

# AÇÃO CIVIL PÚBLICA

---

## A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A IDEOLOGIA DO PODER JUDICIÁRIO: O CASO DO DISTRITO FEDERAL\*

MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL

Promotor de Justiça

1. Introdução — 2. Análise Sociológica: 2.1. A gênese da ação civil pública; 2.2. A luta pelo acesso à justiça — 3. Análise político-jurídica da legitimidade do Ministério Público e de outros entes estatais em demandas coletivas — 4. Análise Ideológica: limites ideológicos do Poder Judiciário Moderno: 4.1. Conceito de Ideologia; 4.1.1. A falsa consciência funcional: a estrutura a serviço da ideologia moderna; 4.1.2. A falsa consciência epistêmica: o discurso jurídico e o direito material reconhecido; 4.2. A falsa consciência na prática — 5. Conclusões.

“Ideologia: eu quero uma pra viver”  
Cazuza

### 1. Introdução

O presente trabalho tem, como fundo, a análise da estrutura judiciária concebida na modernidade e a forma pela qual a ação decorrente da atividade judicante está atada à ideologia da época, e, como centro, a ação civil pública, que é um meio de resolução de conflitos coletivos e difusos, que foge ao esquema civilista-individualista característico do período moderno. Este ensaio procura, portanto, demonstrar a incompatibilidade dessa estrutura judiciária — do ponto de vista ideológico e sociológico — com uma nova sociedade e um novo Estado não-moderno, que tem outras exigências de direitos, a par daqueles tradicionais (civis), que não estão obsoletos, mas insuficientes para amenizar a intensa e qualitativamente diferente conflituosidade social contemporânea.

### 2. Análise Sociológica

#### 2.1 A Gênese Da Ação Civil Pública

As ações civis públicas foram concebidas como uma das soluções para o problema do acesso à Justiça, pois permitem colocar para o Judiciário

\* Tese apresentada no II Congresso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

importantes questões de grande alcance social, que normalmente passam ao largo da apreciação dos tribunais.

A ação civil pública lança ao Judiciário uma demanda coletiva, ou seja, aquelas em que há um interesse público ou social de determinada categoria de indivíduos, que não se confunde com a tutela de interesses individuais reunidos em uma ação, como num litisconsórcio, nem com uma classe no sentido trabalhista, cujo representante clássico é o sindicato.

Assim, deferiu-se a algumas entidades da sociedade civil e do Estado a legitimidade para propor tais ações, que visam tutelar categorias intermediárias, cujos conflitos não vinham recebendo tratamento institucional adequado, tais como o consumidor, o locatário, a mulher, a criança e o adolescente, o idoso, o pequeno investidor do mercado mobiliário, o índio, o deficiente físico, o trabalhador, o meio ambiente, ou seja, grupos que estão no limiar de uma exclusão do mundo (modernista) e que têm demandas cujo tratamento coletivo se impõe, pois são reivindicações não de um indivíduo, de um sujeito “centro de imputações de normas”, mas de uma outra concepção de sujeito de direito que extrapola a noção civilista.

Aliás, é problemática a noção de “sujeito de direito” nesses tipos de ações. Em primeiro lugar, o ente que substitui a coletividade ou fala em nome do interesse público, apenas encaminha uma demanda daquele grupo, não tem um “interesse” próprio; em segundo lugar, essas classes de indivíduos só raramente podem ser vistos homogeneamente, como é o caso do consumidor e da defesa do meio ambiente, pois, em geral, é difícil reconhecer num determinado ecossistema ou nos adquirentes de um certo produto alguma nota que os distinga de outros indivíduos afora a circunstância própria de consumir o referido produto ou viver em determinada região — o que não ocorre num sindicato que congrega interesses de trabalhadores de determinada categoria, que comungam de ideologias e pertencem a uma classe econômica assemelhadas, em geral tem os mesmos problemas, moram próximo, entre outros elementos de homogeneização.

Já o consumidor de uma marca de cigarros, ou aqueles que são afetados com a poluição ambiental lançada por uma fábrica qualquer, não tem laços maiores do que o fato circunstancial que gera o conflito coletivo. Podem ser ricos ou pobres, de esquerda ou de direita, pessoa jurídica ou física, patrões ou empregados.

Os interesses dessas categorias intermediárias, que não podem individualmente reivindicar a tutela jurídica, e nem são aqueles típicos de uma classe trabalhista, foram denominados difusos e coletivos e não vinham sendo incorporados à cena judiciária brasileira até a promulgação da Lei 7.347/85, também chamada Lei da Ação Civil Pública, que recepcionou a doutrina do Acesso à Justiça, que vamos examinar em seguida.

Ocorre que houve uma reação por um segmento da magistratura do Distrito Federal que vem despertando o interesse daqueles que esperavam uma atuação mais contundente do Judiciário, pois vem ele, por exemplo, considerando o Ministério Público ilegítimo para propor tais ações, com base em concepções da dogmática tradicional e negando sistematicamente a aplicação da lei nova e da própria Constituição.

Outro exemplo marcante é que, após 10 anos de vigência da Lei 7.347/85, apenas três sentenças até hoje foram consideradas procedentes,<sup>1</sup> ou seja, praticamente nenhum interesse social posto em Juízo nas versões difusas e coletivas tiveram acolhida na Magistratura. Tal reação, é o que se pretende analisar, tem causas ideológicas, sociológicas e político-jurídicas.

## 2.2 A Luta pelo Acesso à Justiça.

Assistiu-se nesse século a uma intensa conflituosidade de interesses, marcada pela tomada de consciência de direitos de várias classes e grupos sociais e ao mesmo tempo novas ordens de conflitos, cujos meios jurídicos tradicionais não mais respondiam satisfatoriamente, criando embaraços à distribuição de justiça, mais conflitos, procura por outros meios para-oficiais ou mesmo fora do Estado para a concertação de seus interesses.<sup>2</sup>

A qualidade dos conflitos sociais modificou-se essencialmente. Tornaram-se não-individuais, unidos por diferentes laços que existem na complexa estrutura social contemporânea, que emergiram nas últimas décadas sem que se pudesse classificá-los nas configurações processuais comuns para solucioná-los, nem juntar os sujeitos do interesse ou direito homogeneamente numa categoria definida, a exemplo do que acontece nos conflitos patrocinados por um sindicato, dada a indeterminabilidade e a pulverização dos sujeitos desses novos direitos sociais.

Daf surgimento de um novo modelo processual, acompanhado de uma nova doutrina e legislação protetiva do consumidor e do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Elegeram-se (art. 1.º da Lei 7.347/85) alguns entes legitimados a demandar em nome dessas classes “desorganizadas” de pessoas, que surgem, assim, da necessidade de se judicializar as questões derivadas desses novos conflitos. Ou seja, a instância judicial está incumbida para resolver esses problemas, a par de outras estratégias menos formais. Esse é o resultado dessa primeira análise, de sociologia judiciária: há uma preocupação de que institucionalmente se resolvam conflitos sociais num aspecto mais amplo do que o individualista.

Sintomaticamente, a Constituição Federal, em seu art. 129, diz que ao Ministério Público compete “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”.

Com essa norma de encerramento, deixou-se uma abertura para que, de acordo com as tendências e movimentos sociais, novos direitos emergentes possam ser apreciados pela agência judiciária, sem que se negue a existência de um direito material em questão.

Assim, torna-se a defesa de interesse difuso e coletivo um direito ambivalente, ou seja, processualmente possibilita o conhecimento da ação

1. Fonte: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e 5.ª Subprocuradoria do Distrito Federal.

2. Sobre o assunto, imprescindível a leitura do ensaio “Introdução à sociologia da administração da justiça”, de Boaventura de Sousa Santos, publicado na coletânea “Introdução Crítica ao Direito do Trabalho”, organizada por José Geraldo de Sousa Júnior e Roberto Aguiar, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1993, p. 104.

civil pública, através dos entes legitimados, e também, substantivamente, pelo simples fato de ser um interesse difuso ou coletivo, torna-se direito objetivo, material, há a possibilidade jurídica do pedido formulado através da ação civil pública, ainda que não haja texto expresso conferindo algum tipo de direito à determinada categoria.

Esse esquema vem atender a duas noções de direito numa era pós-moderna. A primeira, nessa perspectiva, é de se superar o esquema de igualdade formal, típica da sociedade moderna, desvelando o véu ideológico que equaliza todos no plano jurídico e ignora diferenças, pela incapacidade de enxergar o “outro” sem excluí-lo. A segunda, diz respeito a um conceito de lei e de constituição dessubstantivada, tomando-as como garantias de processos de resolução de conflitos, sem se definir por opções materiais prévias, diante dos intensos câmbios sociais que exigem soluções novas a cada momento e a “segurança jurídica” — um dos mitos do Direito — traduzida na certeza de participação no processo.

J. J. Gomes Canotilho (in “Direito Constitucional”, 5.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1992, p. 13), esboçou um conceito de “Constituição” na perspectiva pós-moderna: “A idéia de constituição como ‘centro’ de um conjunto normativo ‘ativo’ e ‘finalístico’, regulador e diretivo da sociedade, é posta em causa de várias formas. Em primeiro lugar, assinalam-se os limites da *regulação* dos problemas sociais, econômicos e políticos através do direito. O ‘direito só regula a sociedade, organizando-se a si mesmo’ (TEUBNER). Isto significa que o direito — desde logo, o direito constitucional — é, não um direito ativo, dirigente e projetante, mas um *direito reflexivo* auto-limitado ao estabelecimento de processos de informação e de mecanismos redutores de interferências entre vários *sistemas autônomos* da sociedade (jurídico, econômico, social e cultural). Por isso se diz que o direito, hoje, — o *direito constitucional pós-moderno* — é um *direito pós-intervencionista* (=processualizado’, ‘dessubstantivado’, ‘neo-corporativo’, ‘ecológico’, ‘medial’).”

Ao final, Canotilho estabelece que, no pós-modernismo “A Constituição é um estatuto reflexivo, que através de certos procedimentos, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas”.

Igualmente interessante o papel da “lei” nesse autor, estabelecendo uma comparação entre esse conceito na modernidade (“ato normativo geral e abstrato editado pelo Parlamento, cuja finalidade essencial é a defesa da liberdade e propriedade dos cidadãos”, e no sentido constitucional-moderno, “forma de atuação do Estado que fixava duradoura, geral e abstratamente, as “decisões fundamentais do poder político, estabelecia o âmbito e limites da atuação normativa do poder executivo, e materializava as idéias de justiça da maioria parlamentar”) e na pós-modernidade, realçando nesta o papel de auto-regulação, libertação de determinado domínio da vida de uma regulamentação racionalmente finalística através do direito (desjuridificação através da delegatização), acolhimento de regras extraleais e de equivalentes funcionais dos direitos (mecanismos de persuasão, consultas, códigos de ética, adesão, recomendações, etc.) (op. cit., pp. 13-16).

A ação civil pública, assim, destaca-se como um mecanismo de lançamento de questões e conflitos ao judiciário, de dimensão política só comparável às decisões de inconstitucionalidade de lei, com o agravante que se trata de um conflito concreto, que afeta diretamente toda uma comunidade ou minoria.

Ao se referir a “outros interesses difusos e coletivos”, naquela norma de encerramento, produz-se a dessubstantivação do direito, na óptica pós-moderna. Assim, pessoas segregadas preconceituosamente do meio social pela contração de um vírus qualquer, imigrantes ou classes marginalizadas (favelados, mendigos), os incapacitados na óptica moderna (“loucos”, “inadequados” socialmente, índios, crianças, idosos), os deliberadamente excluídos (egressos do sistema penitenciário, ex-dependentes de drogas, prostitutas, homossexuais), outros marginalizados por opções religiosas e políticas, podem, sem que haja um “direito” substantivo ou material específico (como há para o consumidor, deficiente físico, meio ambiente), ter seus conflitos e suas demandas incorporadas e apreciadas institucionalmente via ação civil pública, e os pedidos dessas ações podem variar num sem-número de injunções (contra o Estado, contra determinadas políticas empresariais que, por exemplo, excluem deliberadamente mulheres do mercado de trabalho, para fugir à licença gestante), estabelecendo cominações (multas), condenações em obrigação de fazer ou não fazer, etc.

Enfim, uma sociedade que não exclua desde a partida os conflitos existentes numa sociedade necessariamente plural, principalmente como a brasileira, e especificamente a do Distrito Federal, para onde acorreram várias origens regionais e de classe, criando-se um cenário multifário onde os instrumentos de resolução desses conflitos pela via institucional devem ser necessariamente readaptadas.<sup>3</sup>

Se se verificar atentamente para o tipo de tutela que é exercida nas ações coletivas e a base ideológica que lhe subjaz, pode-se perceber que:

3. Excelente o voto do Min. Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, neste sentido, ao afirmar que: “É manifesto que as demandas reais da sociedade pluralista de massas deste século têm lançado por terra, mesmo no âmbito dos regimes capitalistas, alguns dogmas fundamentais do primitivo liberalismo burguês, entre eles, particularmente, a aversão dos revolucionários do século XVIII às formações sociais intermediárias, que então se pretendeu proscrever, como intoleráveis resíduos do feudalismo. Hoje, ao contrário, o certo é que — dos sindicatos de trabalhadores às corporações empresariais e às ordens de diversas profissões, dos partidos às entidades de lobby de toda espécie, das sociedades de moradores às associações ambientalistas, dos centros de estudo aos agrupamentos religiosos, das minorias organizadas aos movimentos feministas — tudo, são formações sociais reconhecidas, umas e outras, condutos reputados imprescindíveis à manifestação das novas dimensões da democracia contemporânea, dita ‘democracia participativa’ e fundada, não mais na rígida separação, sonhada pelo liberalismo individual da primeira hora, mas na interação cotidiana entre o Estado e a sociedade. Nesse contexto, era fatal, como tem ocorrido desde o início do século, que progressivamente se viesse pondo em xeque o dogma do direito processual clássico, corolário das inspirações individualistas da ideologia liberal, qual seja, o da necessária coincidência entre a legitimação para agir e a titularidade da pretensão material deduzida em juízo.” (RTJ 142/446) Infelizmente, esse entendimento clarividente não tem eco na estrutura judiciária como um todo.

a) É uma forma e tentativa de controle político, pela agência judiciária, do mercado (defesa do consumidor, meio ambiente e patrimônio público, neste último, quando há a preservação de patrimônio cultural contra especulação imobiliária);

b) É a absorção de uma perspectiva pós ou não-moderna de democracia, onde não se tolera a exclusão, mas uma “unidade na diversidade”, no caso da defesa de deficientes físicos e das comunidades indígenas, p. ex.;

c) Ainda dentro da negação ao projeto moderno, é a superação de um modelo puramente individualista na tutela e resolução de conflitos, onde se concebe a existência de diferenças materiais entre os sujeitos de direito (existência do “outro”).

Assim, crê-se que se pode estabelecer uma crítica às Instituições jurídicas (Magistratura e Ministério Público) e sua adequabilidade de possibilitar transformações e avanços sociais com o modelo de Administração Judiciária que se forjou na modernidade ou, mais modestamente, se essa estrutura ao menos absorve ou tem condições teóricas e ideológicas de absorver a existência de novos direitos não-individualistas ou classistas.<sup>4</sup>

### **3. Análise político-jurídica da legitimidade do Ministério Público e de outros entes estatais em demandas coletivas**

Faz-se a distinção na dogmática administrativista italiana entre interesse público primário e o interesse público secundário. Este seria o interesse da pessoa jurídica de direito público e aquele seria o da sociedade civil e que nem sempre são coincidentes. Por exemplo, uma decisão política do Estado pode decidir demolir a cidade de Ouro Preto-MG, patrimônio da humanidade. Tal decisão, em princípio, conflita com o interesse público primário (social) de ver preservado um patrimônio cultural incalculável.

A questão mais delicada na nossa análise diz respeito à eleição de um ente que decidirá o que é ou não interesse difuso ou coletivo judicializável, ou seja, o interesse primário da sociedade. Essa decisão está nas mãos de um órgão da burocracia estatal — Ministério Público —, além dos entes estatais tradicionais (União, Estado e Municípios) e será julgado por outra burocracia (Poder Judiciário).

Nisso reside um problema de origem dos membros do órgão, tradicionalmente uma classe de indivíduos que compartilham aproximadamente os

4. “Um projeto consciente de que, como já foi dito, a industrialização acelerada das últimas décadas, produziu uma nova e mais complexa composição de classes, também terminou gerando conflitos inéditos, para os quais as leis e seus respectivos procedimentos judiciais não forneciam mais respostas satisfatórias e eficazes. O que as invasões de terra, as ocupações de edifícios públicos ou privados, os acampamentos de protesto e os diferentes movimentos em favor dos direitos humanos passaram a revelar ao longo dos últimos anos da década de 80, é, neste sentido, *uma infinidade de relações desprezadas pelas instituições políticas e jurídicas. Preparado para resolver questões interindividuais, mas nunca as coletivas*, o direito oficial não alcança os setores mais desfavorecidos (...)”. Faria, José Eduardo e Campilongo, Celso Fernandes, in “A Sociologia Jurídica no Brasil”, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 21.

mesmos valores e atados a uma “carreira” burocrática que os força a seguir mais ou menos a “política” do órgão.

Essa questão é analisada primorosamente por Weber.<sup>5</sup> Através da burocracia, se faz a mais racional das dominações, através da legalidade e da técnica. Assim, sob a capa de uma lei geral e abstrata, impondo condutas fundamentadas técnico-racionalmente, garantidas por uma burocracia estruturada em carreiras, competências, hierarquias, responsabilidade administrativa, determina-se um *ethos* e um encadeamento de valores e fins que acabam por gerar pré-compreensões nos membros dessas estruturas (Ministério Público e magistratura) que desembocam numa idéia particularizada e limitada do que seja interesse difuso ou coletivo.

Assim, na Promotoria de Defesa do Consumidor, apesar da tentativa de se democratizar ao máximo as demandas, predominam aquelas que interessam mais diretamente a classe média — ações contra incorporadoras de imóveis, planos de saúde, companhias aéreas, etc. — ou seja, a uma burocracia é dado reconhecer interesses de todo espectro social, o que evidentemente é uma ficção. Entretanto, não há porque não se judicializar essas demandas, muito ao contrário, a classe média, a pequena burguesia também vem sofrendo um processo de exclusão crescente, necessitando lançar seus conflitos numa dimensão ampla e não pulverizada.

Num outro aspecto, Habermas,<sup>6</sup> criticando o estado-providência, levantou a questão de um excesso de participação do estado na intervenção e na mediação de conflitos tipicamente da sociedade de massa capitalista (produtor x consumidor, trabalhador x empresário). Diz Habermas, em síntese: “(...) não quero ocupar-me nem com as configurações modificadas desde os anos 70, nem com as circunstâncias, mas com as dificuldades internas que resultam dos próprios sucessos do Estado social. Com referência a isso, emergiram recorrentemente duas perguntas: dispõe o Estado intervencionista de poder bastante e pode ele trabalhar com eficiência suficiente para domesticar o sistema econômico capitalista no sentido do seu programa? E será o emprego do poder político o método adequado para alcançar o objetivo substancial de fomento e proteção de formas emancipadas de vida dignas do homem? Trata-se, pois, em primeiro lugar, da questão dos limites da possibilidade de conciliar capitalismo e democracia e, em segundo lugar, da questão das possibilidades de produzir novas formas de vida com instrumentos burocrático-jurídicos.”

Habermas, nessa passagem, preocupa-se com a perda de referências do indivíduo, de um embotamento de sua consciência daquilo que deve reivindicar autonomamente, sem a onipresença de um órgão do Estado, enfim, prevê, no estado-providência, um sujeito não emancipado e incapaz de decidir livremente suas ações. Dentro da realidade brasileira a crítica é inversa, ou seja, assiste-se à demissão do Estado de garantir um mínimo de bem-estar e dignidade humana, e a ação de órgãos burocráticos autônomos e independentes podem despertar questões relevantes de cidadania. Assim, ações civis

5. Cf. *infra*.

6. In “A nova intransparência, A crise do Estado de Bem-estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas”, Rev. Novos Estudos, CEBRAP, n. 18, set./87.

públicas ou de responsabilidade para promover melhor atendimento de saúde e educação, ou, como fez a Promotoria da Infância e Juventude, ação civil pública para compelir o Estado à construção de unidades de aplicação de medidas sócio-educativas segundo as diretrizes do Estatuto da Criança e Adolescente, têm o escopo, não só de uma sentença procedente, mas também despertar a sociedade para as metas e programas por fazer, em contraste com a inércia estatal.

Assim, não só é justificável, como é imprescindível a participação do Ministério Público, Instituição historicamente encarregada da defesa de direitos sociais e individuais indisponíveis e que goza de algumas prerrogativas funcionais no Brasil (independência, autonomia, vitaliciedade), que lhe diferenciam das agências burocráticas tradicionais e de seus congêneres europeus e norte-americanos.

Além disso, a função do Ministério Público é meramente instrumental, isto é, a exemplo do que acontece com as ações diretas de inconstitucionalidade, o autor apenas encaminha a demanda coletiva ao Judiciário, não discute direito próprio e, por isso, é mais um motivo para se desvincular a idéia de necessidade de legitimidade e interesse nas concepções do direito processual ("pertinência subjetiva" e entre outros conceitos dogmáticos discutíveis nessa instância).

A fórmula encontrada pela legislação brasileira, no entanto, foi bastante avançada, pois, em tese, esses interesses que estiverem à margem do horizonte de mundo do promotor de justiça não ficam desprotegidos, porque também se atribui a associações e fundações de caráter privado a mesma legitimidade para promover a ação civil pública (associações de bairro, de defesa da criança, etc.). Entretanto, na prática, no Distrito Federal apenas o Ministério Público e o próprio Distrito Federal ajuizaram ações na defesa do consumidor, meio ambiente e patrimônio público, revelando que a sociedade civil é extremamente desorganizada em relação a essas graves questões de cidadania, o que é esperado, dado o fracasso da experiência com a ação popular.

A grande crítica que se faz na Europa é contra a atuação do Ministério Público, de que, pelo fato de ser uma burocracia atada a interesses do Estado-executivo, não estaria agindo a contento na defesa da sociedade. Aqui, assiste-se ao inverso, a Magistratura, com ecos na doutrina,<sup>7</sup> está restando a atuação

7. Veja-se o que dizem TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e, *in* "Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional", S. Paulo, RT, 1993, p. 127 e ss. o primeiro, um processualista consagrado: "De todo exposto no precedente § 1.º deste ensaio, parece-nos ter sido clarificado que o Ministério Público somente pode utilizar o importante instrumento de tutela de interesses públicos e sociais relevantes nos casos expressamente previstos em lei. E mesmo assim, dada a excepcionalidade de sua atuação, mediante a ação civil pública, quando, a par do suporte legal, seja oportuna e conveniente a sua propositura, que deverá concretizar-se objetivamente, sem qualquer conotação personalística, e, obviamente, sem um mínimo de paixão; vale dizer, com absoluta exatidão. (...) Somando-se a tudo isso a equívoca interpretação (e conseqüente errônea aplicação) do disposto nos arts. 287 do CPC e 11 e 12 da Lei 7.347/85, de sorte a formularem-se, com freqüência, petições iniciais tecnicamente ineptas, não temos dúvida em afirmar, embora com o respeito devido, que a utilização da ação civil pública, pelo Ministério

do Ministério Público, negando a possibilidade de este ser um dos porta-vozes de interesses sociais, valendo-se da dogmática processual civil tradicional nas concepções de “legitimidade” e “interesse” usuais.

#### **4. A Análise Ideológica: limites ideológicos do poder Judiciário Moderno**

Para iniciar a crítica da ideologia moderna sobre a estrutura judiciária, deve-se, primeiramente se aproximar e dar alguns pressupostos do problema.

Em primeiro lugar, há a questão do ensino jurídico, que basicamente reproduz a Dogmática Jurídica tradicional, já esta não isenta de críticas ideológicas. Nessa área, ressalta o aspecto de “controle político-ideológico” que marcou a faculdade de Direito no período autoritário pós-64, com seqüelas vistas até hoje, com a ausência de pesquisa jurídica digna desse nome. Esse controle se deu com um programa meramente profissionalizante, formalista, tecnicista, sem rigor metodológico, acrítico, contrário à reflexão. Desse panorama, surgiu uma grande escola de “processualistas” e uma quase nula geração de filósofos do Direito e constitucionalistas (salvo aqueles ideólogos do regime).

Vale a pena transcrever um parecer do Conselho Nacional de Pesquisas Científicas e Tecnológicas (CNPq):

“As faculdades de direito funcionam como meros centros de transmissão de conhecimento jurídico oficial e não, propriamente, como centros de produção de conhecimento jurídico. Neste sentido, a pesquisa das faculdades de direito está condicionada a reproduzir a “sabedoria” codificada e a conviver “respeitosamente” com as instituições que aplicam (e interpretam) o direito positivo. O professor fala de códigos e o aluno aprende (quando aprende) em códigos. Esta razão, somada ao despreparo metodológico dos docentes (o conhecimento jurídico tradicional é um conhecimento dogmático e as suas referências de verdade são ideológicas e não metodológicas), explicam porque a pesquisa jurídica nas faculdades de Direito, na graduação (o que se poderia, inclusive, justificar pelo nível preliminar do aprendizado) e na pós-graduação é exclusivamente bibliográfica e legalista é a jurisprudência de nossos próprios tribunais. Os juízes mais citam a doutrina consagrada (existem tribunais que em Direito Administrativo trabalham com um único doutrinador e, em Direito Comercial, por exemplo, abalizam as suas decisões em autores (dois ou três) que, predominantemente, escreveram seus trabalhos imediatamente após a Segunda Guerra Mundial) do que sua própria jurisprudência. (...)” (*apud* José Eduardo Faria, op. cit., p. 28).

Um segundo pressuposto, antes de examinar a ideologia propriamente, diz respeito ao direito material ensinado, cuja análise, feita pela Dogmática tradicional, ignora por completo outras fontes, etiquetando de “jurídica” apenas a normatividade produzida pelo Estado.

Público, a par de exagerada, tem-se mostrado realmente abusiva. (...) Urge, pois, que a consciência jurídica nacional, especialmente dos Chefes das respectivas instituições ministeriais e dos agentes do Poder Judiciário, tenha presente a necessidade de pôr-se cobro à insólita situação a que chegamos ...”.

Pois bem, o que é ensinado, em contraste com a realidade, demonstra insofismavelmente que este “Direito” normatiza e garante as expectativas de uma classe, o que já foi criticado por outros autores mais abalizados. Destacamos também um trecho de José de Eduardo Faria e Celso Campilongo que dá um prognóstico acabado do problema: “o Código Civil garante formalmente o direito de propriedade, mas 60% da população não é proprietária de nada” (op. cit., p. 24).

Nesse ambiente de ensino e de objeto ensinado é que se formam (ou começam a se deformar) os juízes e membros do Ministério Público. Entretanto, a influência ideológica nas concepções de ensino jurídico e do próprio Direito tem um significado lateral no nosso ensaio. Quando o juiz fulmina a ação civil pública por entender a ilegitimidade de parte, ou impossibilidade jurídica do pedido, fazendo uso discutível da “técnica”, tem mais importância na nossa análise a ação do que a justificação, que é instrumental, embora a técnica nesse caso já sirva propositalmente aos fins da ideologia dominante.

Na nossa óptica, o fator determinante que *motiva* o magistrado a optar pela solução de negar a nova função judiciária proposta pelas legislações de vanguarda é ideológico, fruto de uma falsa consciência da concepção de “direito” apreciado por ele, juiz.

Essa ideologia é a moderna (liberal), que estruturou o Poder Judiciário para o julgamento de conflitos burgueses, que discutem propriedade, herança, contratos, família, crimes contra o patrimônio — curiosamente, as mesmas matérias quase que exclusivamente ensinadas na faculdade de direito.

O terceiro pressuposto a ser examinado e já analisado *en passant* em relação ao Ministério Público, é o fato do Poder Judiciário ser uma estrutura burocrática, que comporta algumas especificações e conseqüências.

Dá-se a entender que a abordagem ideológica leva em conta o sentido negativo, de origem marxista, que vamos examinar mais a fundo abaixo.

#### 4.1 Conceito de Ideologia

Antes de adentrar na questão da influência da ideologia liberal na praxe do Judiciário, principalmente no Distrito Federal, deve-se primeiro agrupar os dois principais conceitos de ideologia, com algumas de suas variantes, para, com essa base teórica examinar com mais precisão os efeitos do modernismo. E um desses é a rejeição, por causas aparentemente técnicas, da própria concepção da ação civil pública como possibilidade científica.

Segundo Stoppino,<sup>8</sup> há dois grandes gêneros de conceitos do termo Ideologia. O primeiro, de sentido neutro (ou fraco) vem designar um “sistema de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. “No segundo sentido, Ideologia tem conotação negativa (ou forte) e tem origem na concepção marxista, que identifica o termo com “a falsa consciência das relações de domínio entre as classes”, através do caráter mistificante de determinada crença política.

8. Em ensaio escrito para o verbete “ideologia”, no Dicionário de Política de Norberto Bobbio *et alii*, referido ao final.

Em Geuss,<sup>9</sup> além do conceito neutro de juízo de valor, que ele chama de ideologia no sentido descritivo,<sup>10</sup> e do negativo ou pejorativo — em que o autor indica três maneiras de falsa consciência: epistêmica, funcional e genética — há ainda ideologia no sentido positivo, no qual, aproveitando-se da concepção descritiva, estabelece-se um sistema sócio-cultural ou uma visão de mundo apropriada para um dado grupo, a fim de satisfazer suas necessidades, desejos e objetivos.

Em nosso ensaio, interessa-nos o conceito negativo ou pejorativo: a) os “ismos” jurídicos (positivismo, jusnaturalismo, teorias puras) a dogmatizar concepções do que vem a ser “direito” que epistemologicamente mascaram as possibilidades de conhecimento da matéria; b) falsas representações e apresentações, como juízos de valor que se tornam juízos de fato (apoliticidade e imparcialidade da atividade judicial, *pacta sunt servanda*, necessidade de controle de constitucionalidade judicial, esquema individualista na configuração e resolução de conflitos, independência dos juízes, segurança jurídica, divisão de poderes); c) interesses particulares que falsamente se tornam interesse geral, cujo maior exemplo é o direito estatal, dominando e regulando determinadas relações a título de “vontade geral”, embora sirva a interesses do liberalismo. Nesse ponto, o Direito como “ciência” neutra e devendo ser “tecnicamente aplicado” permite a neutralização máxima dos “valores” nessa ciência do espírito, tomando-a não mais do que uma lógica refinada, uma “técnica social de resolução de conflitos”.

4.1.1. A falsa consciência funcional: a estrutura a serviço da ideologia moderna.

Dentro da perspectiva de “falsa consciência”, pode-se analisar agora alguma das influências da classe vitoriosa na modernidade na estrutura judiciária e as conseqüências disso na recusa à tomada de posição necessariamente político-coletiva (em contraposição ao papel político-individual).

Para definir burocracia, no sentido weberiano, constata-se que a estrutura exige: especialização, designação por mérito, impessoalidade, um corpo normativo prévio estabelecendo competências, responsabilidade e comandos, e uma carreira hierarquicamente definida.<sup>11</sup> Toda essa estrutura serve para legitimar uma dominação (“probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas dentro de um determinado grupo de pessoas, baseada nos mais diversos motivos de submissão: desde o hábito inconsciente até considerações puramente racionais, referentes afins”, op. cit., p. 139). Para Weber, há três tipos puros de dominação legítima: 1. de caráter racional, “baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em

9. R. Geuss, “The idea of a critical theory”. Cambridge University Press, 1981, pp. 4-45.

10. “Beliefs the members of the group hold, the concepts they use, the attitudes and psychological dispositions they exhibit, their motives, desires, values, predilections, works of art, religious, rituals, gestures.” Op. cit. p. 5.

11. Max Weber. “Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva”, trad. Regis Barbosa *et alii*, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1991, p. 139 e ss.

virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal)”; 2. caráter tradicional e 3. caráter carismático (do líder). A primeira é a que nos interessa, por se referir à forma de dominação burocrática.

Nessa estrutura, há a crença de que se está obedecendo não a um senhor mas a algo impessoal e racional (a um conjunto de regras), que provocam a *ilusão* de que os dominados se curvam a desígnios técnicos e não atos de vontade (estatal) de quem está no poder.

A consequência de uma estrutura burocrática foi sintetizada por Zaffaroni: “qualquer inovação torna-se perigosa ou, pelo menos, assim é percebida. Isto faz com que sempre que os operadores burocratizados se vejam forçados a exteriorizarem ideologias (sempre também em situações limítrofes, porque do contrário não o fazem) em geral o fazem expressando tendências elitistas, reacionárias ou antidemocráticas, mas não por motivo de uma autêntica convicção ideológica, senão por meras razões de segurança, embora sem pecar pelo exagero, o que os retiraria da discreta zona cinzenta, gerando-lhes um novo perigo. Toda prudência se torna perdida quando a auto-estima lhes impõe racionalizar a ideologia que expressam ou quando o poder parece ser demasiadamente forte.” E conclui que “toda burocracia é resistente a mudanças, porque o comportamento *ritualista, obsessivo e reiterativo* capacita apenas para a repetição do que foi apreendido, e tanto a sua permanência quanto os liderados se vêem em perigo quando lhes são impostas alterações nas regras” (op. cit., pp. 162-163).

Zaffaroni, assim, não nega que o modelo burocrático seja inerente ao Judiciário. Mas esse esquema atual, apesar de garantir um certo nível técnico-racional (embora a “técnica” já seja contaminada ideologicamente), provoca o desabamento de um dos mitos cristalizados pela falsa consciência: o da “independência dos juízes”. “A defesa contra as condições institucionais adversas, nestas estruturas, são as atitudes ou comportamentos ritualistas, que consistem em cumprir de modo reiterativo, obsessivo e submisso as mesmas formas, esquecendo ou relegando os conteúdos e objetivos da função. Afora o ritualismo, outro mecanismo de fuga será a negação consciente ou inconsciente do próprio condicionamento, mediante decisões evasivas, isto é, diante de qualquer decisão suscetível de gerar conflitos, adota-se a atitude primária de evitá-la, apelando a qualquer recurso formal (suscitar incompetência mais ou menos descabida, subordinar a decisão de mérito à alçada, etc.). Frequentemente para evitar conflitos e sobreviverem, seus operadores devem ocultar suas ideologias ou fazer alarde de que não as compartilham e, no fundo, quando tenham internalizado completamente as regras burocráticas e se encontrem em conflitos pessoais insustentáveis, acabam substituindo sua própria concepção de mundo por um puro sistema de racionalizações que lhes permite subsistirem dentro do âmbito de poder em que se achem inseridos” (op. cit., pp. 158-159).

Outro mito associado à estrutura burocrática e suas funções, diz respeito à apoliticidade, neutralidade e imparcialidade do juiz.

Nesse aspecto, é impróprio se falar em “questão jurídica” em oposição à “questão política”, pois quando se decide um conflito, seja de que natureza for, está-se interferindo em negócios que dizem respeito à vida dos cidadãos, da *polis*, com reflexos nas condutas futuras e, logo, são decisões políticas (ato de vontade do Estado, em última instância, para resolver controvérsia social).

Entretanto, sempre se reivindicou para o Poder Judiciário a imparcialidade nessas decisões políticas, traduzidas na dissociação dos juízes de facções partidárias e na aplicação da lei de forma mais ortodoxa possível, sem “desvios” hermenêuticos ou puro abandono das soluções previamente legalizadas, o que gera a falsa consciência epistêmica a seguir.

4.1.2 A falsa consciência epistêmica: o discurso jurídico e o direito material reconhecido.

Alguns aspectos da falsa consciência, a respeito das limitações epistêmicas<sup>12</sup> sintetizam-se na atitude dos liberais que primeiro invocaram o Direito Natural para superar o *ancien régime*, para depois cristalizar suas conquistas num positivismo estrito, que teve na Escola da Exegese e nos civilistas franceses os mais ferrenhos defensores.

Como dissemos, pode-se perceber que a ideologia liberal está imanente não só na praxe judicial, por se tratar de uma burocracia, mas também no próprio discurso científico do Direito, através da Dogmática jurídica.

Assim, para os modernos, a lei, “expressão racional da vontade popular”, deveria ter no Judiciário um órgão que aplicasse aquelas decisões substantivas e que basicamente diziam respeito à defesa da propriedade, garantia dos contratos e criminalizavam condutas atentatórias contra o patrimônio e boafé, atendendo o tráfico jurídico às demandas burguesas. No plano constitucional, os direitos individuais proclamavam a liberdade e a igualdade como valores supremos e inalienáveis do homem. Só que a “liberdade” era tida como liberdade de ser proprietário e bem dispor de seu patrimônio (liberdade de contratar), e igualdade era no plano jurídico-formal, traduzido na máxima “todos são iguais perante a lei”, sendo o grande industrial e o miserável trabalhador braçal vistos sob a mesma perspectiva, quando seus interesses estão contrapostos.

De fato, essas concepções enraizaram-se na burocracia judiciária e a expressão de uma classe generalizou-se no legalismo, como se a lei fosse em rigor a expressão correta e não distorcida do querer coletivo de todos os estratos sociais. Ora, quem não tinha patrimônio, não podia contratar, estava “fora do mundo” jurídico, a não ser na esfera penal, quando há repressão contra aqueles que de um modo ou de outro interferem no livre gozo da propriedade alheia.

Michel Miaille assim sintetiza a questão: “Num primeiro momento, que dizer, durante a dominação do modo de produção escravagista e feudal, os juristas e os filósofos do direito tentaram explicar o direito por referência ao seu conteúdo, na medida em que o direito exprimia o justo, o que é reto. (...) Os juristas aparecem então profundamente solidários com a filosofia, mesmo com a teologia, que é a forma ideológica dominante na sociedade feudal.<sup>13</sup> Esse conteúdo variará em seguida para se tornar, na sua expressão idealizada, o direito natural em nome do qual será feita a revolução de 1789. Mas um outro tipo de reflexão vem substituir a partir do começo do século XIX esta concepção do direito. Tudo se passa como se a burguesia, que utilizara os símbolos da balança e da espada da justiça para se prevalecer

12. Roberto Lyra Filho. “O que é direito”, Editora Brasiliense, 1982, pp. 30-31.

13. Cf. Carl Schmitt. In “Conceito de Político”, Petrópolis, Vozes, 1992.

deles na sua luta contra o feudalismo, cortasse de repente o caminho a essa ideologia sempre perigosa para a ordem estabelecida. De fato, a paz burguesa implica uma outra concepção do direito, como agente formal da segurança e da ordem. (...) É toda uma outra concepção da “ciência” jurídica: a nascida do cientismo realista do século XIX. (...) As complexidades são à medida das contradições de uma sociedade burguesa alimentada por uma ideologia liberal e naturalista, mas produzindo hoje em dia uma ideologia tecnicista e formalista.” (in “Introdução Crítica ao Direito”, 2.<sup>a</sup> edição, Editorial Estampa, Lisboa, 1994, pp. 244-245).

#### 4.2 A falsa consciência na prática

No plano judiciário e processual, entendia-se por “conflito” como aquele oriundo apenas da violação do direito objetivo-material, cujos conteúdos são aqueles que acabamos de mencionar, sintetizados no Direito Civil.

Num segundo momento, com a evolução histórica e a gritante desigualdade social no contrato de locação de serviços (posteriormente, contrato de trabalho), criou-se a Justiça Trabalhista, com reformas institucionais no campo do direito material (garantias mínimas ao empregado e de ordem pública, inafastável pelas partes), processual (admissão de sindicatos em nome dos trabalhadores) e na própria estrutura judiciária. Uma das razões em se criar uma nova jurisdição, para resolução de conflitos trabalhistas, foi justamente livrar o juiz das pré-compreensões civilistas, incompatíveis com uma nova mentalidade *pro operario*.

Algo assemelhado se passa com as novas categorias intermediárias de sujeitos de direito coletivos e difusos, que também significam uma ruptura com os esquemas civilistas. A estrutura Judiciária permanece a mesma, acostumada com uma atuação política individualizada, privatística, estudando casos numa perspectiva que afetam apenas às partes em litígio, aplicando categorias do processo civil e do Direito Civil codificados e que pouco se alteraram em substância desde o princípio do século (o Código Civil é de 1916 e o de Processo Civil é de 1973, mas substancialmente trabalha com o mesmo esquema de relação processual individualizada dos Códigos anteriores).

Esse ambiente ideológico, onde os operadores do direito acreditam estar aplicando “imparcialmente” normas e uma “Ciência” pura e livre de injunções “políticas”; numa burocracia que tende a reproduzir a práxis dos mais antigos; enfim, toda essa série de questões tornam a agência judiciária ideologicamente incompatível com a resolução de conflitos de grande alcance político, com a idéia de novos direitos e novas soluções, com novos modelos processuais e sociais.

A maneira clássica do Poder Judiciário não reconhecer direitos e interesses difusos e coletivos é adotar a solução “técnica”, que esconde todas essas pré-compreensões já mencionadas num mecanismo pouco comprometedor: é a “impossibilidade jurídica do pedido”, a “ilegitimidade de parte”, “a falta de interesse de agir”. Buscam desesperadamente o “indivíduo” no conflito, pois sem ele não se consegue trabalhar a idéia de ação judicial.

Assim, a questão da imparcialidade, apoliticidade e independência do Judiciário, petições de princípio e representações não muito bem analisadas,

não passam de um mascaramento ideológico moderno e tentativa de congelamento e manutenção de uma ordem de dominação, via discurso cientificista (distorção epistêmica) e estrutura burocrática (distorção funcional).

No plano prático, verifica-se alguns exemplos do Poder Judiciário local, bastante sintomáticos.

Veja-se o que diz o Desembargador Lécio Resende sobre a ação civil pública: "(...) tive notícia de que o professor Calmon de Passos, ardoroso defensor da introdução na Constituição dos predicamentos obtidos pela Instituição (Ministério Público), em conferência pronunciada na Escola Superior do Ministério Público, teria se penitenciado, *convalidando até o entendimento que tenho casualmente me manifestado aqui quanto à absoluta ilegitimidade para a propositura da chamada ação civil pública, que para mim já induz a idéia de paradoxo, porque até onde aprendi a ação civil diz respeito, exclusivamente, a interesse privado tutelado pela lei. Não posso conceber a existência de ação civil pública*". (voto dado no HC 6.656/94).

Em ação civil pública contra o contrato de adesão imposto por uma grande construtora e incorporadora do Distrito Federal (Proc. 14.463/95, 9.ª Vara Cível-DF, em grau de recurso ao TJDF, Apelação Cível 35.391/95), o juiz sentenciante, ao fulminar a legitimidade do Ministério Público para propor ações civis públicas exarou que "(...) basta um ligeiro exame da exordial para constatar a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para os termos desta demanda, intentada, como se colhe do relatório supra, para defender direitos disponíveis de pequeno e determinado grupo de consumidores adquirentes de imóveis de empresa incorporadora. (...) A consagração da legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, para propor ação civil pública na hipótese de interesses individuais homogêneos me parece extremamente perigosa, pois tal legitimidade pode suprimir inclusive, o direito subjetivo público do indivíduo para propor determinadas ações de seu interesse."

Outros juízes vem repetindo esse entendimento (cf. proc. 39.176/93, 4.ª Vara Cível, MP vs. Encol S/A, entre tantos outros), demonstrando que a questão não é falta de norma (legal e constitucional) a dar suporte à atuação do Ministério Público, mas falta de uma base ideológica não assentada no modernismo.

Vê-se duas saídas para a solução de conflitos sociais referentes a excluídos, categorias não organizadas ou não organizáveis de indivíduos: a) ou se parte para uma concertação de interesses fora do modelo técnico-burocrático do judiciário ou b) se reforma a instituição para se adaptar ao julgamento de mérito desses novos conflitos.

## 5. Conclusões

Por conclusão do exposto, pode-se afirmar que:

I — A estrutura judiciária é do tipo burocrática-moderna, preparada para a administração da justiça do tipo liberal-burguês.

II — Ao se agregarem elementos e finalidades sociais ao Estado brasileiro, especificamente de cunho trabalhista, impôs-se uma reforma na estrutura dos tribunais, para afastar concepções civilistas da ideologia judiciária da época, criando-se a justiça trabalhista.

III — O movimento de acesso à Justiça e o surgimento de conflitos sociais emergidos de setores sociais típicos de uma sociedade não-moderna, estão a demonstrar a obsolescência dessa estrutura, por não estar adaptada a soluções político-finalísticas.

IV — Como consequência, esses conflitos novos estão a exigir técnicas de decisão novas: ou marginais à estrutura judiciária atual, ou através de reformas nessa estrutura, que permitam decisões que atendam à demanda de justiça nessas áreas, podendo-se manter a estrutura atual para os conflitos civilistas.

V — A ação civil pública, como instrumento de acesso à Justiça de novos direitos sociais e de interesse primário da sociedade e, ainda, como ação típica do Estado-executivo/juiz/ministério público/sociedade civil funcionando como freio às práticas injustas do mercado (sociedade) e de outros poderes políticos (Estado), representa a tentativa de implementação de promessas de um Estado de bem-estar, remetendo à instância judiciária questões antes deixadas somente às conveniências políticas dos órgãos do Executivo e Legislativo, isto é, quer-se dar um caráter cogente a essas promessas constitucionais de maior igualdade material e justiça social.

VI — O modelo de Judiciário atual não é compatível ideologicamente com esse novo momento jurídico-político-social (pós ou não-moderno), o que, de fato, vem frustrar as expectativas decorrentes de uma nova concepção de direito dessubstantivado, fazendo-se da ação civil pública um instrumento de possibilidade de resolução participativa de conflitos, sem necessariamente haver decisões legalistas prévias, na qual o juiz tem um papel mais de mediador do que decisório.

VII — A ação civil pública, na tutela de interesses difusos e coletivos, é um instrumento decisivo na superação do modelo moderno de jurisdição, permitindo o “vir ao mundo” demandas antes excluídas, numa configuração não substantiva e aberta de conflitos e soluções, mais participativa e democrática.

## Bibliografia

- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, trad. Carmen Varriale et alii, 5.ª ed., Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5.ª ed. — Coimbra, Livraria Almedina, 1992.
- GEUSS, R. *The idea of a critical theory*. Cambridge University Press, 1981.
- HABERMAS, Jürgen. *A nova intransparência: A crise do estado do bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*. Novos Estudos Cebrap, n. 18, 1987.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. Coleção primeiros passos, Ed. brasiliense, 1982.
- MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa, Ed. Estampa, 1994.
- SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político*. Petrópolis, Vozes, 1992.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, Volume 1, trad. Régis Barbosa et alii — Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, acertos e desacertos*, trad. Juarez Tavares — São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.