Implicações Teóricas do Novo Institucionalismo: Uma Abordagem Habermasiana*. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 2, pp. 271 a, 2005.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.
- AVRITZER, L. *Sociedade Civil, Instituições Participativas e Representação: da Autorização à Legitimidade da Ação*. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, p. 443-464, 2007.
- BADINTER, Robert e BREYER, Stephen (Ed.). *Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation*. New York: New York University Press, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Revista Consultor Jurídico (<http://www.conjur.com.br>), dez/2008.
- BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1958.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.
- BRASIL. *Assembléia Nacional Constituinte (1987)*. Ementário de Pronunciamentos em plenário. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Pronunciamentos, 1987-1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- CARDOSO, Adalberto Moreira, e LAGE, Telma. *As Normas e os Fatos — Desenho e efetividade das instituições de regulação no mercado de trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CARVALHO, José Murilo. *A Construção da Ordem*. Rio: Editora da UFRJ e Relume Dumará, 1996.

- CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e Judicialização da Política – Cinco estudos de Caso*. Tese de doutorado em Ciência Política apresentada ao IUPERJ. Rio de Janeiro, 2007.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2005 (texto original apresentado no concurso para professor titular de Direito Constitucional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 1995).
- CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.
- DAHL, Robert A. *Prefácio à teoria democrática*. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1989.
- DOMINGUES, José Maurício. *Latin America and Contemporary Modernity: A Sociological Interpretation*. Nova York/Londres: Routledge, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BRASIL. *Discursos parlamentares*. Câmara dos Deputados. Acesso: www.camara.gov.br/discursosparlamentares/discursoseplenario.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro: Globo, 1989.
- FEREJOHN, John. *Judicializing politics, politicizing law*. Hoover Digest, nº 1, 2003.
- FIGUEIREDO, Argelina e LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: FGV/FAPESP, 1999.
- GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GAUCHET, Marcel. *La révolution de pouvoirs. La souveraineté, le peuple e la représentation*. Paris: Gallimard, 1995.
- GODOY, Maximiliano: *Direitos, Representação e a Cidade*. Caderno CEDES, out./2006.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre a facticidade e validade*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- HALL, Peter A. e TAYLOR, Rosemary C. *As Três Versões do Neoinstitucionalismo*. Lua Nova: Revista de Cultura de Política, nº 58, 2003.
- IMMERGUT, Ellen M. *The Theoretical Core of the New Institutionalism*. Politics & Society, vol. 26, nº 1, 1998.
- KERCHE, Fábio José. *Ministério Público e a constituinte de 1987/1988*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a.7, n.26, p.27-57, abr./jun. 1999.
- _____. *O Ministério Público no Brasil: Autonomia, Organização e Atribuições*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- _____. *Autonomia e Discricionariedade do Ministério Público no Brasil*. Dados – Revista de Ciências Sociais, Vol. 50, 002, pp. 257-259, 2007.
- KEYNES, John Maynard. *The end of laissez-faire*. New York: Prometheus Books, 2004.
- LESSA, Renato. *Agonia, Aposta e Ceticismo: Ensaio de Filosofia Política*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa; posfácio: Silviano Santiago. 5. Ed. – Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.
- MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público – Organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MAINWARING, Scott. *Introduction: democratic accountability in Latin America*. In: MAINWARING, Scott e WELNA, Christopher. *Democratic Accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003.
- MANIN, Bernard. *As metamorfoses do governo representativo*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 29, a. 10, out/1995.
- MAZZILLI, Hugo N. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- MIGUEL, Luís Felipe. *Capital político e carreira eleitoral: algumas variáveis na eleição para o Congresso Brasileiro*. Revista de Sociologia e Política, nº 20, junho de 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Civil Pública*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº 3, 1993.
- NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- NONET, Phillippe e SELZNICK, Philip. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York: Octagon Books, 1978.

- O'DONNELL, Guillermo. *On the State, democratization and some conceptual problems: A Latin American view with glances at some postcommunist countries*. World Development, 21, 1993.
- OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo: Editora Brasiliense S.A., 1995.
- OLIVEIRA, Maria Célia Néri de. *Por Dentro do MPF – O Ministério Público para Jornalistas*, 2ª edição: Brasília, 2006.
- OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar E., 2003.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.
- RAMOS, Augusto César. *A EC 45 e a Nova Competência da Justiça do Trabalho*. Revista Bonijuris, nº 504, nov/2005.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROCHA, Andréa Presas. *Dissídios Coletivos: Modificações Introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004*, Revista *Jus Navegandi*, janeiro de 2006.
- SADEK, Maria Tereza. *Cidadania e Ministério Público*. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Justiça e Cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré/IDESP, 2000.
- SAMUELS, David J. *Ambition, Federalism, and Legislative Politics in Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.
- _____. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SCHMITT, C. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SCHUMPETER, Joseph. *A Teoria do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Caminhos e Descaminhos da Revolução Passiva à Brasileira*. Dados, 1996, vol. 39.
- _____. *Poder Judiciário, “Positivização do Direito Natural” e Política*. Rio de Janeiro: Estudos Históricos, n. 18, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

VIANNA, Oliveira. *O Idealismo da Constituição*. Companhia Editora Nacional: São Paulo/Rio de Janeiro, 1939.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v.II. Brasília: Editora UnB, 1999.

WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

Anexo: Tabela de Coalizões Governamentais (cedida pela Profª. Dra. Argelina Figueiredo)

COALIZÃO/ PRESIDENTE	PARTIDOS DA COALIZÃO	DATA DA COALIZÃO		EVENTO DE INÍCIO DA NOVA COALIZÃO	DURAÇÃO		% DE C CADEIRAS	
		INÍCIO	FIM		DIAS	MESES	PARTIDO PRES	COA
SARNEY 2	PMDB- PFL	06/10/1988	14/03/1990	Promulgação nova Constituição	518	17	41,4	63,03
COLLOR 1	PRN-PFL	15/03/1990	12/10/90	Eleição presidencial	207	7	5,1	29,70
COLLOR 2	PRN-PFL- PDS	13/10/90	31/01/1991	Entrada do PDS	108	4	6,1	30,51
COLLOR 3	PRN-PFL- PDS	01/02/1991	14/04/1992	Eleição Legislativa	433	14	8,0	33,20
COLLOR 4	PRN-PFL- PDS-PTB- PL	15/04/1992	30/09/1992	Entrada do PTB e PL	165	6	6,2	42,15
FRANCO 1	PFL-PTB- PMDB- PSDB-PSB	01/10/1992	30/08/1993	Impeachment do presidente	329	11	-	60,04
FRANCO 2	PFL-PTB- PMDB PSDB-PP	31/08/1993	24/01/1994	Saída PSB e entrada PP	144	5	-	59,64
FRANCO 3	PFL - PMDB PSDB-PP	25/01/1994	31/12/1994	Saída PTB	336	11	-	55,27
CARDOSO I 1	PSDB- PFL- PMDB- PTB	01/01/1995	25/04/1996	Eleições presidencial e legislativa	474	16	12,5	56,14
CARDOSO I 2	PSDB- PFL- PMDB- PTB-PPB	26/04/1996	31/12/1998	Entrada PPB	965	32	16,6	77,19
CARDOSO II 1	PSDB- PFL- PMDB PPB	01/01/1999	05/03/2002	Eleições presidencial e legislativa	1144	38	18,3	73,88
CARDOSO II 2	PMDB- PSDB-PPB	06/03/2002	31/12/2002	Saída do PFL	295	10	18,2	45,22
LULA I 1	PT-PL- PCdoB- PSB-PTB- PDT-PPS- PV	01/01/2003	22/01/2004	Eleições presidencial e legislativa	381	13	18,0	42,88

LULA I 2	PT-PL- PCdoB- PSB-PTB- PPS PV-PMDB	23/1/2004	31/1/2005	Entrada do PMDB e Saída do PDT	368	12	17,7	62,38
LULA I 3	PT-PL- PCdoB- PSB-PTB- PV-PMDB	01/02/05	19/05/05	Saída do PPS	108	4	17,7	57,7
LULA I 4	PT-PL- PCdoB- PSB-PTB- PMDB	20/05/05	22/07/05	Saída PV	62	2	17,7	58,28
LULA I 5	PT-PL- PCdoB- PSB-PTB- PP-PMDB	23/07/05	31/01/07*	Entrada PP	548	18	17,7	69,59
LULA II 1	INTERI NO**	1/02/07*	31/03/07	Início da Legislatura*	60	2	15,98	60,04
LULA II 2	PT- PCdoB- PSB ¹⁰¹ - PTB-PP- PMDB- PR ¹⁰² - PRB ¹⁰³ - PDT	1/04/07	31/12/2007	Ministério novo entrada do PDT	300	10	15,98	68,03

* O presidente reeleito assumiu em 1º de janeiro e os deputados e senadores apenas em 1º de fevereiro, e o presidente decidiu manter todos os ministros até a escolha dos novos dirigentes e lideranças da Câmara e do Senado. Sendo assim, não houve mudança na composição partidária do ministério, nem na presidência e no legislativo, sendo, portanto, mantida a mesma coalizão até 31/01/2007.

** O período de escolha do novo ministério, que se estendeu pelos meses de fevereiro e março, foi considerado um ministério interino. Nesse período, o presidente manteve ministros anteriores e, ao longo do mês de março, nomeou alguns ministros, mas o ministério só ficou completo no final do mês de março. Por essa razão a data do início do novo ministério foi definida como 1º de abril de 2007.

¹⁰¹ Considerando a nomeação de Sérgio Rezende para o MCT (que no primeiro governo já havia substituído Eduardo Campos e que foi mantido), mesmo que não filiado ocupou vários cargos públicos estaduais e tem ligações estreitas com o PSB (pode ser considerado um quadro partidário).

¹⁰² Fusão do PRONA com PL.

¹⁰³ Partido para o qual o Vice-presidente da República, José Alencar, se transferiu após sua troca de nome (de Partido Municipalista Renovador – PMR para Partido Republicano Brasileiro – PRB) em 11/03/2006. Esse partido passou a participar do ministério apenas em 19-6-2007, com a criação da Secretaria de Planejamento de Longo Prazo, por MP que, rejeitada, levou à criação do Ministério Extraordinário de Assuntos Estratégicos, em 4/10/2007.