DÉLTON ESTEVES PASTORE

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA ORDEM CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA E SUA ATUAÇÃO NO PROCESSO CIVIL**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP
2014**

DÉLTON ESTEVES PASTORE

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA ORDEM CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA E SUA ATUAÇÃO NO PROCESSO CIVIL**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP
2014**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha Catalográfica

Pastore, Délton Esteves
P269m O Ministério Público na ordem constitucional brasileira e
sua atuação no processo civil / Délton Esteves Pastore –
São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2014.
372 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon
Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Processual, 2014.

1. Ministério Público. 2. Direito constitucional. 3. Processo
civil. I. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. II. Título.

CDU

Dedicatória

*A Deus e a Nossa Senhora Aparecida por me guiarem pelos caminhos da vida.
A Rosely, com amor e agradecimento pelo apoio, sempre muito importante.
Às minhas filhas Renata e Gabriela, em quem encontro inspiração para tudo.
Aos meus pais Dougnay (in memorian) e Irene, por me permitirem e me inserirem no
mundo do bem. Meu amor, para sempre.*

AGRADECIMENTOS

É tarefa difícil a de agradecer, não pela sinceridade de quem a reconhece e manifesta, mas pelo risco de deixar de fora os que direta e indiretamente colaboraram para que esse trabalho pudesse ser concluído. Não posso deixar de expressá-la.

Muitas pessoas, colegas e amigos vêm à minha lembrança, desde que iniciei essa trajetória. Nas pessoas da Procuradora de Justiça Cecília Matos Sustovich, e do Desembargador Cesar Mechi Morales, em quem sempre encontrei o apoio necessário e a disposição em debater sobre os mais variados temas, agradeço a eles e aos demais.

Sou grato aos professores dos Departamentos de Direito Processual e de Direito do Estado por onde passei, pelas lições e esclarecimentos que sempre me foram úteis.

Ao convívio com os colegas, de que jamais esquecerei.

Ao Professor José Roberto dos Santos Bedaque, pela clareza das suas ideias e acolhimento, quando do meu retorno às aulas do Pós Graduação.

Aos Professores Heitor Vitor Mendonça Fralino Sica e Marcelo José Magalhães Bonício, integrantes da Banca de Qualificação, agradeço pelas críticas e correções que me foram dirigidas para o aperfeiçoamento da tese, as quais procurei seguir.

Ao Professor Paulo Henrique dos Santos Lucon, meu orientador, que em nenhum momento deixou de me amparar e incentivar para que alcançasse esse objetivo. Durante a orientação nossas conversas foram sempre muito profícuas, pois o domínio que exerce sobre a matéria permitiu que as dúvidas e os destinos desse estudo alcançassem sua razão de ser.

Não é possível descrever em tão poucas linhas a experiência que vivenciei ao longo desses anos. O mundo acadêmico e as vicissitudes que dele se colhem fizeram parte do motor da minha vida.

PASTORE, Délton Esteves. *O Ministério Público na ordem constitucional brasileira e sua atuação no processo civil*. 2014. 372 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

RESUMO

Para contribuir com a ciência jurídica o presente estudo teve a finalidade de examinar o Ministério Público no Brasil, cujo modelo desenhado em 1988 o coloca em posição de destaque frente a congêneres de outros países da *civil law*, principalmente em razão da independência e da ausência de hierarquia entre os seus membros. O ponto crítico assentou-se na afirmação da existência de um elo que conduz todos os seus integrantes, de cujos interesses não podem se furtar porque traçados pelo próprio legislador. Por questões organizacionais são distribuídos entre eles, mas sua racionalização depende do abrandamento da independência funcional que cada qual entende ostentar. No primeiro capítulo a Instituição foi tratada no contexto constitucional, onde são encontrados os seus fins e garantias, assim como dos seus integrantes, as últimas idênticas às da magistratura nacional. No capítulo seguinte tratou-se de estudar sua fisionomia institucional, seus princípios, normas e os mecanismos internos de controle para o devido tratamento isonômico do público destinatário das suas ações. A terceira parte foi destinada às políticas públicas, cujo interesse tem se mostrado atual e desafiador para a integração dos membros do *Parquet*. Seguiu-se estudo sobre a investigação civil e o sistema de produção de provas, sobretudo como passo para a ação civil. Os dois últimos capítulos versaram sobre o processo civil individual e o processo civil coletivo, com o escopo de demonstrar suas diferenças, assim como o esperado comportamento do Ministério Público frente aos conflitos que os integram.

Palavras chave: Ministério Público - Constituição - Processo Civil - Independência Funcional - Racionalização.

PASTORE, Délton Esteves. *The Prosecutors Office in the brazilian constitutional order and its participation in the civil procedure*. 2014. 372 f. PhD Thesis, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

ABSTRACT

To contribute to legal science this study aimed to examining the Prosecutors Office in Brazil, whose model which has been drawn up in 1988 puts it in a prominent position before the peers of other civil law countries, mainly due to the independence and absence of hierarchy among its members. The critical point was grounded on the assertion of a link leading all its members, of whose interests they cannot escape for being set by the own legislator. For organizational issues they are distributed among them, but their rationalization depends on the relaxation of the functional independence that each intends to bear. In the first chapter the Institution was treated in the constitutional context, where its purposes and guarantees are found, as well as its members', being the latter identical to the national bench. The next chapter studies its institutional features, its principles, rules and internal control mechanisms for the proper isonomic treatment of the target public of their actions. The third part deals with public policies, whose interest has been current and challenging for the integration of Parquet members. This was followed by the study of civil investigation and the evidence production system, especially as a step towards civil action. The last two chapters deal with the individual civil procedure and collective civil procedure, with the aim of demonstrating their differences, as well as the expected behavior of the Prosecutors Office in face of the conflicts that integrate them.

Keywords: Prosecutors Office - Constitution - Civil Procedure - Functional Independence - Rationalization.

PASTORE, Délton Esteves. *Le Ministère Public dans l'ordre constitutionnel brésilien et sa mise en scène dans la procédure civile*. 2014. 372 f. Thèse (Doctorat). Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, 2014.

RÉSUMÉ

Pour contribuer avec la science juridique, cette étude a eu comme but l'examen du Ministère Public dont le modèle dessiné en 1988 le met dans une position remarquable vis-à-vis ceux d'autres pays de *civil law* qui lui ressemblent, surtout en raison de l'indépendance et de l'absence de hiérarchie entre ses membres. Le point critique s'appuie sur l'affirmation de l'existence d'un lien conduisant tous ses participants qui ne peuvent pas s'écarter de ses intérêts, puisqu'ils ont été projetés par le législateur même. Pour des questions d'organisation, ils sont distribués parmi eux mais la rationalisation dépend de l'adoucissement de l'indépendance fonctionnelle que chacun entend démontrer. Au premier chapitre, l'Institution a été traitée dans le contexte constitutionnel où on trouve ses fins et ses garanties ainsi que celles de ses participants, étant les garanties identiques à celles de la magistrature nationale. Au chapitre suivant on a traité de l'étude de sa physionomie institutionnelle, ses principes, ses normes et les mécanismes intérieurs de contrôle pour le juste traitement isonomique du public destinataire de ses actions. La troisième partie a été destinée aux politiques publiques dont l'intérêt se présente actuel et provocateur pour l'intégration des membres du *Parquet*. Ensuite on a eu l'étude sur l'enquête civile et sur le système de production de preuves, notamment comme démarche pour l'action civile. Les deux derniers chapitres traitent de la procédure civile individuelle et de la procédure civile collective avec l'intention de montrer leurs différences ainsi que la conduite du Ministère Public en ce qui concerne les conflits qui en font partie.

Mots-clés: Ministère Public – Constitution – Indépendance Fonctionnelle -Rationalisation.

PASTORE, Délton Esteves. *Il pubblico ministero nell'ordine costituzionale brasiliano e la sua attuazione nella procedura civile*. 2014. 372 f. Tesi (Dottorato). Facoltà di Diritto dell'Università di São Paulo, 2014.

RIASSUNTO

Per concorrere alla scienza giuridica, il presente studio ha avuto come finalità l'esame del Pubblico Ministero in Brasile, il cui modello disegnato nel 1988 lo colloca in posizione di rilievo di fronte ai congeneri di altre nazioni della *civil law*, specie a causa dell'indipendenza e dell'assenza di gerarchia tra i suoi membri. Il punto critico si pone nell'affermazione dell'esistenza di un legame che conduce tutti i suoi integranti, a cui interessi non possono sottrarsi perché tracciati dallo stesso legislatore. Per questioni organizzative vengono distribuiti tra di essi, ma la razionalizzazione dipende dall'attenuarsi dell'indipendenza funzionale che ognuno intende ostentare. Nel primo capitolo l'Istituzione viene trattata nel contesto costituzionale, ove si trovano i suoi fini e garanzie, come anche quelle dei suoi componenti, queste ultime identiche a quelle della magistratura nazionale. Nel capitolo successivo, si è trattato di studiare la sua fisionomia istituzionale, i suoi principi, norme e meccanismi interni di controllo per il dovuto trattamento isonomico del pubblico destinatario delle sue azioni. La terza parte è stata destinata alle politiche pubbliche, il cui interesse si presenta attuale e provocatore nei confronti dei membri del Pubblico Ministero. Si è seguito uno studio sull'indagine civile ed il sistema di produzione delle prove, soprattutto come passaggio all'azione civile. I due ultimi capitoli discorrono sulla procedura civile individuale e la procedura civile collettiva, con lo scopo di dimostrare le sue differenze, così come l'atteso comportamento del Pubblico Ministero di fronte ai conflitti che li integrano.

Parole chiave: Pubblico Ministero – Costituzione – Procedura Civile – Indipendenza Funzionale - Razionalizzazione.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO, JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA E DELIMITAÇÃO DO TEMA	12
I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	20
1. Escopo social ou jurídico	20
2. Constituição Federal.....	25
3. Permanência e essencialidade	32
4. Defesa da ordem jurídica e do regime democrático.....	36
5. Defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.....	41
6. Autonomia: autonomia funcional, administrativa e orçamentária.....	50
7. Garantias: vitaliciedade. Inamovibilidade. Irredutibilidade de vencimentos.....	56
7.1. Vitaliciedade.....	59
7.2. Inamovibilidade.....	60
7.3. Irredutibilidade de vencimentos	61
8. Vedações	63
8.1. Vedação ao exercício de outra função pública, exceto uma de magistério.....	65
8.2. Vedação ao exercício de atividade político-partidária	67
8.3. Proibição em receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.....	69
8.4. Quarentena.....	70
9. Conselho Nacional do Ministério Público	71
10. Ouvidorias	77
II. ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL.....	79
11. Unidade	79
12. Unidade. Litisconsórcio facultativo	86
13. Indivisibilidade.....	91
14. Independência funcional	96
14.1. Dependência hierárquica e coordenação	101
14.1.1. Espanha	102
14.1.2. Portugal	103
14.2. Racionalização, segurança jurídica e processo.....	106
15. Promotor natural. Procurador-geral e promotor natural.....	111
16. Atribuições. Atribuição e competência. Distinção.....	117
17. Conflito de atribuições entre membros do Ministério Público	126
18. Conflito de atribuições entre Ministérios Públicos	128
19. Ministério Público como agente político	130

20. Reafirmação da ideologia. Constituição de 1988.....	136
21. Representação política e Ministério Público.....	138
22. Hipossuficiência do corpo social e Ministério Público.....	140
23. Acesso à ordem jurídica justa pelos co-legitimados	142
24. Estrutura. Órgãos da administração superior. Procuradoria-geral da República. Procuradorias-gerais de Justiça. Colégio de Procuradores de Justiça. Órgão Especial. Conselho Superior do Ministério Público. Corregedoria-Geral do Ministério Público.....	147
24.1. Procuradoria-Geral	147
24.2. Colégio de Procuradores	152
24.3. Conselho Superior	153
24.4. Corregedoria-Geral do Ministério Público.....	156
25. Órgãos de execução. Procuradores e Promotores de Justiça.....	158
25.1. Procuradores de Justiça	159
25.2. Promotores de Justiça.....	165
III. POLÍTICAS PÚBLICAS.....	171
26. Introdução	171
27. Conceito	175
28. Direitos sociais	180
29. Custo dos direitos. Reserva do possível.....	184
30. Mínimo existencial.....	189
31. Mínimo existencial e fins institucionais.....	194
32. Separação entre os poderes	199
IV. MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO.....	205
33. Poder investigatório	205
34. Inquérito civil. Antecedentes históricos e enquadramento normativo.....	208
35. Natureza jurídica do inquérito civil.....	212
36. Princípios informadores do inquérito civil.....	216
36.1. Publicidade	216
36.2. Contraditório e ampla defesa.....	220
36.3. Exclusividade	223
36.4. Facultatividade	224
36.5. Formalidade restrita.....	225
36.6. Inquisitividade	226
37. Instauração	228
38. Arquivamento.....	233

39. Recomendação	234
40. Compromisso de ajustamento	235
41. Democratização da investigação	238
42. Prova. Noções gerais	241
43. Conceito e regime jurídico	246
44. Objeto	252
45. Verdade real e verdade formal	255
46. Probabilidade prevalente	256
47. Cargas probatórias. Noções gerais	258
48. Cargas probatórias dinâmicas	259
49. Inversão do ônus da prova	261
50. Audiências públicas. A experiência do STF	263
51. Legitimação da decisão do Ministério Público	265
V. MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO INDIVIDUAL	267
52. Órgão agente	267
53. Órgão interveniente	278
54. Interesse público	284
55. Interesse individual indisponível	286
56. Interesse social	288
57. Demandas individuais	290
58. Limites à atuação do <i>Parquet</i> . Independência ou dependência. Democracia e independência funcional. Fins institucionais e independência funcional. Unidade, independência funcional e promotor natural	292
VI. MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO COLETIVO	296
59. Órgão agente	296
60. Órgão interveniente	298
61. Interesse coletivo	300
62. Interesse individual com efeitos coletivos	305
63. Demandas coletivas	307
64. Orçamentos públicos. Conceito. Efeitos orçamentários	311
65. Tutela judicial de emergência	315
66. Sentença	320
67. Execução imediata. Execução diferida. Inexecução	325
68. Rejeição pelo Legislativo	328
69. Planejamento Estratégico Nacional. Planos de atuação da Procuradoria-Geral	330
70. Sistemas extraprocessuais e sistemas processuais de controle	332

71. Limites à atuação do <i>Parquet</i> . Independência ou dependência. Democracia e independência funcional. Fins institucionais e independência funcional. Unidade, independência funcional e promotor natural.....	334
---	-----

VII. CONCLUSÕES	337
------------------------------	------------

Capítulo I	337
------------------	-----

Capítulo II	339
-------------------	-----

Capítulo III.....	343
-------------------	-----

Capítulo IV	345
-------------------	-----

Capítulo V	348
------------------	-----

Capítulo VI	351
-------------------	-----

REFERÊNCIAS	354
--------------------------	------------

APRESENTAÇÃO, JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O presente estudo tem por escopo realizar análise crítica em que o Ministério Público do Brasil estará ao centro, buscando demonstrar sob a ótica processual qual a contribuição que o novo modelo constitucional e institucional de 1988 trouxe ao país, em que as demandas coletivas passaram a representar o núcleo de interesse, ao passo que as individuais parecem ter mudado de plano, cujos direitos naquele tutelados, de certa maneira justificaram e justificam a reconfiguração da instituição.

Lembro que a democracia direta, segundo os modelos estudados na Grécia e na Roma antiga, quando o povo se reunia e decidia o que era melhor para o seu destino, foi substituída pela democracia indireta ou moderna, através da qual o cidadão escolhe seus representantes e estes em seu nome agem como seu mandatário, após devido processo legal eleitoral. É verdade que esse modelo está longe de ser o ideal, pois na prática a atuação desses grupos intermediários formados pelos partidos políticos nem sempre coincide com os anseios e os interesses da população.

Essa constatação destoa dos fins institucionais, estreita e expressamente comprometidos com a defesa da ordem jurídica em sentido lato (CF, art. 127, *caput*). Ao mesmo tempo, o exame do sistema normativo permite afirmar que a compatibilidade da legislação infraconstitucional deve obediência à Constituição, cabendo ao Ministério Público sua defesa incondicional.¹ Portanto, o texto fundamental traçou caminhos de partida e de chegada, cabendo a seus integrantes, do Procurador-Geral ao mais novo Promotor ou Procurador sua observância.

A presente tese buscará demonstrar que a instituição ainda tem muito a trilhar e a contribuir, mas para tanto é necessário corrigir rumos e rever dogmas, tanto do ponto de vista estrutural, quanto cultural, científico e jurídico.

Não é mais o caso de se investigar se se trata ou não de um quarto poder e de se enaltecer os notáveis poderes atribuídos ao Ministério Público em 1988. A seu respeito,

¹“Não é a lei (o direito administrativo) que limita a ação da Administração Pública; é o próprio legislador ordinário que não pode ultrapassar a esfera de direitos invioláveis dos cidadãos, garantidos pela Constituição”. DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 78, jan./mar. 1999.

muito se escreveu e se propalou, o que é perfeitamente compreensível em período que sucedeu os anos de chumbo pelos quais passou a sociedade local. É hora de avançar, utilizar experiências, otimizar recursos e meios, racionalizar para o melhor aproveitamento dessa organização. Clama-se pelo constante e necessário aprimoramento, após sua reconfiguração.

É comum o membro do *Parquet* trazer para o cotidiano de atuação experiências pessoais, atreladas à sua formação familiar, acadêmica e profissional. Todavia, muitas vezes invade a esfera administrativa ou açodadamente afora demandas reprovadas no decorrer da escalada processual.

Esse fenômeno está diretamente ligado ao leque de múltiplos interesses catalogados na constituição e nas leis, frente aos quais não raro se chocam os fatos da vida, surgem as crises de direito material, quando os integrantes da instituição têm o dever funcional de atuar.

Para tanto é preciso reconhecer que esses conflitos não mais se resumem ao confronto entre Tício e Caio, em que um ou outro, em razão da pessoa ou da matéria estava a justificar a intervenção ministerial, mas em questões estruturais e de Estado a que Berizonce denomina por Conflitos de Interesse Público ou Estratégicos, ou seja, “aqueles que envolvem direitos fundamentais coletivos, canalizados através dos denominados litígios de direito público, desenvolvidos a partir da década dos anos 50 no direito norteamericano”.²

Os órgãos internos da administração têm o dever de se posicionar e demonstrar qual a melhor interpretação jurídica sobre determinados temas, buscando diálogo externo, interno e inclusivo para a construção de soluções baseadas no consenso e na eficiência. O mesmo deve se dar entre os Ministérios Públicos, como ocorre com a atividade jurisdicional, em que a tutela jurisdicional efetiva tem por escopo atingir nível de excelência, firmando posições sobre os mais variados temas. É necessário percorrer essa trilha.

Além das suas funções tradicionais, tem buscado interferir fortemente nos destinos do estado, às vezes necessariamente, enquanto em outras parece querer avançar em limites constitucionalmente reservados a cada um dos poderes, correndo o risco de afrontar a Constituição Federal e se desviar do comando prescrito pelo legislador constituinte, que

²“...aquellos que involucran derechos fundamentales colectivos, canalizados a través de los denominados litígios de derecho público, desarrollados a partir de la década de los 50’ em el derecho norteamericano”. (“aqueles que envolvem direitos fundamentais coletivos, canalizados através dos denominados litígios de direito público, desenvolvidos a partir da década de 50 no direito norteamericano”). BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fé, t. 2, p. 76, 2011.

lhe exige não só a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, mas também do regime democrático.

Outras vezes, propõe que a instituição deixe de atuar em determinados temas, dando ensejo ao acionamento dos órgãos de controle interno que não necessariamente podem se conformar com a solução alvitada (refiro-me ao que dispõe o art. 28, do Código de Processo Penal; o art. 9º e §§ da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública e ao que se convencionou chamar por art. 28 Cível, também aplicado quando o integrante entende não dever atuar em dada relação processual, por analogia à solução prevista pela legislação processual criminal.

A independência funcional tem sido a mola propulsora e a retaguarda para toda e qualquer ação ou inação ministerial.³ Escudados nesse princípio, muitas vezes parece que alguns órgãos da instituição, voluntária ou involuntariamente invadem o terreno constitucional, fazendo tábula rasa de outros princípios igualmente inscritos na lei fundamental, aos quais deve idêntica obediência, ou mesmo atuam em dissonância com a orientação da jurisprudência interna ou externa, igualmente importantes para uma atuação racional e pragmática, ou ainda parecem querer colher dividendos políticos ao atuar em conflitos estranhos ao interesse institucional.⁴

Apesar da amplificação dos poderes e deveres do Ministério Público de 1988 sua evolução orgânica ainda tem sido obtida pelos esforços individuais, como sempre ocorreu. A reconfiguração parece ter surpreendido a velha estrutura organizacional, quando o processo individual era a sua meta. Hoje, os conflitos são multifários, e exigem conhecimentos específicos, aperfeiçoamento, debates institucionais, inclusão funcional, pessoal, técnicos, equipamentos, enfim, esforços jamais sentidos e que têm posto em cheque sua eficiência.

³“De acordo com o princípio da independência funcional, aos membros do Ministério Público são direcionadas duas garantias vitais ao pleno exercício de suas funções: a) podem atuar livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à lei, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais; b) não podem ser responsabilizados pelos atos que praticarem no estrito exercício de suas funções, gozando de total independência para exercê-las em busca da consecução dos fins inerentes à atuação ministerial”. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63.

⁴“... são frequentes os excessos, o que torna imperativo o estabelecimento de diretrizes básicas – e certamente não-exaurientes – para a densificação do princípio da independência funcional, com o consequente afastamento da indesejável semente do arbítrio”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 65.

A Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispôs sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, no art.8º elencou cinco órgãos de apoio administrativo, a saber: I) Centros de Apoio Operacional; II) Comissão de Concurso; III) Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional; IV) Órgãos de Apoio Administrativo; V) estagiários. Todavia, esse aparato tem se mostrado ineficiente para a coordenação e a superação das mais variadas questões com as quais se defronta o órgão singular, em especial para a racionalização da independência funcional, que certamente o levaria a caminhos mais atuais e consentâneos com a ordem jurídica, que lhe cabe tutelar.

Não se pretende flexibilizar ou relativizar o princípio constitucional da independência, cuja existência está voltada à garantia dos interesses da população. A subinterpretação do fenômeno é importante caminho para o seu aniquilamento. Não é o que se propõe.

Estima-se que a racionalização, a otimização e a eficiência das tarefas do Ministério Público podem representar importante avanço na avaliação das demandas (refiro-me aos diversos conflitos de que toma conhecimento, e não apenas às ações que propõe), na elaboração de estratégias, na estruturação dos meios e na proposição de soluções construídas em rede pela própria instituição. Repugno a hierarquização e o retorno à ocasião em que o Ministério Público era um apêndice do governo.

O emprego racional da independência certamente seria sentido pelo Poder Judiciário, ou ao menos deslocaria o debate para uma arena de discussão menos ortodoxa e igualmente legítima. Refiro-me à necessidade de criação de um sistema de precedentes, secundada pelo sincronismo e constante diálogo institucional. A busca e o incremento dos meios alternativos para a solução de conflitos, que se não estão claramente delineados na legislação, começam a despontar como esperança de que seu advento é interessante caminho para a pacificação.⁵ Busca-se conceber modelo mais consentâneo com o plexo de responsabilidades submetidas ao Ministério Público.

⁵“En este sentido, puede afirmarse que las transformaciones del Estado de Derecho han puesto de relieve una crisis profunda, que tiene que ver con la incapacidad del sistema judicial para responder a las expectativas depositadas en la aplicación del Derecho como instrumento de transformación y mejora de las condiciones sociales.

Y es precisamente en este marco de reforma del sistema judicial en el moderno sistema político en el que debe entenderse inscrita la crisis de identidad que afecta al Ministerio Fiscal desde la entrada en vigor de las llamadas constituciones del Estado social. Parece claro que las transformaciones del Estado de Derecho han puesto también de relieve el agotamiento del Ministerio Fiscal liberal, sin que tal modelo haya sido sustituido satisfactoriamente hasta ahora por el que podríamos llamar nuevo Ministerio Fiscal del Estado

O tema tem suscitado vivas discussões no meio acadêmico e doutrinário, havendo quem repudie a substituição do Estado-Administração pelo Estado-Juiz. O primeiro dispõe de todos os elementos – recursos humanos, técnicos, planejamento orçamentário e de execução para decidir com demasiada segurança o que é possível ou não realizar – evidentemente, o raciocínio está fundado em um modelo sério de poder. Seria utópico para essa corrente de pensamento entender que o magistrado, cujos recursos são escassos, sem ausência de planejamento e no exercício tradicional das suas competências teria melhores condições que o administrador. Indiscutivelmente, essa constatação não pode ser desconsiderada, inclusive para o Ministério Público.

Esse, talvez, um dos problemas mais aflitivos do processualista e do constitucionalista, porque a inversão da ordem das coisas pode levar o Estado ao governo dos juízes, para lembrar expressão cunhada na época do constitucionalismo e que levou a Europa a adotar o modelo *kelseniano* de controle de constitucionalidade concentrado das leis.⁶

O processo tradicional continua presente na vida institucional, para a eliminação das crises de direito privado. Muito embora desde 1985, com a superveniência da Lei da Ação Civil Pública e antes dela com a Lei da Ação Popular, o ordenamento local tenha passado a enfrentar os chamados direitos de massa, que devem ser tratados coletivamente, os instrumentos processuais pouco evoluíram, podendo ser comparados ao do mais mezinheiro processo individual em que se veicula direito disponível (o juiz, o foro de discussão, os recursos probatórios são os mesmos e as dificuldades somente se avolumam).

social. El problema fundamental consiste en encontrar nuevas categorías y espacios intermedios entre la dependencia y la independencia, capaces de definir para el Ministerio Fiscal una posición de equilibrio entre la comunicación con el Gobierno y las garantías de legalidad e imparcialidad que deben presidir, en todo caso, el ejercicio de la acción pública en el moderno sistema constitucional”. (“Nesse sentido, pode afirmar-se que as transformações do Estado de Direito tem posto em destaque uma crise profunda, relacionada com a incapacidade do sistema judicial para responder às expectativas depositadas na aplicação do Direito como instrumento de transformação e melhora das condições sociais. E é precisamente nesse marco de reforma do sistema judicial no moderno sistema político o que deve se entender inserida a crise de identidade que afeta o Ministério Público desde a entrada em vigor das chamadas constituições do Estado social. Parece claro que as transformações do Estado de Direito também tem posto em relevo o esgotamento do Ministério Público liberal, sem que tal modelo tenha sido substituído satisfatoriamente até agora pelo que poderíamos chamar novo Ministério Público do Estado Social. O problema fundamental consiste em encontrar novas categorias e espaços intermedios entre a dependência e a independência, capazes de definir para o Ministério Público uma posição de equilíbrio entre a comunicação com o Governo e as garantias de legalidade e imparcialidade que devem presidir, em todo o caso, o exercício da ação pública no moderno sistema constitucional”). FLORES PRADA, Ignacio. Apuntes sobre la posición constitucional del Ministerio Fiscal em España. *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, n. 131, p. 51-52, jul./set. 2012.

⁶LAMBERT, Edoard. *Gouvernement des juges et la lute contre la legislation sociale aus États-Unis*. Paris: Marcel Giard, 1921.

O *Parquet* está inserido nesse contexto, porque a ele o legislador constitucional conferiu legitimação para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, mas também da ordem jurídica e do regime democrático. Deverá haver um ponto de equilíbrio, de razoabilidade e de proporcionalidade, missão das mais difíceis para os operadores do direito e da instituição, mas que também deve se apresentar dentre as opções postas à disposição do promotor ou procurador.

Parece-me que o seu modelo atual é insuficiente. A ação individual do promotor ou procurador face à multiplicidade de matérias em que deve atuar e o aumento de tarefas dificilmente lhe permitirá avaliar adequadamente todas as questões, quiçá instruir investigação com elementos necessários à formação da sua convicção e à do magistrado.

Há experiências suficientes para o aumento da eficiência da instituição, que deverá ser baseada em uma atuação sincronizada e em rede, o que ainda depende de implementação. Embora o exemplo tenha sido encontrado na esfera processual penal, a doutrina espanhola lembra “que um órgão assentado em todo o território nacional, sob uma única direção, é mais apto para a investigação penal que aqueles que por sua própria natureza atuam sem coordenação nenhuma”⁷.

A interdisciplinariedade de matérias processual, constitucional e administrativa servirá de supedâneo para a argumentação e as conclusões.

A presença e a atuação da instituição no Brasil têm sido extremamente marcantes além de indispensável, como em qualquer parte do mundo, não apenas por sua contribuição para o funcionamento das máquinas administrativa, legislativa e judiciária, pois se coloca entre essas respectivas funções do Estado, mas notadamente por sua presença em casos de repercussão nacional e internacional, tudo em cumprimento à democracia e aos princípios e metas constitucionais que lhe foram confiadas e traçadas pela Constituição da República.

A modificação social e cultural que a Instituição vem imprimindo ao país não tem outro fundamento ou destinatário, senão respectivamente, a Constituição e o público, a quem seu ministério é devido.⁸

⁷“que um órgano assentado em todo el territorio nacional, bajo una sola dirección, es más apto para la investigación penal que aquellos que por su propia naturaleza actúan sin coordinación alguna”. LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. *La autonomía del Ministerio Fiscal em el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*. Madrid: La Ley, 2008. p. 127.

⁸“Carecendo a sociedade de personalização jurídica, confundindo-se com os eventuais mandatários que a representam na chefia do governo, deve o Ministério Público, definitivamente, conceber-se como Órgão da

A batalha travada diuturnamente nos planos extraprocessual e processual confronta com inúmeros interesses que se voltam para diminuir seus poderes e limitar o campo de atuação que, se estão a exigir ajustes, dispensa qualquer reforma constitucional que ponha em risco sua eficiência, garantias, poderes e funções. É preciso verificar se o interesse maior do povo está sendo aviltado, ou o seu papel ao incomodar grupos e interesses de poderosos autoriza qualquer mudança no seu perfil.

Ninguém pode ficar acima do pacto constitucional, cujo conteúdo compele todos os seus destinatários a com ele se conformarem. Assim é com os poderes, cuja limitação é prevista pelos próprios textos fundamentais, vocacionados para submeter todos a quem forem dirigidos.

A importância dessa honrada instituição foi assim definida pela jurisconsulta Merlin, citada por Edmond Le Jamtel em 1878:

«Que úteis e gloriosas funções! Se há alguma dignidade entre nós que não se apresenta perante nossa imaginação, sem trazer grandes serviços prestados e uma grande glória merecida, é aquela do Ministério Público. Cada um dos seus deveres lhe dá direito ao respeito e ao amor dos homens: toda a sociedade repousa em paz na fé da sua vigilância; lhe procura por toda parte um abuso a se reprimir, um bem a se estabelecer. O santuário da justiça se purifica e se enobrece sob seu olhar e por seus discursos, e o livro das leis pode frequentemente se abrir para receber algum decreto concebido por sua sabedoria. Os fracos e os oprimidos o veem como órgão e protetor, e eles sempre abençoam com surpresa esta força desconhecida que lhes conservou direitos que eles ignoraram e que os redime dos erros da imprudência e da maldade. A eloquência é o instrumento da maior parte das suas obras e conserva ainda só para ele sua antiga soberania. Todos os cidadãos lhe devem alguma coisa de sua felicidade, exceto os maus, cuja fuga e o pavor ofuscam sua glória».⁹

Soberania do Estado, evitando a dubiedade de 'Instituição Permanente', permissiva de sua equívoca interpretação como agente das autoridades...". PENTEADO, Jacques de Camargo. O princípio do promotor natural. *Justitia*, São Paulo, v. 47, n. 129, p. 116-117, abr./jun. 1985.

⁹«Quelles utiles et glorieuses fonctions! S'il est quelques dignité parmi nous qui ne se presente pas à notre imagination, sans amener de grands services à rendre et une grande gloire à mériter, c'est celle du Ministère public. Chacun de ses devoirs lui donne un droit au respect et à l'amour des hommes: tout la société repose en paix sur la foi de sa vigilance; il cherche partout un abus à réprimer, un bien à établir. Le sanctuaire de la justice s'épure et s'ennoblit sous ses regards et par ses discours, et le livre des lois peut souvent s'ouvrir pour recevoir quelque décret conçu par la sagesse. Les faibles et les opprimés le trouvent pour organe et pour protecteur, et souvent ils bénissent avec étonnement cette puissance inconue qui leur a conservé des droits qu'ils ignoraient, et qui les releve des fautes de l'imprudence et du malheur. L'éloquence est l'instrument de la plupart de ses travaux et conserve encore pour lui seul son antique souveraineté. Tous les citoyens lui doivent quelque chose de leur bonheur, excepté les méchants, dont la fuite et l'effroi achèvent sa gloire» LE JAMTEL, Edmond. Fonctions du Ministère Public em matière civile. Thèse Pour Le Doctorat. Paris: CAEN, 1878. p. 5-6.

Tais os propósitos da presente tese, sem se desgarrar da atribuição processual que acomete o Ministério Público em especial na fase pós 1988, cuja função de agente e não apenas de interveniente tem se confrontado, despertado e aguçado diversos interesses contrários, nem sempre com os melhores propósitos.

É preciso aprimorar as relações entre os diversos órgãos da Instituição, passando pelo incentivo e descortino da experiência dos mais antigos frente aos mais novatos.

Nessa complexa arena de discussão a atuação ainda carece de aparato suficiente e mentalidade institucional compatível com o resultado do processo. Não basta a obtenção de sentença favorável. É necessário que ela repercuta na vida das pessoas, sob pena de arriscar sua própria eficiência e razão de existir.

A subsunção do fato à norma não se mostra suficiente e adequada a essa altura. Não só o promotor autor, mas o interveniente precisa ter claras noções de que na gestão dos interesses de massa ou da coisa pública o administrador pode adotar linhas de atuação, a respeito das quais é preciso respeitar. Além disso, a falha do serviço público está a exigir maior incursão para se combater a causa, e não somente os efeitos pelo processo individual ou de massa.

A insistência no aforamento das demandas individuais indica claramente que algo de errado está a ocorrer. Isso não se corrige apenas com o aforamento da ação civil pública, e sim com a detida incursão nas causas que estão levando o poder público ou o particular a falharem, senão no exame da conduta pessoal daquele que deixa a população no prejuízo, sem os serviços essenciais ou mais que isso, sem a qualidade necessária que está a exigir. Não basta prestar serviços de saúde, de tratamento de água, saneamento, assistência social, educação ou de transporte. É preciso que se revistam da necessária qualidade para que o seu destinatário seja integral e adequadamente atendido.

O exercício funcional necessita de urgentes complementações para o adequado desempenho das suas funções, respeitada a independência funcional, mas também a imparcialidade, a isonomia e a eficiência.

Esse o desafio do presente trabalho, em que se pretende propor mudança de rumo e de mentalidade, nunca sem enaltecer o árduo e profícuo trabalho que os colegas de Ministério Público já realizaram Brasil adentro e afora. A reflexão é fruto do compromisso com a sua evolução, nada mais do que isso.

Buscam-se fundamentos teóricos e práticos para se propor a alteração do atual modelo de atuação, com ênfase aos meios alternativos ou adequados à solução de conflitos.

I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1. Escopo social ou jurídico

Exame mais apressado do tema pode levar à conclusão de que a instituição do Ministério Público tem sua origem na lei, ou seja, decorre do direito posto, sem a qual idêntica função seria absolutamente dispensável na organização comunitária.

Nessa linha de raciocínio suas funções estariam sempre na dependência do legislador, que teria a função de aprovar ou reprovar sua existência. Essa teoria, contudo, não se justifica.

Não se quer desdenhar do poder legiferante, fruto da evolução do estado democrático. Todavia, com essa afirmação busca-se demonstrar que o *Parquet* é fundamental ao estado constitucional, porque por meio dele - não apenas dele, eis que os demais poderes têm idêntico dever – os direitos fundamentais, a ordem jurídica, a liberdade, a defesa dos mais frágeis, deverão ser assegurados.

Sua inserção na estrutura do estado visa garantir o cumprimento do devido processo legal, do acesso à justiça, da proteção ao patrimônio público, da probidade administrativa, do meio ambiente, dos bens de valor histórico, artístico e cultural, dos vulneráveis, enfim do interesse público. Assim, se o réu deve ser absolvido por insuficiência de provas ou porque não foi o autor da conduta típico-penal; se determinado agente público não desfalcou o patrimônio público; se a indústria é poluidora e deve instalar o filtro no sistema de exaustão das chaminés; se o rio está sendo assoreado em virtude da indevida extração de areia, se há a presença de incapaz em dada relação processual ou ainda se um idoso deve ser acolhido em lar substituto porque suas condições atuais de vida não lhe permitem mais o autocuidado ou a continuar viver isolado no lar natural, o Ministério Público está legitimado e deve estar estruturado para desempenhar suas atribuições, buscando o melhor resultado para a vida das pessoas.

A respeito, colho da doutrina a seguinte lição:

“...deve-se considerar que não sendo o Ministério Público um ente jurídico no sentido restrito do termo, análise fenomenológica do mesmo não se desenvolve nesse estrato ontológico. É ele um ente tipicamente social e o estudo de suas manifestações deve se desenvolver dentro do campo social. Desta forma, necessário é considerarmos todas as facetas

da realidade social transcendendo, portanto, a fenomenologia jurídica para desenvolvermos a argumentação em todos os planos do social”.¹⁰

Esse autor vê a função ministerial, e em última análise o órgão, como necessário à própria vida do Estado, e não simplesmente inserido nas estruturas jurídicas positivadas ou nas relações jurídicas que se estabelecem com as demandas.¹¹ Assim, é possível ver a função ministerial – concebida desde a Antiguidade como resultado da organização do poder – como perene, nada impedindo seja organizada e estruturada juridicamente pelo Estado.

Possível detectar-se tal assertiva na medida em que a missão ministerial justifica-se no início da civilização antiga, quando sua função estava inserida nos Tribunais dos Faraós do antigo Egito. Também, cita-se a defesa dos incapazes pelos cavaleiros, mediante determinações dos Assises de Jerusalém.

Parece certo afirmar que a função do Ministério Público decorre da existência e da organização social, quando a ele se conferem atribuições de defesa dos vulneráveis (crianças, adolescentes, incapazes, pessoas com deficiência, idosos, moradores de rua, etc.), para a promoção de demandas coletivas e penais, quando o ponto de equilíbrio do convívio e do bem comum é quebrado por qualquer desequilíbrio ou ilegalidade. Ou seja, a função é perfeitamente distinguível da carreira, porque aquela é inerente à própria condição humana.

Com efeito, todas as garantias criadas pelo constituinte implicam em segurança para o próprio destinatário das suas ações, não sendo crível interpretação diversa e distante do interesse público. Sob essa mesma ótica, a organização deve ter compromissos com os

¹⁰MORAES JÚNIOR, Flávio Queiroz de. *Da estrutura filosófica do Ministério Público*. *Justitia*, v. 123, p. 26, out./dez. 1983.

¹¹“Desta forma, sendo a conotação feita de maneira direta com o Estado, o Ministério Público se erige como parte da essencialidade deste. Dentro deste ponto de vista, que vamos defender no decorrer deste trabalho, nota-se uma consequência imediata: o Ministério Público age dentro do campo jurídico, mas tem o seu princípio vital fora deste”. MORAES JÚNIOR, Flávio Queiroz de. op. cit., p. 26. Nesse sentido: “A legitimação da atuação do Ministério Público advém – importante salientar – de sua configuração teleológica como órgão da sociedade, embora formalmente órgão estatal. De fato, a Instituição trabalha em prol do interesse público, dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, empreendendo toda sua energia na busca da concretização dos objetivos de justiça social e igualdade material preconizados na Carta Magna. Nesse sentido, feliz a expressão ‘Promotor de Justiça’, adotada em substituição a Promotor Público, representante de uma época em que a Instituição ministerial ainda se encontrava atrelada à função executiva do Estado”. FERREIRA, Ximena Cardozo. A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas da área ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 252-253, jul./set. 2008. “Na sua evolução histórica, o Ministério Público brasileiro, respondendo positivamente às mudanças histórico-sociais, transitou da sociedade política para a sociedade civil. Na sociedade política, como agente do rei ou da Administração, exercia a coerção, através da lei, para garantir a manutenção do *statu quo* e a dominação de classe. Na sociedade civil, passa a promover os valores democráticos, como defensor do povo, na luta pela emancipação humana e pela construção de uma sociedade substancialmente democrática”. GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 15, jan./jun. 2001.

resultados, com a legalidade e com a eficiência de suas ações¹², o que é exigido da administração pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Daí a necessidade de se instituir, para melhor servir.

Racionalizar sua atuação, com espeque na mesma fonte normativo-constitucional que lhe instituiu poderes e garantias, acarretará o ganho de sincronia e otimização nas suas tarefas administrativas e processuais, com importantes reflexos na jurisprudência, interna e externa.

Organizado na forma de instituição, é visto como órgão nascido espontaneamente da própria sociedade, cujo escopo é a busca do bem comum. Para Antônio Cláudio da Costa Machado,

“entende-se que instituição seja toda organização nascida espontaneamente no seio da sociedade que, independentemente de regulação positiva, é reconhecida como ente jurídico ante a força intrínseca da sua destinação e pela sua permanência no espaço e no tempo”.¹³

Do exposto, possível afirmar existir um núcleo intangível que justifica e autoriza a ação ministerial, independentemente do modelo previsto por determinado estado soberano. Esse mister coincide com a defesa da indisponibilidade e da igualdade material, com a ordem e com o justo, com a precaução e o repúdio ao risco social, tudo com vistas a um estado ideal, concreto e minimamente adequado.

¹²“O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados da prestação do serviço público”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 79.

¹³MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23-24. Prossegue o mesmo autor ao afirmar que é “típica instituição pública, organização aceita universalmente pelos povos como defensora dos valores mais relevantes da sociedade. (...) Quanto à sua aceitação no espaço basta atentar para a presença marcante da sua função na história remota ou próxima tanto da civilização ocidental como da oriental, aceitação esta resultado da perpetuação das necessidades sociais. No que concerne ao seu desenvolvimento, a princípio a função supera em importância a organização que existe mas é precária; mais tarde a organização se aperfeiçoa, ganha a forma de carreira, e passa a dignificar e enaltecer a função que, todavia, continua em permanente processo de ebulição até chegar a nossos dias com as características próprias que cada sistema jurídico apresenta. O Ministério Público não é, nada mais, nada menos do que tudo isso, um ente eminentemente social, a princípio pré-jurídico, mas que sempre transcendeu os limites do direito positivo, e por isso se desenvolveu tanto, sendo hoje parte do próprio Estado para a concretização de uma das suas grandes aspirações: a realização da justiça”. Ob cit., p. 24-25. Sobre isso, após concordar com Leopold von Wiese, *in* *Beziehungslehre*, Flávio Queiroz de Moraes Júnior sustenta que “instituição é um complexo de formas relacionais inter-humanas de grande duração, destinadas a manter a conexão entre homens e grupos humanos, dentro de um agregado social e em consideração da coesão desse agregado. Quando uma função ou estrutura se enquadra nesse conceito, diz-se estar a mesma institucionalizada”. MORAES JÚNIOR, Flávio Queiroz de. op. cit., p. 30.

Em evento comemorativo aos vinte e cinco anos da Constituição de 1988 promovido em São Paulo, Capital, no mês de Outubro de 2013 pela Associação Paulista do Ministério Público e pelo Movimento do Ministério Público Democrático, o Diretor Executivo da Organização não Governamental Transparência Brasil, Cláudio Abramo, afirmou que o Ministério Público não é uma instituição, porque seus membros parecem ilhas, pois agem isoladamente, sem acatar ordens de superior ou ao menos seguir orientação para a concretização de fins comuns. Evidentemente, a assertiva peca pela ausência de suporte técnico-jurídico, pois seus integrantes não seguem a mesma classificação dos servidores públicos em geral, cuja hierarquização é o ponto forte. Por outro lado, essa observação denota que a sociedade civil enxerga certa desorganização institucional.

Ao lado da necessária independência funcional de que cada integrante é e deve estar dotado (conforme se discorrerá no item 14), não parece razoável que cada órgão ministerial aja em descompasso com a linha de entendimento adotada por seus pares, pelos órgãos da administração superior, da própria instituição nacional e da jurisprudência consolidada. Não se pretende congelar a prerrogativa que cada um tem de ser o condutor da sua própria atuação. A organização, por sua vez, deposita em seus membros a esperança de que todos dispõem de estrutura e elementos suficientes para a obtenção da melhor resposta às demandas que lhes são apresentadas.

Para tanto, o Estado deve assegurar meios concretos, humanos e materiais para a consecução dos seus fins.¹⁴ A administração do *Parquet* deve supervisionar a atuação e em última análise os destinos institucionais com vistas à racionalização e à otimização do trabalho dos seus membros. A busca por bons resultados deve nortear a vida do Ministério Público, incluindo-se os diversos mecanismos de solução de conflitos.¹⁵

É necessário compatibilizar a estrutura ao perfil constitucional, buscando maior eficiência, integração e resultados na sua gestão, o que certamente fortalecerá as características da unidade e da indivisibilidade (itens 11 e 13). Inseto em uma Constituição de Direitos, é preciso envidar esforços para a transmutação do Ministério

¹⁴“Así, Lopez Aguilar apela a uma exégesis constitucionalmente adecuada de la referencia constitucional a los órganos propios para proporcionar al MF una estructura de medios humanos y material distintivos y extrañados, desde luego, tanto frente a los órganos del Poder Ejecutivo cuanto frente a los órganos del Poder Judicial” (“Assim, Lopez Aguilar apela a uma exegese constitucionalmente adequada da referência constitucional aos órgãos próprios para proporcionar ao Ministério Público uma estrutura de meios humanos e material distintos e intrigantes, desde logo, tanto frente aos órgãos do Poder Executivo quanto frente aos órgãos do Poder Judicial”). LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. op. cit., p. 238.

¹⁵MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 54 e ss.

Público liberal para o Ministério Público social, focado em novos conceitos e necessidades atuais, em instrumentos processuais adequados ao tipo de conflito e úteis à pacificação - negociação, conciliação, mediação, arbitragem e na judicialização possível, no estabelecimento de agenda mínima e na busca de resultados para o corpo social.¹⁶

Agir como organização pública autônoma de defesa da legalidade, alertado por órgãos que têm a incumbência de detectar problemas e apontar soluções não significa abdicar da independência que deve nortear os Ministérios Públicos de todo o mundo. Não significa renunciar à independência ou à autonomia, como a denominam os portugueses, para construir um caminho de volta ao passado, cuja vinculação ao Executivo retirava da instituição a possibilidade de atuar em prol da comunidade, mas não do governo. Dentro do contexto social que desde meados do século XX tem orientado as diversas civilizações, a dependência da instituição ao Executivo tem sido objeto de reavaliação, visando um modelo de garantias, em detrimento do modelo autoritário que por muito tempo orientou os poderes de diversos estados no mundo.

Há certa dose de razão nas críticas dirigidas ao desenvolvimento das tarefas dos membros do Ministério Público. Muitas delas não podem ser dirigidas apenas aos órgãos de execução, mas também aos de direção. Parece ainda prevalecer estrutura e mentalidade da organização anterior a 1988, na qual o corporativismo e os interesses decorrentes do liberalismo impedem a sincronização e o trabalho profícuo.

Se se pretende firmar o conceito de que o Ministério Público deve funcionar de fato e de direito como uma instituição, necessário que busque resultados, invista em meios, não só materiais como humanos, busque novas maneiras para eliminação das crises, haja integração, unidade de atuação e estabeleça agenda mínima para, paulatinamente, eliminar as desigualdades sociais.

¹⁶“Parece claro que las transformaciones del Estado de Derecho han puesto también de relieve el agotamiento del Ministerio Fiscal Liberal, sin que tal modelo haya sido sustituido satisfactoriamente hasta ahora por el que podríamos llamar nuevo Ministerio Fiscal del Estado social. El problema fundamental consiste en encontrar nuevas categorías y espacios intermedios entre la dependencia y la independencia, capaces de definir para el Ministerio Fiscal una posición de equilibrio entre la comunicación con el Gobierno y las garantías de legalidade e imparcialidade que deben presidir, em todo caso, el ejercicio de la acción pública en el moderno sistema constitucional” (“Parece claro que as transformações do Estado de Direito também têm colocado em destaque o esgotamento do Ministério Público Liberal, sem que esse modelo tenha sido substituído satisfactoriamente até agora pelo que poderíamos chamar por novo Ministério Público do Estado social. O problema fundamental consiste em encontrar novas categorias e espaços intermédios entre a dependência e a independência, capazes de definir para o Ministério Público uma posição de equilíbrio entre a comunicação com o Governo e as garantias de legalidade e imparcialidade que devem presidir, em todo o caso, o exercício da ação pública no moderno sistema constitucional”). FLORES PRADA, Ignacio. op. cit., p. 52.

Por conseguinte, parece-me necessário a adoção de políticas públicas endoinstitucionais. Por meio delas, permitir-se-á aos seus membros melhor desenvolvimento das suas tarefas, estrutura e compreensão condizentes às necessidades do momento, para o melhor enfrentamento das mazelas sociais e dos desafios que continuarão chegando à sua apreciação ao longo do tempo.

2. Constituição Federal

A Constituição opera como documento de consagração dos direitos fundamentais, do controle do poder pelo próprio poder e pela inserção de prerrogativas, muitas vezes formalmente constitucionais, às quais se quer assegurar estabilidade. Tal estabilidade fica francamente exposta à dinâmica dos fatos que se modificam a todo instante, e em consequência culmina com a adoção de mudanças constitucionais. É certo, porém, que tais modificações podem decorrer de interesses, nem sempre revestidos dos melhores propósitos. A atualização do direito, porém, é inevitável.

O fenômeno da mutação constitucional é estudado pela teoria da constituição, sempre levando em conta o cotidiano, calcado em situações não apenas particulares, locais, mas, sobretudo globalizantes e globalizadas. Por isso, Canotilho destaca que ela é sempre emergente:

“O desenvolvimento constitucional toma em consideração o arranjo de novas soluções para os problemas nascidos dentro dos sistemas ou subsistemas sociais. Se quisermos captar em poucas palavras a dança molecular da teoria da constituição diríamos que ela tem de lidar com problemas de complexidade dinâmica, adaptabilidade, auto-organização, emergência e evolução. Neste sentido, a teoria da constituição compreender-se-á como uma teoria emergente. ‘Emergente’ de quê? Do ‘fim da história’, do progresso do estado de direito democrático-constitucional patrioticamente concebido (‘patriotismo constitucional’) e do começo de novas ordens normativas enquadradas em comunidades políticas mais amplas e em universos económicos globalizantes. A globalização será aqui entendida apenas como uma dimensão de uma rede complexa de relações políticas, económicas e culturais. Por isso continuaremos a considerar o estado de direito democrático constitucional como uma parte fundamental de um **sistema de complexidade**”.¹⁷

¹⁷CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.315-1.316.

Devido à estabilidade que dela se espera, sua forma de mudança pode ser mais solene e dificultada consoante previsão do texto fundamental. No Brasil a modificação do seu texto exige quórum qualificado, diferentemente do que se previu para as leis ordinárias (art. 60, da CF).¹⁸

Muitas teorias buscam estudar o conceito e o objeto da constituição.¹⁹ Elas podem ser concebidas de diversas maneiras:

a) **Garantia do *status quo* econômico e social.** Para os que a defendem (Ernst Forsthoff), a constituição está fundada em instrumentos formais de garantia. Partindo-se desse raciocínio os textos fundamentais recusariam a juridicidade e estadualidade, pois se perderiam em um plexo de direitos sociais inicialmente fixados e apenas poderiam garantir o existente, sem permitir sua formalidade, racionalidade, evidência e estabilidade;

b) **Instrumento de governo.** As constituições são compreendidas como instrumentos de governo (*instrument of government*), de natureza instrumental, processual e não material. Essa concepção, defendida por Hennis e Possony prevê que tais documentos se preocupem com o processo de decisão, de maneira a criar a ordem do momento, ajustando-se às situações que se apresentarem e aos programas de governo;

c) **Processo público.** Peter Häberle é o seu precursor. Para o jurista alemão a constituição é o resultado da participação ampla e irrestrita, pela qual se obtém um documento constituído em momentos de diálogo, de conflito, continuidade e descontinuidade, de tese e antítese. Deve ser um documento aberto, de uma sociedade aberta e democrática.

d) **Ordem fundamental e programa de ação que identifica uma ordem político-social e o seu processo de realização.** Como sustenta Bäulin a Constituição deve ser

¹⁸“São imutáveis as constituições onde se veda qualquer alteração, constituindo-se relíquias históricas. E, algumas constituições, a imutabilidade poderá ser relativa, quando se preveem as chamadas limitações temporais, ou seja, um prazo em que não se admitirá a atuação do legislador constituinte reformador. ... Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 – art. 60); por sua vez, as constituições flexíveis, em regra não escritas, excepcionalmente escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário. Como um meio-termo entre as duas anteriores, surge a constituição semiflexível ou semi-rígida, na qual algumas poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, enquanto outras somente por um processo legislativo especial e mais dificultoso. Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º - cláusulas pétreas)”. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 37.

¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4-12. CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 1.315-1.318.

ordem fundamental e programa de ação, mas deve encontrar limites, pena de se transformar em um documento no qual predomina o direito livre, o pluralismo radical, pena de não se poder enxergar onde termina a realidade constitucional e se iniciam as práticas constitucionais.

e) **Programa de integração e representação nacionais.** Para os que assim compreendem as constituições como Krüger, tais documentos se satisfazem com tudo que disser respeito às matérias eminentemente constitucionais (comunidade, nação e totalidade política). O que não couber nesses elementos fundamentais é subconstitucional e se constitui em subconstituições. É o que ocorre com as Constituições econômicas, do trabalho, sociais e cidadãs. Entende-se não ser possível tratar constitucionalmente matérias sujeitas a modificações constantes, tampouco constitucionalizar interesses de grupos específicos. O escopo é dar estabilidade e durabilidade aos textos constitucionais, sem que fiquem sujeitos a revisões.

f) **Legitimação do poder soberano, segundo a ideia de Direito.** A presente teoria, como obra de Georges Burdeau, preconiza que as constituições são estatutos do poder. É que elas privam os governantes da condição de donos do poder, para situá-los em representantes ou prepostos da sociedade política e limitam o poder pela juridicização, porque ele acaba racionalizado pelo próprio texto fundamental.

g) **Ordem jurídica fundamental, material e aberta de determinada comunidade.** Konrad Hesse é o seu precursor. Para o publicista alemão a teoria da constituição deve se preocupar em construir conceitos fundados em diversos ângulos de entendimento, única maneira de se chegar a uma definição menos criticável. Ou seja, preconiza a flexibilidade do conceito de constituição para adequá-la à atualidade.²⁰

Podem ser citadas outras teorias que buscam justificar e conceituar a Constituição, como:

“a de Luhman, para quem a Constituição é o elemento regulativo do sistema político; a de Modugno, que compreende a Constituição como norma fundamental, forma de governo e princípio de normação jurídica; a de Carl Schimidt, que dissolve em quatro – absoluto, relativo, positivo e

²⁰“...’a Constituição deve ser entendida como a ‘ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais’, uma tarefa cuja realização só se torna possível porque a Lei Fundamental: fixa os princípios diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e desenvolver as tarefas estatais; define os procedimentos para a solução dos conflitos no interior da comunidade; disciplina a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal; cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica global”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 11.

ideal – um conceito integral de Constituição, porque entende não ser possível visualizar a Lei Fundamental apenas de determinado ponto de vista; a de Fernando Lassale, para quem a verdadeira Constituição de um país é a soma dos fatores reais de poder que regem a vida dessa comunidade política; ou, finalmente, a teoria constitucional marxista-leninista, que vê a Constituição como Lei Fundamental do Estado socialista, que organiza a vida social e estatal segundo os princípios do chamado socialismo real (Denisov e Kririchenko)”.²¹

Dito isso, parece-me importante destacar que a teoria da constituição comporta diversas leituras e interpretações, segundo a estruturação do seu conceito. A exegese constitucional deverá servir como guia, ressaltando-se sua necessária flexibilidade em um contexto de adaptabilidade.

Essa compreensão também deverá servir como diretriz para os fundamentos jurídicos do pedido formulado pelo Ministério Público, visando a superação da crise de direito material.

Sob o dogma do constitucionalismo, cumpre ressaltar que os estados e as constituições evoluem de um modelo político liberal, claramente cunhado no século XIX, para modelos do estado social e do socialismo, ao ver da doutrina tão “ideológico quanto ao outro que, dissimulando a ideologia, deu berço ao constitucionalismo da liberdade”.²²

No Brasil, o arquétipo adotado pelo constituinte de 1988 está diretamente imbricado ao que se aponta como um dos problemas atuais do Direito Constitucional, que é o de realizar os fins sociais de hoje com as técnicas processuais de ontem. Como aponta Paulo Bonavides,

“até onde irá, contudo na prática essa garantia, até onde haverá condições materiais propícias para traduzir em realidade o programa direitos básicos formalmente postos na Constituição, não se pode dizer com certeza. É muito cedo para antecipar conclusões, mas não é tarde para asseverar que, pela latitude daqueles direitos e pela precariedade dos recursos estatais disponíveis, sobremodo limitados, já se armam os pressupostos de uma procelosa crise. Crise constitucional, que não é senão a própria crise constituinte do Estado e da Sociedade brasileira, na sua versão mais arrasadora e culminante desde que implantamos neste País a república há cem anos”.²³

²¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 11-12.

²²BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 337.

²³Id. Ibid., p. 338.

É nesse plano que o Ministério Público foi inserido. Ao receber tratamento constitucional, ao mesmo tempo em que se verifica a importância com a qual foi concebido, seja pela natureza das funções e missões que lhe foram conferidas, seja por ter adquirido as garantias da magistratura – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (a Emenda Constitucional 19/98 passou a chamar vencimentos de subsídios), segundo o art. 128, § 5º, I, *a*, *b*, e *c* da CF, deve ter em vista e se colocar entre os poderes e os órgãos encarregados de preservar os valores mais fundamentais do país, tais os que constituem os objetivos do Brasil, conforme se encontra no art. 3º, da Constituição Federal.

Também se lhe assegurou a unidade, indivisibilidade, independência funcional e autonomia financeiro-orçamentária. Na história do Direito Constitucional Brasileiro o Ministério Público teve reconhecida sua posição de destaque no cenário nacional, o que viria a se confirmar no pós-constituição de 1988, tamanha a envergadura das questões que lhe foram confiadas e mais que isso, executadas por um sem número de medidas administrativas e demandas aforadas perante os tribunais do país.²⁴

Ao lado dessa gama de poderes e expectativas geradas pelo legislador aos destinatários dos serviços da Instituição há de se colocar a outra face dessa plêiade de poderes-deveres como necessária contrapartida, consistentes na defesa da ordem jurídica²⁵, do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Cumpre-lhe fundamentar suas intervenções e ações na correta e adequada compreensão constitucional e institucional. Mais que isso, deveria apresentar resultados, estabelecer metas e conclamar

²⁴“O Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos. A Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas a Lei 1.030, de 1890, já o organizava como instituição”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 597.

²⁵“Quanto à conceituação (‘O Ministério Público é Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’), tratou a Lei Maior de reproduzir com pequenas alterações a já então consagrada definição da Lei Complementar Federal n. 40, de 1981, que foi fruto, por sua vez, do desenvolvimento ininterrupto do Ministério Público neste século. A diferença está fundamentalmente na supressão, no texto constitucional, da referência ‘à fiel observância da Constituição e das leis’, o que se explica, a nosso ver, pelo fato da expressão ‘defesa da ordem jurídica’ ser definitivamente abrangente e compreender necessariamente a defesa da Constituição e das leis; na substituição de ‘interesses indisponíveis da sociedade’ da lei orgânica por ‘interesses sociais e individuais indisponíveis’, para tornar claro que ao Ministério Público é dado tutelar também interesses públicos, difusos e coletivos indisponíveis; e, finalmente, na inserção inovadora de ‘regime democrático’ como objeto da defesa a ser realizada pelo Ministério Público, o que significa a garantia de participação efetiva desta instituição na vida política de nosso país daqui para a frente”. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. op. cit., p. 38.

seus membros que assim se conduzissem, para não pôr em risco o cumprimento dessa missão.

O inacabável número de conflitos que chegam ao conhecimento da instituição para providências de toda ordem, sem que se busquem alternativas reais para a construção de políticas institucionais, governamentais viáveis e de rápida implementação é indicativo da ausência dessa diretriz. As ações até aqui existentes são isoladas e dependem, quase sempre, do pioneirismo de cada um de seus membros.²⁶

A atuação racional, fundada em posições institucionais coletivamente construídas, respeitada a independência baseada em motivos substanciais, pode contribuir para o surgimento de um novo Ministério Público, no qual as demandas repetitivas, os novos temas e os megaconflitos devem passar pelo crivo coletivo de entendimento, fundado em meios e dados da realidade. O agente político, porque também exerce opções políticas, precisa contar com um fórum de discussão permanente e órgãos de inteligência, que lhe despertarão a possibilidade de aderir ou não a experiências anteriores, sempre com suporte em necessária fundamentação.

Em Portugal o Ministério Público foi tratado no art. 219º da respectiva Constituição, na qual está inscrita sua autonomia.

O exame do art. 76º do seu Estatuto instituído pela Lei nº 47/86, permite verificar que entre os magistrados do Ministério Público daquele país há hierarquia, ou seja, os de grau inferior são hierarquicamente subordinados aos de grau superior, nos termos da lei, sendo submetidos a diretivas, ordens e instruções.

A solução criada pela legislação lusitana indica claramente que naquele país a dependência é balizada pela própria lei, à medida que se defere ao magistrado recusar o cumprimento de comandos do órgão superior, por entendê-los ilegais e contrários ao seu entendimento jurídico (art. 79, 2 do Estatuto do Ministério Público Português).

Na Espanha também se busca o equilíbrio entre a dependência e a autonomia. Apesar de o art. 25 do Estatuto Orgânico do Ministério Público daquele país prever a obrigatoriedade de atendimento às ordens e instruções recebidas pelos órgãos ministeriais,

²⁶ Destaco iniciativas das Promotorias de Justiça de Santana e Santo Amaro, ambas da Comarca da Capital de São Paulo, através das quais se criou o sistema de mediação de conflitos criminais e civis, respectivamente. Esse interessante método de pacificação e eliminação das crises de direito material é fruto do pioneirismo a que me referi. Apesar de elogiado por quem conhece sua existência, não foi adotado por outros integrantes da mesma instituição. Mais do que isso, não foi institucionalizado.

tem-se sustentado que entre a defesa da legalidade, a dependência institucional ao Governo e a hierarquia interna, se faz necessária a presença de contrapesos eficazes, pena de se tornarem conceitos absolutamente inconciliáveis.²⁷

A revisitação estrutural do *Parquet* brasileiro é necessária, sem qualquer afronta às garantias. É possível a releitura da sua maneira de atuação, baseada em discussões e teses internas, precedentes extrajudiciais e judiciais e ao estímulo de novas fronteiras que podem e devem ser buscadas pela própria instituição, como forma de aprimoramento da sua atuação, de viés nitidamente social. Para tanto, não mais se pode contar com a exclusiva ação e sacrifício de alguns, para se esperar verdadeiro esforço de todos (incluo seus órgãos diretivos).

É verdade que o modelo adotado pelo legislador constitucional não se esgota em si mesmo. Deixou ao alvedrio do legislador complementar a construção de todo o acabamento jurídico-institucional, obedecido o arcabouço desenhado pela Constituição. Mas, os princípios institucionais (unidade, indivisibilidade, independência funcional, autonomia funcional, administrativa e orçamentária); escolha e destituição do Procurador-Geral da República e dos Procurador-Gerais dos Estados, Distrito Federal e Territórios; garantias constitucionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios); vedações, etc., são mecanismos comuns a todo Ministério Público do país.²⁸ O estabelecimento de diretrizes, com fundamento em dados empíricos e consentâneos com a realidade deve integrar a pauta dos órgãos diretivos, com vistas a se construir políticas públicas internas de atuação.

O perfil democrático do constituinte de 1988 foi confirmado pela inserção do Ministério Público, da Advocacia Pública, Privada e da Defensoria Pública no capítulo das “Funções Essenciais à Justiça”, com o claro intuito de que as mazelas do regime autoritário fossem afastadas definitivamente do meio social e político.²⁹

²⁷ LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. op. cit., p. 215.

²⁸ “Da abrangência temática ou da pretensão sistemática da vigente seção constitucional do Ministério Público, contudo, não é dado extrair a ilusão da completeza de um estatuto normativo cerrado, do qual se pudesse extrair, por mera subsunção lógica, a solução, pelo menos, de todas as questões fundamentais da sua organização, independentemente da mediação, que ela própria cometeu à instância da decisão política do legislador complementar.

O que se tem na Constituição é um esboço do Ministério Público. Esboço, repita-se, de extensão e densidade normativa e pretensões sistemáticas inéditas. Mas é um esquema: não um código, um contexto de regulação completa da instituição”. STF, Pleno MS nº 21.239-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 5/6/1991, RTJ 147/, p. 147-179, janeiro de 1994.

²⁹ A respeito o advogado Marcos da Costa, atual Presidente da Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil afirmou: “A nova Constituição assegurou ao povo brasileiro liberdades fundamentais, depois de mais de duas décadas de arbítrio. Trouxe de volta o voto direto, proibiu a tortura e penas cruéis, revogou a censura, permitiu a liberdade sindical, entre tantas mudanças importantes e imprescindíveis. No campo jurídico criou o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, entre outras medidas.

Como instituição permanente e essencial à administração da Justiça o *Parquet* apresenta-se como peça fundamental do Estado; não apenas da Justiça. O desempenho das suas funções previne litígios, pois seu integrante atua antes mesmo do aforamento da demanda, na fase extrajudicial. Nesses tempos em que os órgãos judiciários se debruçam sobre a possibilidade e a necessidade de compor conflitos, apesar do processo, é fundamental que os órgãos competentes se esmerem em também buscar os meios alternativos para sua eliminação (conciliação, mediação, ajustamentos de conduta, arbitragem), em vez de submeterem as controvérsias a processos longos e resultados incertos. Isso também deveria valer para o Executivo, maior litigante do Judiciário brasileiro.

Para tanto, respeitada a independência, é preciso que os órgãos diretivos criem mecanismos internos para a otimização das atribuições dos seus integrantes, sem o que a fragmentação do agir institucional sempre será um empecilho à sua eficiência.

3. Permanência e essencialidade

Registra o texto constitucional ser o Ministério Público instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

Tais características decorrem das próprias funções que lhe são inerentes. Portanto, seus deveres é que são necessários a um processo justo e equo.³⁰

Permanente ou não transitório e essencial ou não dispensável, a ordem jurídica lhe conferiu o poder-dever de zelar pela aplicação das normas jurídicas e do interesse público

Especificamente para os advogados brasileiros, a Carta Magna traz o artigo 133, que estipula que ‘o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’, determinando a indispensabilidade do advogado por cumprir função essencial à concretização da Justiça, nos fundamentos constitucionais do direito de defesa, do contraditório e do devido processo legal.

O artigo 133 reconhece que o exercício da advocacia é fundamental para a prestação jurisdicional, uma vez que cabe ao advogado postular em favor do cidadão, que desconhece o arcabouço jurídico, mas que busca no advogado o mediador que se manifestará em seu nome e lutará pelo reconhecimento de seus direitos em juízo”. COSTA, Márcio. O artigo 133 da Constituição danificou a advocacia. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/marcos-costa-artigo-133-constituicao-dignificou-advocacia>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

³⁰“Em sua terceira acepção, o vocábulo *processo* designa a realidade fenomenológica da experiência dos juízes e das partes em relação a cada um dos incontáveis conflitos entre pessoas ou grupos, concretamente trazidos ao Estado-juiz em busca de tutela jurisdicional. Cada *processo* que se instaura deve ser o espelho do modelo posto de modo abstrato na Constituição e na lei, de modo que cada um deles seja em si um processo **justo e equo** – não se reputando tal quando se afastar do modelo...”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. v. 2, p. 24. (Grifei).

primário.³¹ Essa terminologia, adotada largamente na Itália, leva em conta o interesse da coletividade, e por isso recebe essa nomenclatura, em oposição ao interesse público secundário, pertencente ao Estado, como pessoa jurídica de direito público. Celso Antônio Bandeira de Mello explica:

“Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público.

É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.

Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado – e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que hoje poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral”.³²

³¹“Verdade é, porém, que, sempre e sempre, especialmente no Brasil, o Ministério Público se fez e faz essencial à ação judiciária, nela assumindo posição destacada, tanto no âmbito do processo civil como no do processo penal, fazendo-se guardião da aplicação das normas jurídicas, a propósito de interesses públicos, impessoais e indisponíveis”. TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 224.

³²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 65-66. No mesmo sentido JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57.

A essas disposições constitucionais encontra-se crítica de que o legislador disse menos, e também disse mais do que deveria dizer. Sua atuação não se limita apenas à fase processual, bem como não lhe é lícito officiar onde não haja interesse indisponível ou transindividual de caráter social.³³

Portanto, a leitura dessa disposição constitucional deve receber adequada interpretação: a de que a instituição é perene e fundamental à função jurisdicional do Estado, mas também o é às demais funções estatais, porque atua antes do processo – e portanto prevenindo litígios; na fase processual em que lhe seja permitido atuar, desde que haja interesse público, social e individual indisponível.³⁴

Lembro lição de Émerson Garcia, para quem a essencialidade apenas estará presente, quando for imprescindível a presença do Ministério Público em determinada demanda. Quando desnecessária nenhum vício acometerá o processo instaurado e encerrado sem sua participação. Aduz que há uma exceção, qual seja, a da intervenção da Procuradoria Geral da República nos feitos processados perante o Supremo Tribunal Federal, por força do art. 103, § 1º, da CF.³⁵ A esse respeito, lembro que o legislador constitucional conferiu ao Pretório Excelso competência para salvaguardar a Constituição Federal (art. 102, *caput* da CF). A defesa dos valores nela contidos também integra a atribuição do chefe do Parquet Federal, mediante a deflagração do controle de

³³“A letra do preceito também não deve conduzir a uma hipervalorização da atividade do Ministério Público em relação à função jurisdicional do Estado, sendo esta, tão-somente, uma das múltiplas vertentes de sua atuação, que engloba um amplo espectro de atividades extrajudiciais”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 47.

³⁴“A referência a ser ‘essencial à função jurisdicional do Estado’ vem feita no art. 127 da Constituição, e já se encontrava no art. 1º da Lei Complementar n. 40/81, bem como constava do art. 308 do Anteprojeto Afonso Arinos, mas não deixa de ser duplamente incorreta: diz menos do que deveria (o Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na fiscalização de fundações e prisões, nas habilitações de casamento, na homologação de acordos extrajudiciais, na direção de inquérito civil, no atendimento ao público, nas funções de ombudsman), e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, diz mais do que deveria (pois o Ministério Público não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional, e sim, normalmente, apenas naqueles em que haja algum interesse indisponível, ou, pelo menos, transindividual, de caráter social, ligado à qualidade de uma das partes ou à natureza da lide).

Podemos distinguir basicamente duas hipóteses em que é cabível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público em juízo. É, pois, a instituição essencial à prestação jurisdicional: a) sempre que se trata de feitos nos quais estejam em jogo os chamados interesses sociais e individuais indisponíveis; b) quando, ainda que a rigor não haja indisponibilidade do interesse, a atuação ministerial convenha à defesa do bem geral”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109-110.

³⁵“A essencialidade, assim, somente estará presente quando, em determinada relação processual, for necessária a sua intervenção, o que exige seja dispensada ao preceito uma interpretação harmônica com a lógica e a razão, pois, em inúmeros casos, a atuação do Ministério Público será dispensável ao exercício da função jurisdicional. Como exceção a essa constatação, pode ser mencionada a atribuição do Procurador-Geral da República de atuar em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º, da CR/1988). Além disso, seria inconcebível que o próprio exercício da função jurisdicional do Estado sempre estivesse condicionado à provocação do Ministério Público, relegando a plano secundário o princípio do livre acesso à Justiça”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 47.

constitucionalidade, seja pela via da ação direta de inconstitucionalidade, seja por meio da ação direta de constitucionalidade (art. 103, VI, da CF). Portanto, perfeitamente razoável que, para tais fins o Ministério Público atue nas demandas que chegarem àquele Tribunal.

Tais ponderações conduzem ao raciocínio de que essa permanência e fundamentalidade se constituem em uma garantia da comunidade vinculada a determinado espaço ao qual a instituição pertence, ou para utilizar expressão encontrada na doutrina espanhola, é um *órgão interpoderes*³⁶, cabendo-lhe não apenas defender a ordem jurídica, mas também zelar pela estrutura constitucional e valores estampados na lei fundamental.

A ideia de se vincular as funções ministeriais a determinado espaço de soberania e não a um dado país soberano, encontra justificativa nas medidas engendradas pelos países integrantes do Continente Europeu, legitimamente preocupados com a difusão, globalização ou internacionalização de crimes. Segundo essa teoria, faz-se necessário construir respostas a esse fenômeno da modernidade, com a construção de um microsistema setorial de combate aos respectivos crimes, tanto de direito substancial, como processual, então denominado *Corpus Juris*.

Em virtude dessa necessidade jurídico-social, surgiu a necessidade de se construir um Ministério Público Europeu,

“responsável pela investigação, acusação, envio a julgamento, exercício da acção pública junto da jurisdição de julgamento e execução das sentenças, tudo no que diz respeito às oito infracções tipificadas e no âmbito daquele espaço judicial europeu único.

No entender dos especialistas que trabalharam no follow-up do Corpus Juris, a criação de um Ministério Público Europeu seria a melhor estratégia, quer em termos de efectividade, quer em termos de legitimidade. No primeiro sentido – da efectividade, por se evitar a dispersão quando em confronto com uma fenomenologia criminal altamente estruturada e organizada. A legitimidade derivaria do estatuto desta nova autoridade, independente dos governos nacionais e do executivo comunitário”.³⁷

Correto afirmar que o Ministério Público é essencial e permanente à própria vida do Estado, seja por qualquer uma de suas expressões; administrativa, legislativa e judiciária. O que irá legitimar a organização a atuar ou não será a violação ou o risco à violação aos

³⁶ LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. op. cit., p. 239.

³⁷ RODRIGUES, Joana Amaral. *Um Ministério Público Europeu: algures entre o optimismo e a resistência?* Coimbra: Almedina, 2012. p. 89-90.

direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da CF), potenciais componentes da demanda judicial.

Essa exegese é indissociável da atuação funcional, seja dos órgãos diretivos, seja dos de execução. Para tanto, torna-se imperioso admitir a possibilidade de se construir uma pauta lógica para a atuação de seus integrantes, com metas e diretrizes racionais, aporte de recursos humanos e materiais necessários ao enfrentamento dos temas do seu interesse e com enfoque no combate às causas das mazelas que atingem a sociedade, em especial na esfera coletiva.

Os velhos e novos paradigmas da política pública institucional devem levar ao seu aperfeiçoamento, cujos contributos serão sentidos em todos os poderes, sobretudo no Judiciário, invariável e historicamente acionado para subsumir o fato à norma.

4. Defesa da ordem jurídica e do regime democrático

A doutrina especializada destaca esse escopo constitucional. Sustenta que o estado democrático está ligado ao estado de direito e que esse delimita o exercício da atividade estatal, que também deve observar as garantias outorgadas aos indivíduos.³⁸

Tal afirmativa, com a devida vênia, comporta uma observação. Evidentemente, o modelo de estado adotado em determinado espaço territorial estará sempre apoiado em normas preestabelecidas. Essa não é uma característica exclusiva da democracia, porque também nos regimes autocráticos há um arquétipo jurídico a seguir, constituído por um conjunto de normas, tidas por justas e necessárias naquela unidade soberana.³⁹

³⁸“A ideia de democracia está estritamente vinculada à concepção de Estado de Direito. Em uma visão simplista, deve-se atribuir o qualificativo ‘De Direito’ ao Estado que exerça seus poderes nos limites postos pelo Direito e em harmonia com os parâmetros traçados por este, sempre com a necessária observância das garantias outorgadas aos indivíduos”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 48.

³⁹“O termo pode reputar-se menos preciso. Rigorosamente, não pode falar-se em ‘Estado absoluto’ ou em ‘*Princeps legibus solutus*’. Nenhum Estado existe à margem do Direito (insista-se) e nenhum governante deixa de estar vinculado às normas jurídicas que o titulam como tal – às ‘Leis Fundamentais’ de que se fala nessa época e, enquanto as não mudar, às próprias leis que faça. O poder é um ofício. E se, na concepção patrimonial ainda dominante, se declara absoluto o poder do Rei (tal como a propriedade é um direito absoluto) isso tão pouco significa ilimitação, já que a propriedade se enquadra sempre na lei. O sentido próprio só pode ser o de Estado absoluto como aquele em que se opera a máxima concentração do poder no rei (sozinho ou com os seus ministros) e em que, portanto: 1º) a vontade do rei (mas sob formas determinadas) é lei; 2º) as regras jurídicas definidoras do poder são exíguas, vagas, parcelares e quase todas não reduzidas a escrito. Assim se explicam tanto os exageros dos teóricos do absolutismo (que sustentam que os únicos deveres do príncipe para com os súditos ou para com o Estado são deveres morais, embora gravíssimos) como o dos monarcômanos (que chegam a defender o tiranicídio)”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 65-66.

Logo, o Ministério Público, como órgão do Estado insere-se no regime estabelecido pelo texto que lhe dá suporte. É possível encontrar a instituição nos sistemas democráticos ou autoritários⁴⁰. Sua fisionomia, porém, variará de acordo com a concepção política traçada para cada ente estatal. Mas, sustenta-se que apenas será independente no sistema democrático, no qual se apresentará livre de ingerência e interesses escusos do poder da ocasião.⁴¹

Significa dizer que a instituição do *Parquet* é constitucionalmente comprometida com a defesa da ordem jurídica e que o Brasil adotou a democracia representativa como modelo estruturante.

Esse é o caminho buscado por importante parcela dos países na atualidade, em que a abertura do poder constituído; a participação popular, direta ou por meio de representantes eleitos pelo voto direto; o sufrágio universal; mandatos periódicos, etc. são propostos como fruto do aprimoramento dos modelos que o antecederam.

Segundo os constitucionalistas, Estado Democrático de Direito é um princípio e se apresenta como,

“um superconceito, do qual se extraem – por derivação, inferência ou implicação – diversos princípios, como o da separação dos Poderes, o do pluralismo político, o da isonomia, o da legalidade e, até mesmo, o princípio da dignidade da pessoa humana, em que pese, com relação a este último, a opinião de inúmeros filósofos e juristas do maior relevo, como Miguel Reale, por exemplo, para quem a pessoa é o valor-fonte dos demais valores, aos quais serve de fundamento como categoria ontológica pré-constituente ou supraconstitucional”.⁴²

⁴⁰“Assim, só a título de exemplo, enquanto a Constituição portuguesa de 1976 cometeu ao Ministério Público a defesa da ‘legalidade democrática’ (art. 224, I), já a Constituição da extinta República Democrática Alemã, em seu art. 97, conferiu ao órgão correspondente do Ministério Público a defesa da ‘legalidade socialista’ (art. 97). Por isso que, conforme o momento político que viviam, outros Estados consagraram em suas constituições a atribuição ministerial de defesa ‘do Estado socialista’ (Checoslováquia) ou do ‘regime socialista’ (Romênia)”. MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. p. 2. Disponível em: <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpdemocracia.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

⁴¹“A rigor, portanto, o Ministério Público pode existir seja num regime autoritário, seja num regime democrático; poderá ser forte tanto num, quanto noutro caso; porém, só será verdadeiramente independente num regime essencialmente democrático, porque não convém a governo algum que haja uma instituição, ainda que do próprio Estado, que possa tomar, com liberdade, a decisão de acusar até mesmo os próprios governantes ou de não processar os inimigos destes últimos”. MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático, cit., p. 2-3.

⁴²Também: “Entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação

Esse movimento voltado ao governo do povo e para o povo, fundado em um estado de direito (art. 1º, da CF), também foi objeto de manifestação na abertura das constituições de Espanha, França, Índia, Itália e Portugal, e também na da Constituição da União Europeia⁴³, cujo art. I-2º, abaixo transcrevo:

“A União Europeia funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito dos direitos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Esses valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre mulheres e homens”.

Portanto, não foi sem razão que o início do estado contemporâneo surgiu da necessidade de contenção do arbítrio dos governantes, que até pouco antes do final do século XVIII vigorava naquele modelo constitucional.

A partir dessa concepção, marcada por movimentos revolucionários, seguiu-se o Estado de Direito caracterizado “pelo governo de leis e não de homens”. A premissa já contava com a experiência greco-romana e apresentou a proposta de que um conjunto de atos normativos, de caráter geral e impessoal, elaborado por um corpo com essa específica função, havia que se inspirar na natureza e não na vontade onipotente do homem.

Esse movimento, calcado na doutrina de *Montesquieu*, era firme na ideia da criação de leis constitucionais, separação de funções do estado e controle recíproco entre os respectivos poderes (*check and balances*). Nascia o Estado Constitucional de Direito.⁴⁴ Outras correntes, como a de *Rousseau* (Contrato Social), *Kant* e movimentos econômicos, sociais e políticos colaboraram para a instituição do Estado constitucional, representativo ou de direito.

daqueles direitos”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 149. Para Miguel Reale “a partir da invariante axiológica primordial representada pela pessoa humana configura-se todo um sistema de valores fundantes, como o ecológico e o de forma de vida compatível com a dignidade humana em termos de habitação, alimentação, educação e segurança etc., em função dos quais se impõem imperativamente deveres do Estado, com a correspondente constelação de direitos subjetivos públicos. Somente assim se realiza o Estado Democrático de Direito proclamado logo no artigo primeiro da Constituição Federal. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 276.

⁴³MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 149.

⁴⁴“A expressão ‘Estado constitucional’ parece ser de origem francesa, a expressão ‘governo representativo’ de origem anglo-saxônica e a expressão ‘Estado de Direito’ de origem alemã. A variedade de qualificadoras inculca, de per si, a diversidade de contribuições, bem como de acentos tônicos”. MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 69.

A revolução Francesa de 1789/1799, a Revolução Industrial ocorrida um século antes e a contribuição das treze colônias da Inglaterra, que viriam a constituir os Estados Unidos da América, pelas primeiras Constituições escritas da modernidade foram cruciais para a virada do sistema do absolutismo.⁴⁵

Esse modelo havia de ter leis fundamentais criadas por representantes legisladores, especialmente destacados para sua elaboração e representantes escolhidos pela comunidade, vedado a eles modificarem os fundamentos constitucionais.

Verifica-se que o figurino constitucional, então reinante, cedeu às estruturas praticadas na atualidade, ao mesmo tempo em que se coloca o Ministério Público como órgão estatal encarregado da missão de defendê-lo.

Nessa esteira, cabe-lhe buscar a correção dos atos do estado, e por conseguinte dos seus agentes, sempre que nas suas atividades se verificar violação à ordem jurídica. E, segundo a doutrina, esta não é apenas a lei, e sim o direito, como o razoável, o proporcional, o equo, o justo, de modo que a Instituição precisa estar atenta a isso.⁴⁶

Mas, para não se perder com a possível fluidez da expressão “regime democrático”, diz-se que a instituição deve se orientar segundo a constitucionalidade dos atos normativos criados pelo Poder Legislativo. Esse sistema de controle da conformidade entre espécies normativas infraconstitucionais e a Constituição-parâmetro recebeu no país tratamento constitucional e legislativo. Embora se admita o controle abstrato-concentrado e concreto-difuso, o que é motivo de críticas doutrinárias perfeitamente aceitáveis e procedentes, a instituição tem compromisso com a preservação da ordem constitucional.

⁴⁵“Não é por mera coincidência que cada uma das antigas colônias inglesas da América do Norte, ao romper seus laços com a metrópole, tem o cuidado de formular desde logo a sua declaração de Direitos. Não é por capricho que essas colônias adotam declarações (a primeira, da Virgínia, em 1776), antes de estabelecer as próprias Constituições, e muito antes de se unirem pelas instituições confederativas (em 1781) e federativas (em 1787), com a Constituição dos Estados Unidos da América. O mesmo ocorre em relação a esses Estados quando se unem. Primeiro vem a declaração de direitos, no caso embasando a própria declaração de independência (1776), bem antes, portanto, da vigência dos Artigos de Confederação (1781) e promulgação da Constituição da Filadélfia (1787)”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

⁴⁶“A atuação do Ministério Público tem como norte, como paradigma, o projeto democrático delineado pela Constituição. A sua atuação deve estar pautada pelos princípios e objetivos fundamentais da República brasileira. Com o instrumental jurídico que dispõe, o Ministério Público deve apresentar-se como uma das instituições construtoras da sociedade livre, justa e solidária, o que implica, necessariamente, o enfrentamento com os setores da sociedade que tentam conservar o *statu quo*, concentrando riqueza e poder, produzindo a miséria e a marginalização das camadas majoritárias de nossa sociedade, alargando as desigualdades sociais e regionais”. GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia*. Leme: Ed. de Direito, 1987. p. 104.

Assim, defende-se o regime democrático. Se, por exemplo, o legislador de determinada localidade criou taxa de iluminação inconstitucional, porque a exação não atende aos requisitos exigidos pelo texto constitucional, abre-se à instituição a possibilidade de se empenhar para a preservação da ordem jurídica, então vulnerada por aquela atuação legislativa. O mesmo é de ser dito para a contratação de servidor público, quando a legislação não atender a regra geral do concurso público ou se dispensar licitação naqueles casos em que a lei federal a exigir.

Percebe-se que, a constitucionalidade é o fio condutor de toda a atividade estatal. Sua inobservância autoriza a ação do Ministério Público. É verdade que esse exame nem sempre se apresenta com a necessária nitidez, em especial no segmento administrativo do estado, mas o compromisso com a lei fundamental, e, pois, com a democracia é inafastável.⁴⁷

Esse raciocínio nos remete à ideia de que somente as leis verdadeiramente inconstitucionais autorizam o desforço ministerial. É que não basta examinar a legalidade democrática, mas também se determinada ação estatal se insere no regime ou sistema democrático.⁴⁸

Erigidas as verdadeiras diretrizes institucionais, a ordem jurídica e o regime democrático devem estar presentes em toda e qualquer ação ministerial. Portanto, a completa e adequada compreensão do conflito que chega ao conhecimento do integrante da organização é importante ponto de partida para o seu manejo com fundamento naquele escopo.

Com o desenvolvimento e maior aproveitamento do Setor Judiciário do Estado, o que também está diretamente ligado ao progresso científico-processual - hoje acertadamente visto como ramo autônomo do Direito, ao contrário do que sucedeu no passado quando representava simples faceta do direito material (sincretismo), a via do processo jurisdicional ainda é equivocadamente vista por muitos como a chave para a

⁴⁷“Concebida a Nova República como um Estado de Direito Democrático, submetida à Constituição, verificar-se-á, ante o princípio da conformidade de todos os atos políticos com as intenções consagradas constitucionalmente, que a legalidade democrática será, antes de tudo, constitucionalidade. Assim, uma vez que os atos normativos emanados do Poder Legislativo devem adequar-se aos preceitos e princípios constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade, incumbirá ao Ministério Público ter sempre como fonte primeira de interpretação da lei o texto constitucional. (...) Desta forma, defender a legalidade democrática será, fundamentalmente, defender o Estado de Direito democrático a ser consagrado, inexoravelmente, pela nova Constituição. E isto, no dia-a-dia, far-se-á através de exceções e ações diretas de declaração de inconstitucionalidade, toda vez em que se deparar com dispositivos normativos que ferirem as intenções do povo brasileiro transformadas em preceitos constitucionais, através de uma Assembleia Nacional Constituinte livre e soberana”. MARREY, Luiz Antonio Guimarães et al. *Livro de Teses do VI Congresso Nacional do Ministério Público*, APMP, 1985. p. 122.

⁴⁸MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Justitia*, São Paulo, v. 179/180, p. 149, jul./dez. 1997.

salvaguarda desses escopos. Para a doutrina, hoje a função jurisdicional sobrepairá as demais funções do Estado – Executiva e Legislativa⁴⁹, tamanho o acionamento do princípio dispositivo por parte dos que necessitam eliminar crises de direito material, seja na busca de interesses privados, seja de interesses públicos.

Outrora e na época em que surgiram os movimentos constitucionalistas do século XVIII, o Legislativo era o poder predominante, pois entendia *Locke* que ele reunia dois atributos fundamentais naquele pensamento político, qual seja o de representar a comunidade de então e o de declarar o direito que a todos aproveitava. O Executivo cumpria o direito extra ou judicialmente. Inexistia, assim, Poder Judiciário autônomo.⁵⁰

Note-se que ainda hoje se discute se o Estado-juiz tem mais ou menos legitimação para decidir, especialmente sobre políticas públicas, pois se por um lado tem o poder de dizer o direito – *juris dicere*, por outro os integrantes dos demais poderes são a eles alçados pelo voto popular.

Em nível institucional me parecem indissociáveis tais ideias da maneira de agir do Ministério Público. Não se concebe a ideia de que a atuação processual não sofreu mudanças ao longo desses anos, em especial após a Constituição de 1988. Antes dela, seus integrantes atuavam em conflitos penais e civis, sempre buscando submeter o fato à norma, sem que toda essa carga de conceitos e avaliações necessitasse de específica preocupação.

Com o tempo, muitas das demandas trazidas ao conhecimento de seus membros são verdadeiras propostas legislativo-administrativas, cabendo a eles decidir a seu respeito, acabando, não raro, por optar pela judicialização. Parece-me caber aqui crítica à mesma ausência sentida no Judiciário, ou seja, a da falta de planejamento e reflexão sobre os mais diversos temas de interesse estrutural.⁵¹

5. Defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis

A Constituição da República expressamente encarregou a Instituição para a defesa de valores que integram o interesse geral, a que os administrativistas chamam de interesse primário (item 03). Também, para a defesa dos direitos individuais indisponíveis.

⁴⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*, cit., p. 296.

⁵⁰COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 76, n. 614, p. 15, dez. 1986.

⁵¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*, cit., p. 295-296.

A expressão interesse suscita viva discussão. Observa-se que o legislador não a adjetivou, limitando-se a adotá-la sem se comprometer com a legitimidade ou não do bem reclamado em juízo e, pois, com o resultado do julgamento. Ainda, afirma-se que ele se distingue do direito, porquanto é possível que a pretensão seja deduzida para prevenir a ocorrência de determinada lesão, a exemplo do que sucede com a previsão do art. 102 do Código do Consumidor.⁵²

Para outros, contudo, interesse e direito são expressões sinônimas, não havendo razão para que se as distinga especialmente na esfera da defesa dos bens coletivos. A partir do momento em que o interesse é amparado pelo direito, ele passa a ter a natureza de verdadeiro direito tutelável, a partir do que nasce para o lesado a possibilidade de vê-lo protegido pela sentença.⁵³

Não é qualquer bem que credencia a atuação do *Parquet*, de maneira que na relação jurídica processual sua presença só se justifica se estiver demonstrado que atuará para os fins previstos em lei.⁵⁴

Lembra a doutrina que o Ministério Público sempre foi chamado para a defesa de interesses públicos, impessoais ou indisponíveis, apresentando-se no aparato judiciário como garante da aplicação das normas jurídicas.⁵⁵ Não que o magistrado não tenha idêntica

⁵²Confira-se, a respeito, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 205.

⁵³GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 718-719.

⁵⁴“No Brasil de hoje, o legislador não mais pode, porém, cometer quaisquer atribuições ao Ministério Público. A Constituição veda à lei infraconstitucional cometa atribuições desconformes com as finalidades institucionais do Ministério Público, as quais ela própria traçou. Nesse caso, a lei ordinária não poderia presumir a existência de um interesse a ser zelado pelo Ministério Público, se a defesa desse interesse estivesse em desacordo com sua destinação institucional. Isso ocorreria, por exemplo, se a lei infraconstitucional lhe cometesse a defesa de interesse individual disponível, sem qualquer conotação social”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 322. A mesma conclusão foi exposta por Salvatore Satta e Carmine Punzi, para quem “I casi in cui il pubblico ministero ha potere di azione sono tassativamente determinati, vale a dire non è configurabile un potere generale di azione da parte del pubblico ministero, analogo al potere della parte. Ciò dipende in linea logica dal fatto che alla base dell’azione pubblica non sta un interesse (e quindi una valutazione discrezionale dell’interesse): l’interesse del pubblico ministero è espresso dalla norma medesima che gli ha consentito o imposto l’azione. Comunque, l’art. 69 c.p.c. dispone explicitamente in proposito: ‘il p.m. esercita l’azione civile nei casi stabiliti dalla legge’”. (“os casos em que o Ministério Público tem poder de ação são taxativamente determinados, ou seja não é configurável um poder geral de ação de parte do Ministério Público, semelhante ao poder da parte. Isto depende logicamente do fato de que na base da ação pública não haja um interesse (e, pois, uma valoração discricionária do interesse): o interesse do Ministério Público é expresso pela mesma norma que lhe consentiu ou impôs a ação. Contudo, o art. 69 do CPC dispõe explicitamente esse propósito: o Ministério Público exercita a ação civil nos casos estabelecidos pela lei”). PUNZI, Carmine; SATTÀ, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 30. ed. Padova: Cedam, 2000. p. 90-91.

⁵⁵TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*, cit., p. 224.

função, já que compete ao Estado – e o Judiciário o integra - primar pelo alcance do bem comum.⁵⁶

O processo, porém, não deixa de ser o espaço democrático, em que o diálogo entre os seus sujeitos, mediante alegações, ônus, deveres e poderes deve conduzir à pacificação dos conflitos. Em nome desse valor, justifica-se sua democratização.

Se tanto ao Judiciário, quanto ao Ministério Público coube desempenhar suas funções em busca do mesmo objetivo, ou seja, assegurar a cada um o que é seu, aplicar a lei ao caso concreto, enfim distribuir justiça, por quais razões a instituição foi colocada na mesma arena processual, ao lado do magistrado?

Pontes de Miranda, ao comentar os arts. 94/96⁵⁷ da Constituição Federal de 1967, com a Emenda 01 de 1969, registrou:

“A matéria dos arts. 94-96 constitui prova de atitude doutrinária da Constituição. Uma das muitas que se nos deparam nos nossos dias. Existem: a) a dos que reputam o Ministério Público duplicação supérflua. Inútil, dispendiosa, ao lado dos magistrados, a que se atribuíam funções de julgamento de ofício, hoje minguadas; b) a dos que só o explicam como fato psicológico de desconfiança da magistratura, e foi devido, em sua origem francesa, porém não em sua origem luso-brasileira, a elemento político; c) a dos que lhe querem a conservação como corpo autônomo, ao mesmo lado mas diferente da magistratura, ligado mas independente do Poder Executivo. Representante da lei, dizem os penúltimos; e não do Poder Executivo, aditam os últimos”.⁵⁸

⁵⁶“A jurisdição, portanto, é uma das funções da soberania do estado. Função de poder, do Poder Judiciário. Consiste no poder de atuar o direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei. A função jurisdicional é, assim, como que um prolongamento da função legislativa, e a pressupõe. No exercício desta, o estado formula as leis, que são regras gerais abstratas reguladoras da conduta dos indivíduos, tutelares de seus interesses e que regem a composição dos respectivos conflitos; no daquela, especializa as leis, atuando-as em casos ocorrentes”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

⁵⁷“Art. 94. A lei organizará o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais. Art. 95. O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 1º. Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos; após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removidos a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

§ 2º. Nas comarcas do interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público estadual.

Art. 96. O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior”.

⁵⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 3, p. 407.

É de ser lembrado que a tutela jurisdicional é caracterizada pela inércia do juiz, segundo a qual o processo só tem início mediante provocação daquele que se apresenta como parte. Interessado ou autor, caso se trate, respectivamente, de processo de jurisdição voluntária ou contenciosa.⁵⁹

O oposto, contudo, ocorre com o membro do Ministério Público. Só se desincumbirá dos seus misteres se provocar a atuação do juiz, nos casos em que a solução extraprocessual dos conflitos não seja possível (acordos e termos de ajustamento de conduta, quando for o caso). Isso porque faz parte da sua atuação promover. Vigora, ainda, o princípio da obrigatoriedade e não o da oportunidade. Ou seja, para o restabelecimento da ordem jurídica, e em última análise para a proteção do interesse público não pode o membro do *Parquet* abrir mão da sua atuação.⁶⁰

Encontra-se no direito francês o mesmo ponto de partida sobre as funções da instituição, ou seja:

“O Ministério Público é um corpo permanente de magistrados especializados e encarregados de, em nome da nação que representam, agir junto aos tribunais judiciais e pela sociedade civil para assegurar respeito à lei, defesa do interesse geral e para a proteção da liberdade individual. É uno, hierarquicamente estruturado e ligado ao Ministro da Justiça”.⁶¹

Deduzidas tais premissas, cabe afirmar que os interesses sociais apontados pelo legislador constitucional transcendem a esfera de um único indivíduo, de maneira que o seu conjunto coletivamente considerado, em regra, legitima a atuação ministerial.

⁵⁹“O processo se origina por iniciativa da parte (*Nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), mas se desenvolve por impulso oficial (CPC 262). Podem provocar a atividade jurisdicional a parte ou interessado (jurisdição voluntária), bem como o Ministério Público nos casos em que estiver legitimado a ajuizar a ação civil pública (CF 129 III; CPC 81; LACP 5º caput; CDCV 82 I). NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 314-315.

⁶⁰“Certo, é essencial ao ofício do Ministério Público promover; e esse promover é tão essencial à vida das sociedades contemporâneas, e cada vez o será mais intimamente, que constitui atividade obrigatória. Dois princípios o governam: o princípio da legalidade (no Brasil, desde 1934, de constitucionalidade) e o de hierarquia funcional. Não há, portanto, possibilidade de se introduzir na estrutura e no regime de tal ofício o princípio de oportunidade, de que tratam, a outros respeito, a processualística e a política. O exercício das funções não pode depender de considerações de oportunidade. Existe Ministério Público, assim na União como nos Estados-membros, e as suas funções têm de ser exercidas. O Governador não pode, como o Presidente da República também não o poderia, ordenar que, em certo caso, ou em certas espécies, o Ministério Público não promova”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. op. cit., t. 3, p. 406.

⁶¹“Le ministère public est un corps permanent de magistrats spécialisés charges, au nom de la nation qu'ils représentent, d'agir auprès des tribunaux de l'ordre judiciaire et dans la société civile pour assurer le respect de la loi, la défense de l'intérêt général et la protection de la liberté individuelle. Il est unifié, hiérarchiquement structuré et rattaché au garde des Sceaux, ministre de la Justice”. VOLFF, Jean. *Le Ministère Public*. Paris: Presse Universitaire de France, 1998. p. 6.

Os direitos sociais são aqueles destinados a suprimir ou ao menos minimizar as diferenças existentes em uma sociedade de massa, cada vez mais complexa, inserida em disputas nas quais a paridade é gritantemente desigual. Não é mais suficiente o oferecimento de direitos civis e políticos em que todos são livres e iguais perante a lei (os chamados direitos de primeira geração). A proteção daqueles direitos contribui para um dos objetivos do Brasil, ou seja, o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF).⁶²

A socialização qualifica esses interesses e habilita a instituição a agir, pois nesse caso eles transcendem a individualidade dos direitos.⁶³

A exegese dos arts. 127, *caput* e 129, III, ambos da Constituição Federal levam à conclusão de que os interesses sociais terão sua defesa assegurada pela instituição, ainda que o seu objeto se constitua por direitos individuais disponíveis, cuja transgressão cause perturbação e instabilidade social. Segundo a doutrina, nesse caso o interesse social é vislumbrado na necessidade de: a) suprimir-se o elemento desestabilizador das relações jurídicas de inúmeros componentes do grupamento; b) solucionar-se rapidamente a lide; c) tornar efetivo o direito dos hipossuficientes, aos quais seria inviável o acesso individual ao

⁶²“Distintamente dos direitos civis e políticos, que tinham por objeto e/ou finalidade preservar determinados bens ou valores reputados naturais, inalienáveis e universais – como a vida, a liberdade e a propriedade –, e, como titulares sujeitos racionais, abstratamente declarados livres e iguais perante a lei, uma presunção que a realidade histórica prontamente demonstrou ser inconsistente, diversamente dos abstratos direitos de primeira geração, os direitos ditos sociais são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 710. Sobre isso, colho na doutrina estrangeira a seguinte orientação: “Reconhecendo extensamente e garantindo intensamente estes direitos sociais, a CRP qualifica o Estado português como Estado social. Ele apresenta-se, por um lado, como Estado de direito social, obrigado a respeitar e garantir os direitos sociais de todos e, por outro lado, como Estado democrático social, assegurando a participação de todos os grupos e categorias sociais no bem-estar da colectividade.

São igualmente os direitos sociais que dão corpo ao conceito constitucional de **democracia social** (cfr. Art. 2º, in fine), que integra, por um lado, o acesso de todos às prestações sociais e, por outro lado, a participação na definição da política social.

(...)

O direito à segurança social é um típico direito social de natureza positiva cuja realização exige o fornecimento de prestações por parte do Estado, impondo-lhe verdadeiras obrigações de fazer e de prestar (nº 2). O incumprimento destas obrigações constitucionais pode traduzir-se numa omissão inconstitucional; a qual, entre outras coisas, deve desencadear o mecanismo da inconstitucionalidade por omissão. Mas, para além disso, uma vez realizada essa incumbência constitucional, o direito à segurança social impede a sua revogação (mas não a sua reforma) e confere a todas as pessoas o direito aos benefícios assegurados pelo sistema (art. 283º)”. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 814-815.

⁶³“Nesse caso, a atuação do Ministério Público não pressupõe a indisponibilidade de cada uma das parcelas que o integram, o que torna legítima, *verbi gratia*, a defesa de interesses individuais homogêneos advindos de relação de consumo, ainda que as parcelas que o compõem tenham cunho estritamente patrimonial – regra geral, disponível. Por essa razão, será legítima a defesa de interesses individuais, ainda que não sejam indisponíveis, desde que seja divisado um interesse social em sua tutela”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 51.

Judiciário; d) tornar efetiva a norma, em especial daquela asseguradora de direitos fundamentais, desiderato que seria comprometido caso fosse exigida a defesa individual do direito; e) garantir a máxima uniformidade na prestação jurisdicional, o que será viabilizado com o uso dos mecanismos de tutela coletiva”.⁶⁴

Para Marcelo Pedroso Goulart, a Constituição Federal é a fonte de um grande projeto de emancipação social, devendo funcionar como diretriz para o uso democrático do direito, em que os membros do Ministério Público surgem como “intelectuais orgânicos das classes subalternas”.⁶⁵

Também integra o rol de atribuições do *Parquet* a defesa dos direitos individuais indisponíveis.

Mais uma vez, a instituição está legitimada à defesa de direitos sobre os quais não cabe qualquer ato de disposição.

Esse, talvez, seja um dos elos mais importantes que a prende aos interesses da população. É frequente a busca no Ministério Público de soluções para diversas crises de legalidade ou até mesmo de constitucionalidade. Defensor da ordem jurídica e da constitucionalidade, seu integrante tem o compromisso de fazer cumprir as leis, ou seja, transmutá-las do mundo formal para o real, defendendo sua concretização junto a órgãos públicos, privados e ao próprio Judiciário.

Esses direitos (individuais indisponíveis) se apresentam compostos pelo interesse do beneficiário, acrescidos de outros que refogem ao seu controle e disposição. São caracterizados:

Pela “presença de superiores razões de ordem pública que, tanto sob o prisma jurídico quanto sob o ponto de vista ético ou político, transcendem o interesse do titular do direito ou da pessoa que o represente – e cuja manutenção se insere no contexto dos valores que informam a proposta política da própria sociedade, a destacar a justiça e a paz social, já que a titularidade, no caso, não decorre de um ato de vontade da pessoa que a detém, mas de circunstância que refoge ao seu controle”.⁶⁶

⁶⁴GARCIA, Emerson. op. cit., p. 51.

⁶⁵GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 111.

⁶⁶ALBERTON, José Galvani. Parâmetros da atuação do Ministério Público no processo civil em face da nova ordem constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 59, p. 14, set. 2006/ago. 2007. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273602515.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014.

Há um rol de direitos sociais e individuais positivado no texto constitucional, sobre os quais muitos não têm alcance, necessitando da atuação ministerial para sua obtenção ou garantia.

O direito à saúde; à inserção social; à infância e juventude; à proteção das pessoas idosas e às pessoas com deficiência; ao meio ambiente; à habitação e urbanismo; às relações de consumo; ao zelo pelos interesses do incapaz nas demandas individuais; à probidade na administração pública; à segurança; à observância da lei nas ações registrárias, falimentares, eleitorais, são exemplos de situações nas quais pode haver conflito de interesses entre o indivíduo e o estado ou entre indivíduos, na esfera judicial ou extrajudicial.⁶⁷

O legislador cometeu ao *Parquet* importantes atribuições, que coincidem com os mais altos interesses da coletividade, razão pela qual sobre eles não cabe qualquer ato de disposição. São valores escolhidos pelo estado como essenciais não só à pessoa, individualmente considerada, mas ao corpo social como um todo.

Afirma Hugo Nigro Mazzilli que o objeto de atenção do Ministério Público resume-se nesta tríade:

“a) ou zela para que não haja disposição alguma de interesse que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos em que a indisponibilidade é apenas relativa, zela para que a disposição daquele interesse seja feita em conformidade com as exigências da lei; c) ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo na solução da controvérsia”.⁶⁸

Essa gama de interesses quase sempre (nada impede que sejam conhecidos diretamente pelo próprio membro ou por algum órgão interno, de ofício) chega ao conhecimento da instituição quando alguém os relata e os diz afrontados frente ao ordenamento. Seja na modalidade individual indisponível, seja na coletiva seu integrante tem o poder-dever de oferecer resposta ao conflito apontado e reclamado.

⁶⁷“O que torna possível e legítima a atuação tutelatória do Ministério Público é, portanto, a indisponibilidade de direitos que resulta da existência de leis de ordem pública. A ‘defesa da ordem jurídica’ acontecerá, em primeiro lugar, porque a lei de ordem pública é parte da ordem jurídica e o Ministério Público se move para atuá-la; em segundo, porque a observância da Constituição e das leis é a um só tempo um fim em si mesmo e um meio para a boa aplicação da lei de ordem pública”. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. op. cit., p. 46.

⁶⁸MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 114.

Nas duas hipóteses é possível a instauração de processo administrativo de investigação, a que se denomina inquérito civil, cuja conclusão poderá recomendar o aforamento de ações, ambas civis públicas (capítulo IV). Mas, não se pode olvidar da necessidade de se alargar a interpretação do art. 5º, XXXV da CF, cujo escopo é o de se dar ênfase a outras técnicas para a eliminação das crises, especialmente para a pacificação com justiça.⁶⁹

O aprofundamento da matéria de fato e de direito é essencial à compreensão, ao tratamento e à composição do conflito, material que integrará a causa de pedir de possível demanda a ser ajuizada (art. 282, III, do CPC), ou mesmo servirá de elemento propulsor de convicção para outras técnicas de solução das controvérsias de que acima se falou.

O guardião do interesse público – como pode ser chamado o Ministério Público –, tem obrigação institucional de buscar a eliminação ou a minimização das mazelas sociojurídicas. Deve buscar a lógica da convivência social, pois:

“Por mais que desejemos emprestar ao direito virtudes de que não desfruta, ele será sempre o sinal do fracasso dos homens em suas tentativas de institucionalizarem um conviver solidário. Assim como a harmonia do corpo humano é perdida com a doença, que afeta o bom funcionamento de qualquer dos seus órgãos, assim também a harmonia social é afetada com a doença social que é o conflito. Com vistas a recuperar a saúde do corpo social, o homem tem buscado soluções éticas e técnicas, como as ciências biológicas tentam soluções técnicas para assegurar a saúde do corpo. Destarte, se nossa felicidade corporal é não sermos afetados por doenças, nosso bem estar social resulta de não sermos perturbados com conflitos que não sejamos capazes de compor sem necessidade da coerção institucionalizada, que é o direito. E quando somos compelidos a valer-nos do direito e de suas instituições, as quais, como ocorre com os medicamentos dificilmente deixam de ter efeitos colaterais, é porque adoecemos socialmente”.⁷⁰

Sustenta Marcelo Goulart que tais interesses, para os quais a organização está constitucionalmente legitimada, são fundamentais à “realização prática do projeto constitucional de emancipação social”. Baseia-se no propósito de que o pacto social, tal como concebido pelo constituinte de 1988, está sendo implementado com o apoio do Ministério Público.

⁶⁹WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação. In: SEMINÁRIO MEDIAÇÃO: UM PROJETO INOVADOR. São Paulo, p. 42-50. (Série Cadernos do CEJ, 22). Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>>.

⁷⁰PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 189.

Com o devido respeito a esse posicionamento, de cunho flagrantemente propositivo, é preciso voltar àquilo que se buscou demonstrar alhures, no sentido de que a teoria constitucional é um movimento pendular, historicamente acompanhado de experiências positivas e negativas, inserto em longo processo de transformação cultural, como parece estar sendo o que vivencia o Brasil ao procurar se estabilizar no modelo do Estado Social.

Conforme será aduzido mais adiante, é preciso aferir se a expectativa depositada no sistema de direito processual (demandas em que se busca resposta no Estado) existente hoje no país é compatível com o que ele oferece e com o que dele se está a esperar, pois caso contrário será preciso redesenhar o figurino normativo. Assim, é preciso avaliar se o Brasil real cabe no Brasil formal.

Muito embora a Instituição tenha o poder-dever de responder às demandas que chegam ao seu conhecimento e que fazem parte da esfera de suas atribuições, esse trabalho ainda é realizado de maneira descoordenada, em um modelo de atuação institucional arraigado, liberal, não racional e pouco solidário.⁷¹

Por conta disso, é possível que os integrantes das Promotorias ou Procuradorias atuem conforme sua consciência e a lei – sem que isso represente qualquer infração estatutária. É a leitura que se faz do significado da independência funcional, apesar do crescimento das mazelas e das crises que chegam ao seu conhecimento.⁷²

Enquanto surgirem organizações criminosas, crimes sofisticados de corrupção, licitações fraudulentas entre grupos e consórcios de empresas, desvios de poder, prejuízos milionários ao patrimônio público e uma deletéria qualidade ou até mesmo a ausência de diversos serviços públicos, a instituição continua a trabalhar de maneira fragmentada, com foco judicial, quase sempre sem enfrentar as causas dos males que atingem as pessoas políticas da nação.

Com o respeito à opinião daqueles que não veem necessidade de renovação, destaco que em Espanha e Portugal seus membros trabalham em representação da Instituição, por um sistema de unidade e dependência hierárquica. Isso não significa que eles renunciaram à autonomia. Embora estejam compelidos a obedecer a ordens e instruções superiores, sempre haverá a possibilidade de esclarecerem a legalidade das

⁷¹A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos fundamentais da República do Brasil (cf. art. 3º, I da CF).

⁷²GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, cit., p. 136.

determinações que receberam (art. 27 do Estatuto Orgânico do Ministério Público Espanhol⁷³ e art. 79 do Estatuto do Ministério Público de Portugal⁷⁴).

Ambos os modelos permitem aos seus integrantes, sobretudo os que se encontrarem mais próximos à base da pirâmide hierárquica a defesa da ordem jurídica e do interesse público frente aos seus próprios pares, ainda que superiores.

Em ambos os casos, verifica-se atuação institucional sobre uma plataforma coletiva e não puramente individual, com preservação da autonomia do órgão e dos seus integrantes, permitindo-se haja controle recíproco entre eles.

6. Autonomia: autonomia funcional, administrativa e orçamentária

No plano do Direito Administrativo, a independência e a autonomia dos órgãos do estado são estudadas segundo características e funções encontradas no próprio ordenamento jurídico.

Para o bom funcionamento dessa máquina é importante que a administração se organize segundo a vinculação entre uns e outros ou entre eles e a Constituição Federal, a quem, no caso deverão obediência direta. A hierarquização administrativa exige respeito dos órgãos e agentes subalternos aos superiores, mas se esses não tiverem quem lhes diga o que fazer, o dever dessa obediência será encontrado na Constituição e nas leis.⁷⁵

⁷³“Art. 27- O Magistrado que receba uma ordem ou instrução que considere contrária às leis ou que, por qualquer outro motivo julgue ser improcedente deve dá-lo a conhecer, através de exposição justificativa, ao seu Procurador-Chefe. Se a ordem ou a instrução tiver sido dada pelo Procurador-Chefe e caso não considere satisfatórias as razões alegadas, deverá colocar a questão ao Conselho da Procuradoria (Junta de Fiscalia) e, assim que esta se manifeste, decidir definitivamente, reconsiderando-a ou ratificando-a. Se proceder de um seu superior, o Procurador-Chefe deverá fazer-lhe chegar a exposição, e o superior, se não concordar com as razões alegadas, deverá tomar uma decisão depois de ouvir o Conselho da Procuradoria. Se a ordem tiver sido dada pelo Procurador-Geral do Estado, este decidirá depois de ouvir a Junta dos Procuradores de Sala. Se o superior hierárquico ratificar as suas instruções, deverá fazê-lo explicitando as suas razões e com a expressa relevação das responsabilidades que possam decorrer do seu cumprimento ou então encarregará outro Magistrado do assunto em causa”.

⁷⁴“Art. 79, 1- Os magistrados do Ministério Público podem solicitar ao superior hierárquico que a ordem ou instrução sejam emitidas por escrito, devendo sempre sê-lo por esta forma quando se destine a produzir efeitos em processo determinado; 2- Os magistrados do Ministério Público devem recusar o cumprimento de directivas, ordens e instruções ilegais e podem recusá-las com fundamento em grave violação da sua consciência jurídica; 3- A recusa faz-se por escrito, precedendo representação das razões invocadas; 4- Nos casos previstos nos números anteriores, o magistrado que tiver emitido a directiva, ordem ou instrução pode avocar o procedimento ou distribuí-lo a outro magistrado”.

⁷⁵“Órgãos independentes são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário -, colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados *órgãos primários* do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções políticas, judiciais e quase-judiciais outorgadas diretamente pela Constituição, para serem

O desenho constitucional do Ministério Público permite afirmar que se trata de instituição livre, autônoma e independente, a cujos membros foram conferidas as garantias da magistratura, como se dela fossem integrantes. Evidentemente, a lei fundamental indicou as linhas e assentou as vigas mestras da instituição, deixando ao legislador complementar, e, portanto infraconstitucional, preencher e formular os espaços necessários à completeza do seu arcabouço jurídico.

No Brasil, o legislador constitucional dotou o Ministério Público de autonomia. Isoladamente considerada, a expressão consiste na “faculdade de se governar por si mesmo; direito ou faculdade de se reger (uma nação) por leis próprias; liberdade ou independência moral ou intelectual”.⁷⁶ Equivale dizer que a instituição se autogoverna, mas isso não significa que independa das demais funções do estado para o alcance dos seus fins institucionais, pois suas leis são decididas pelo legislador, seus recursos são repassados pelo administrador e suas demandas são dirimidas pelo órgão julgador. Tal característica, contudo, lhe assegura vida administrativa própria, segundo os recursos de que dispõe, como causa lógica da independência.

A respeito do assunto, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence anotou:

“O que se tem na Constituição é um esboço do Ministério Público. Esboço repita-se, de extensão e densidade normativa e pretensões sistemáticas inéditas. Mas é um esquema: não um código, um contexto de regulação completa da instituição”.⁷⁷

Não se pode perder de vista que o *Parquet* atua em prol dos altos interesses sociais (vida, saúde, liberdade, dignidade da pessoa humana, patrimônio público e social, meio ambiente, habitação e urbanismo, relações de consumo, etc.), entendendo-se não haver

desempenhadas pessoalmente por seus membros (*agentes políticos*, distintos de seus servidores, que são *agentes administrativos*), segundo normas especiais e regimentais.

Nessa categoria encontram-se as *Corporações Legislativas* (Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas, Câmaras de Vereadores), as *Chefias de Executivo* (Presidência da República, Governadorias dos Estados e do Distrito Federal, Prefeituras Municipais), os *Tribunais Judiciais* e os *Juízos singulares* (Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores Federais, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados-membros, Tribunais do Juri e Varas das Justiças Comum e Especial). De se incluir, ainda, nesta classe o **Ministério Público federal e estadual**, as defensorias públicas e os Tribunais de Contas da União, dos Estados-membros e Municípios, os quais são órgãos funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria dos *agentes políticos*, inconfundíveis com os *servidores* das respectivas instituições”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 71-72 (destaquei).

⁷⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 203.

⁷⁷ STF, Pleno, MS nº 21.239 – DF, RTJ 147/129.

razão para que esteja submetido a comandos emitidos por qualquer dos poderes da República. Seus limites de atuação devem estar expressos na Constituição e nas leis⁷⁸ ou nos sistemas político-constitucional, como apontado alhures. A respeito, não há dissenso.

Não fosse assim, a instituição ficaria sempre à mercê dos interesses do superior imediato, o que inviabilizaria e enfraqueceria sua atuação, em prejuízo da própria sociedade, destinatária dos seus serviços.

Sustenta-se que a adoção de outro modelo constitucional afrontaria a própria independência funcional, tida pelos integrantes da carreira como uma das mais importantes garantias institucionais positivadas pela Constituição.⁷⁹

Conferiu-se liberdade ao Ministério Público. É um órgão estatal livre para defender, livremente, os interesses da sociedade.

Para reforçar tais pressupostos, verifica-se que a afronta à autonomia poderá implicar na prática de crime de responsabilidade do Presidente da República, consoante dispõe o art. 85, II, da Constituição Federal.

Então, fixe-se que se trata de órgão autônomo porque se autogoverna. Seus integrantes são dotados de independência, e, portanto na aplicação do direito material só podem ser balizados pelo ordenamento jurídico. Como se buscará demonstrar mais adiante, essa interpretação pode comprometer os destinos institucionais, e até mesmo a estabilidade social das relações que deve ter por metas atingir, tal como preconiza o art. 127, *caput*, da CF, poderá inviabilizar a construção de políticas públicas internas, que deveriam servir para orientar o bom desempenho institucional.

A autonomia também é fundamento fortemente preconizado pelos doutrinadores de outros países.

Ainda quando a instituição inclui dentre seus fins constitucionais a defesa do Estado como pessoa jurídica de direito público, como se vê no art. 219 da Constituição de Portugal, em que atua como advogado, a exemplo do que sucede com a Advocacia Pública no Brasil (arts. 131 e 132, da CF) diz-se que há outra parcela das atribuições em que age

⁷⁸MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 487.

⁷⁹“A Constituição, assim, diluiu os estreitos vínculos outrora existentes entre o Ministério Público e o Poder Executivo, tendo vedado a representatividade judicial deste e assegurado a autonomia administrativa e financeira da Instituição, garantindo a independência funcional de seus membros e conferindo-lhes garantias idênticas outorgadas aos magistrados, do que resultou a sua posição de órgão verdadeiramente independente”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 36.

em nome do povo ou da comunidade, como ocorre na esfera penal, civil, dentre as quais se incluem os interesses difusos.

Nos países onde a organização institucional foi elaborada sob o pálio da hierarquia, como Espanha⁸⁰, França⁸¹ e Portugal⁸², a garantia tem sido interpretada como indispensável para assegurar a imparcialidade que se espera de seus integrantes.⁸³ Sustenta-se que a autonomia tem dupla face: uma negativa e outra positiva. Pela primeira se busca impedir que a instituição sofra interferência externa e se subordine a outras entidades públicas, em especial o poder político – está excluída a heterodeterminação. Na segunda, a instituição deve incondicional obediência para agir de acordo com critérios de legalidade e objetividade – denominada autodeterminação.⁸⁴

Como se verá no capítulo seguinte, embora com ela não se confunda, esse fundamento criou condições para o franco desempenho da independência funcional adotada em nosso sistema.

No Brasil, a autonomia estabelecida pelo texto constitucional apresenta três dimensões: funcional, administrativa e orçamentária.

A autonomia funcional é decorrência da autonomia administrativa.

A instituição, por seu Procurador-Geral tem iniciativa legislativa para deflagrar o processo legislativo de criação de seus cargos e organização do pessoal, sejam os membros

⁸⁰FLORES PRADA, Ignacio. O Ministério Público em Espanha. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O papel do Ministério Público*. Lisboa: Almedina, 2008. p. 76.

⁸¹TRASSARD, Cédric. O Ministério Público em França. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O papel do Ministério Público*. Lisboa: Almedina, 2008. p. 141-143.

⁸²DIAS, João Paulo; LIMA, Teresa Maneca Lima. O Ministério Público em Portugal. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O papel do Ministério Público*. Lisboa: Almedina, 2008. p. 36.

⁸³“Nos Diálogos Jurídicos celebrados no dia 26 de abril de 2005 no Centro de Estudos da Administração da Justiça a grande maioria dos autores consultados concluíram pela necessidade de reforçar a autonomia do Ministério Público como condição necessária para atribuir-lhe a investigação penal, limitada, sem prejuízo, ao entendimento unânime das opiniões, em aprofundar a desvinculação do Fiscal Geral do Estado do Poder Executivo a fim de evitar as suspeitas que poderiam surgir naqueles casos em que estiveram implicados interesses governamentais, com preterição da também igualmente vital atenuação da dependência intraorgânica que domina a instituição” (“Em los Diálogos Jurídicos celebrados el día 26 de abril de 2005 en el Centro de Estudios de la Administración de Justicia la gran mayoría de los autores consultados concluyeron en la necesidad de reforzar la autonomía del MF como condición necesaria para atribuirle la investigación penal, limitada, sin embargo, em el entendimiento unánime de las opiniones, a profundizar en la desvinculación del FGE respecto del Poder Ejecutivo a fin de evitar las sospechas que podrían producirse en aquellos casos en que estuvieran implicados intereses gubernamentales, con preterición de la también igualmente vital atenuación de la dependencia intraorgánica que domina la Institución”). LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. op. cit., p. 66-67.

⁸⁴RODRIGUES, Joana Amaral. O papel do Ministério Público na fiscalização da constitucionalidade. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 132, p. 226, out./dez. 2012.

de primeiro e segundo graus, sejam servidores posicionados na base hierárquica dos seus quadros.

Não haveria sentido em se autorizar a autogestão do órgão, sem lhe conferir poderes para organizar seus quadros conforme a necessidade, que não pode descoincidir do interesse público. Se a instituição precisa investir na contratação de pessoal, porque esse recurso está aquém do volume quantitativo ou até mesmo qualitativo, não necessita de autorização do respectivo Governador ou do Presidente da República para assim agir. Se houver necessidade de adquirir, locar equipamentos móveis ou imóveis e serviços, essa autorização lhe foi conferida pelo próprio legislador constitucional.

Como lembra José Afonso da Silva:

“Essa foi a orientação doutrinária que informou a elaboração das normas constitucionais sobre o Ministério Público, que lhe afirmaram os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional e lhe asseguram autonomia administrativa, facultando-lhe, observado o disposto no art. 169, ‘propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira’. Dá-se-lhe, assim, o poder de iniciativa de lei nessas matérias”.⁸⁵

O § 2º do art. 127, da Constituição é expresso ao prever que lhe cabe propor ao Legislativo a criação de seus cargos e serviços auxiliares, realizando concurso para a contratação de pessoal – sejam membros ou não, bem como a política remuneratória e organização em planos de carreira. O Executivo não poderá se imiscuir no assunto, ao contrário do que sucede nos órgãos que integram a administração direta e indireta.

O mesmo Ministro Sepúlveda Pertence, em passagem do julgado anteriormente citado, destacou:

“...Ora, a iniciativa da criação por lei de cargos no Ministério Público é predicado explícito da sua autonomia (CF, art. 127, § 2º) e, por isso, iniludivelmente privativa dos seus próprios órgãos diretivos, em particular, do seu chefe.

Raiaria, porém, pela mais grotesca das ilogicidades, que a Constituição desse, ao Ministério Público, com uma das mãos, a prerrogativa de propor a criação dos seus cargos e, com a outra, lhe reduzisse a nada o poder concedido, entregando ao Presidente da República o de extinguir os mesmos cargos, tão logo criados...”⁸⁶

⁸⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 598.

⁸⁶STF, Pleno, MS nº 2.139-DF, RTJ 147/131.

O Ministério Público também detém autonomia orçamentária para elaborar a respectiva peça para seu encaminhamento ao Executivo, que a incluirá no próprio orçamento geral e a remeterá ao Legislativo para apreciação e decisão.

Há limites para essa prática, devendo ser atendida a lei de diretrizes orçamentárias, segundo expressa o art. 127, § 3º, da CF. Se tal proposta estiver em desacordo com aquela o Executivo “procederá aos ajustes necessários para o fim de consolidação da proposta orçamentária anual”, conforme dispõe o § 5º, do mesmo dispositivo constitucional. Verifica-se, pois, que o *Parquet* não detém iniciativa legislativa nessa matéria, e sim autonomia para elaboração daquela peça, estando submetido aos limites estabelecidos pela Constituição.⁸⁷

No organograma constitucional, a autonomia da Instituição é um dos seus traços mais marcantes, pois visa impedir que os interesses dos governantes, nem sempre lícitos, ofusquem seus fins institucionais, muito embora se espera que os seus escopos sejam comuns.

Mesmo assim, ao que parece, o modelo constitucional de autonomia no Brasil se apresenta relativo, pois ainda sugere a existência de vinculação. Refiro-me ao sistema de nomeação do Procurador-Geral da República pelo Chefe do Executivo Federal, assim como pela ausência de fonte própria de recursos para gerir seus interesses. Como visto, o Ministério Público deverá encaminhar sua peça orçamentária para ser incluída na proposta de lei elaborada pelo Executivo para futuro e oportuno encaminhamento ao Legislativo.

Adotado o mesmo sistema para a obtenção de recursos, nos Estados o Procurador-Geral de Justiça é nomeado por seus Governadores, após a formação de liste tríplice votada pelos integrantes do Ministério Público de cada ente federativo. Essa nomeação pode ou não recair sobre o mais votado pela classe, o que tem sido motivo de fortes críticas, quando dita autoridade desrespeita a vontade dos respectivos integrantes, pois se diz que nesse caso haveria quebra da autonomia constitucional e a independência funcional desse chefe do *Parquet* restaria comprometida, a quem a ordem jurídica confere graves funções.

Isso pode ou não se verificar, pois o resultado da decisão administrativa da autoridade nomeante não implicará necessariamente na quebra da autonomia e da independência. Acresça-se que os Procuradores-Gerais também estão submetidos aos

⁸⁷“Mas não se lhe dá aí o poder de iniciativa da proposta orçamentária, devendo esta, por isso, integrar-se no orçamento geral a ser submetido ao Poder Legislativo pelo Poder Executivo.” SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 598.

mesmos ditames inscritos nos arts. 127 e seguintes do texto fundamental, aos quais os demais integrantes também se incluem e têm o dever de zelar. Sua inobservância dá causa à destituição da sua autoridade máxima, como preveem os arts. 128, § 2º e 4º do mencionado diploma.

A independência sempre levou boa parte da doutrina a ver a Instituição como um órgão que opera mediante a formação cultural, jurídica, a vocação e o idealismo de cada um de seus integrantes. Submetidos a concursos cada vez mais concorridos e difíceis, uma vez contratados se apegam a tal garantia, sem que os órgãos de cúpula, constituídos, em regra, por seus pares mais experientes, possam coordenar ou mesmo orientar genericamente quaisquer temas que chegam ao seu conhecimento. Inexiste hierarquia interna.

Conclui-se haver distinção entre autonomia da organização e independência ou dependência dos seus membros frente a outros órgãos internos. Numa ou outra situação, parece-me claro que a instituição deva agir de maneira organizada, coordenada e racional, em busca de resultados e não de simples ações. Como constou anteriormente, o tema da independência será retomado oportunamente.

Para assegurar esse fundamento, que me parece verdadeiro pressuposto do Ministério Público, seus integrantes contam com garantias, as da magistratura. É do que se cuidará em seguida.

7. Garantias: vitaliciedade. Inamovibilidade. Irredutibilidade de vencimentos

Conforme já constou alhures, os integrantes do Ministério Público possuem as mesmas garantias da magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Firme no propósito de assegurar independência para o desempenho das suas funções, o constituinte assegurou aos integrantes da instituição tais condições.⁸⁸

⁸⁸“As garantias outorgadas aos membros do Ministério Público pela Constituição da República e pela Lei nº 8.526/1993 estão estritamente vinculadas à relevância das funções que lhes foram atribuídas e à necessidade de assegurar a independência no seu exercício. Nesta linha, o art. 38 da Lei Orgânica Nacional contempla as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos, podendo a lei estadual dispor sobre outras mais”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 432.

Não pode ser diferente com os membros da magistratura, pois para que a imparcialidade seja observada é necessário que os juízes sejam revestidos dessas mesmas garantias constitucionais.⁸⁹

E o juiz imparcial, ao lado da investidura e da competência originária ou adquirida é um dos pressupostos processuais exigidos para a sua validade.⁹⁰

Assim como não se tolera a inobservância do princípio do juiz natural, também é repelida a ideia do Promotor *ad hoc*, isto é a escolha do membro do Ministério Público para o exercício das suas funções. Daí a teoria do Promotor Natural de que se tratará ainda nesse capítulo. A ele cabe agir conforme o ordenamento jurídico, não sendo lícito a ele se fiar em outros interesses, senão os preconizados pela Constituição e pelas leis.

No meio institucional é corrente o entendimento de que o seu integrante é o primeiro juiz da causa. Significa que em boa parcela das demandas que chegam ao conhecimento do Judiciário é o Ministério Público que examina o fato da vida em primeiro lugar. Isso ocorre nas causas penais e cíveis, especialmente quando detém legitimação ativa.

Ainda que não detenha o poder estatal de decisão - *jurisdicere*, é certo afirmar que o Promotor ou Procurador deve agir segundo a ordem jurídica, seja quando busca solução alternativa para a composição do conflito, seja quando necessita se utilizar do direito constitucional de ação. Para Chiovenda o Ministério Público deve estar comprometido com a prolação de uma sentença justa e sua presença “representa justo temperamento ao princípio dispositivo”.⁹¹

Os pressupostos processuais, nos quais se insere a imparcialidade, constituem fundamentos de direito universalmente consagrados, como sustenta Couture. Para o mestre uruguaio, “são pressupostos processuais aquelas circunstâncias sem as quais o processo carece de existência jurídica ou de validade formal...”.⁹²

⁸⁹A respeito, Dinamarco afirma que “ao lado destas – e sempre para que os agentes estatais encarregados da jurisdição a exerçam necessariamente com a marca da impessoalidade – a Constituição impõe-lhes certos impedimentos (art. 95, par.) A independência do juiz é absolutamente indispensável para que atue de modo impessoal e, conseqüentemente, para que possa ser imparcial em seus julgamentos”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 394.

⁹⁰SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 328.

⁹¹CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2, p. 126-127.

⁹²“...son presupestos procesales aquellas circunstancias sin las cuales el processo carece de existência jurídica o de validez formal...”. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. 4. reimpr. Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2010. p. 87-88.

Se já se afirmou que o membro da organização deve agir como “advogado sem paixão” e “juiz sem imparcialidade”, é correto afirmar que esse posicionamento é corolário de atuação pautada pela legalidade. Assim, no desempenho das suas funções não pode se conduzir com abuso de poder⁹³, buscando resultados que lhe interessem pessoalmente e que estejam constituídos por componentes estranhos ao interesse público e social.

Nessa esteira, o art. 138, I do CPC previu a aplicação das hipóteses de impedimento e suspeição ao membro do Ministério Público, nas hipóteses expressamente nele contempladas.

“Se o Ministério Público atua como custos legis, todas as proibições dos arts. 134 135, CPC, incidem. Se participa do processo como parte, todavia, obviamente não incide o art. 134 e nem o art. 135, V, CPC”.⁹⁴

Ao se afirmar que o Promotor ou Procurador está proibido de agir com abuso do poder (excesso de poder ou desvio de finalidade), é porque deve conduzir o exercício das suas funções segundo a ordem jurídica dotada de generalidade e abstração. Mas, à medida que se aprofundar no conhecimento do fato da vida por meio da investigação (capítulo IV) poderá se convencer da necessidade de pleitear determinado interesse em benefício de alguém ou de um grupo de indivíduos, em cumprimento aos fins institucionais para os quais a Organização está vocacionada. Caso isso não se concretize poderá promover o arquivamento do processo administrativo de investigação, buscar solução alternativa para a composição da controvérsia (como pelos termos de ajustamento de conduta) ou mesmo se posicionar pela improcedência do pedido deduzido na demanda, caso esteja na esfera judicial.

A discriminação constitucional entre os integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público caminhará na contramão dos modelos adotados em outros países, como em França, Itália e Portugal.⁹⁵ Nesses locais, o Ministério Público é integrante da magistratura.

⁹³“O poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios, violências, perseguições ou favoritismos governamentais. Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público. Sem esses requisitos o ato administrativo expõe-se à nulidade...”. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 111-112.

⁹⁴MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 183.

⁹⁵GARCIA, Emerson. op. cit., p. 11-20.

À medida que a instituição foi se desprendendo do Executivo, tornou-se independente para a tutela dos bens e interesses sociais.

A inexistência desse modelo garantista fatalmente levaria seu membro a sofrer interferências no desempenho do seu mister, o que deve ser reprovado. Cada vez que um interesse fosse contrariado, sobretudo na esfera governamental e na de outras pessoas, sobretudo as economicamente poderosas, o respectivo autor estaria exposto a injunções indevidas, com indesejado prejuízo jurídico-social.

O desenho estrutural do Ministério Público foi projetado de maneira que os destinatários da sua atuação ficassem a salvo de intromissões indevidas, única maneira de construir uma sociedade verdadeiramente justa e igualitária.

As garantias outorgadas pela Constituição são indissociáveis dos deveres funcionais e fins institucionais, pois deve prevalecer o interesse público, subjacente a toda ação ou inação ministerial.

Prova disso é a possibilidade de controle dos atos dos seus membros (art. 28, do CPP; art. 9º, § 4º, da Lei 7.347/85), remoção compulsória e até mesmo afastamento ou perda do cargo, nas hipóteses de desvio das missões que lhes foram impostas pelo ordenamento.

Portanto, é certo afirmar que apesar das prerrogativas conferidas pelo legislador, há limites na atuação ministerial a coarctar a independência funcional. A liberdade de ação ou de inação é limitada, cabendo a cada um agir conforme a Constituição, as leis e as fontes do direito.

7.1. Vitaliciedade

Significa que, ao ingressar na carreira o agente ministerial poderá nela permanecer até a morte. A perda do cargo só poderá ocorrer por sentença judicial passada em julgado.

Na vigência da Constituição de 1969, com a Emenda 01, de 13 de abril de 1977, seu integrante desfrutava de estabilidade (a vitaliciedade é mais do que isso), após dois anos de exercício. Segundo o art. 95, § 1º daquele texto constitucional “...após dois anos de

exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa...”.⁹⁶

A doutrina destaca que a vitaliciedade apenas poderá ser superada pela perda do cargo em virtude de sentença judicial definitiva, ou seja, passada em julgado. A estabilidade poderá ser quebrada por decisão administrativa proferida em processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.⁹⁷

Parece evidente que, a conquista da vitaliciedade pelo membro do *Parquet* implica na conquista de direitos pela própria sociedade, destinatária das suas atividades, ou seja, pela possibilidade que tais agentes têm de defender aqueles direitos sem que qualquer interferência indevida, externa ou interna desvie o seu livre convencimento.

7.2. Inamovibilidade

O membro do *Parquet* é inamovível. Só poderá ser movimentado do cargo que ocupa se assim o desejar e pleitear aos órgãos incumbidos para a realização do seu propósito. Tanto a remoção como a promoção dependerá da sua manifestação de vontade e da decisão favorável da administração superior.

Todavia, para atender ao interesse público é possível que o membro seja compulsoriamente removido. Mesmo nessa hipótese, ao agente é assegurado o contraditório e a ampla defesa. A decisão cabe ao Conselho Superior do Ministério Público a que ele estiver vinculado. Conforme dispõe o art. 128, § 5º, I, b, da CF, essa movimentação involuntária depende da aprovação da maioria absoluta dos componentes do Conselho local.⁹⁸ Adverte Émerson Garcia que essa parcela de garantia ministerial sofreu enfraquecimento com a superveniência da Emenda Constitucional nº 45/04, porquanto

⁹⁶“Antes de se perfazerem os dois anos de exercício, os membros do Ministério Público, quer federal, quer estadual, ficam na situação a que se refere o art. 100, por exclusão (funcionários sem direito subjetivo à estabilidade). Os membros do Ministério Público nomeados sem concurso ficam na situação do art. 100. O art. 194 os abrange, ser exerciam o cargo a 24 de janeiro de 1967)”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. op. cit., t. 3, p. 410.

⁹⁷“A distinção, assim, situa-se na natureza do órgão que pode apreciar a situação fática e decretar a perda do cargo. Como pontos de tangenciamento, tem-se que em ambas as hipóteses o agente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial, exoneração a pedido e aposentadoria – que pode ser compulsória, em razão da idade, por invalidez ou por tempo de serviço. Partindo-se dessa premissa e em consonância com o texto constitucional, tem-se que a vitaliciedade é prerrogativa assegurada aos magistrados (art. 95, I), aos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, alínea a), aos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º), aos oficiais da Armada (art. 142, § 3º, VI) e aos oficiais do serviço militar estadual (arts. 42, § 1º, c.c. 142, § 3º, VI e VII)”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 446-447.

⁹⁸A terminologia Conselho local foi adotada pelo autor para distingui-lo do Conselho Nacional do Ministério Público, que será objeto de exame, ainda nesse Capítulo.

antes dela o quórum era o de dois terços dos membros do mesmo Conselho para idêntica deliberação.⁹⁹

Apesar dessa alteração que, realmente ensejou nítido retrocesso dessa garantia, no sistema constitucional anterior a inamovibilidade então prevista no art. 95, § 1º, da CF/67-69, estabelecia que a remoção decorreria de decreto federal ou estadual; e, pois, mediante a interferência do Chefe do Executivo, após provocação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.¹⁰⁰

Além disso, importante frisar que no decorrer do exercício das funções do cargo o órgão do Ministério Público não pode sofrer supressão delas, pois, caso contrário a garantia estaria vulnerada pelo impedimento sofrido por seu titular em desempenhar determinada ação que integra o plexo de atribuições daquela unidade administrativa.

Em virtude dessa garantia, a disponibilidade também se submete a determinadas regras de observância obrigatória de parte da administração da instituição, como se verifica no art. 15, VIII, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, com a modificação decorrente da Emenda 45/04, anteriormente apontada.

Da mesma maneira, o exercício de funções por outro membro, na forma do art. 10, IX, g, da mencionada espécie normativa. Como exceção ao princípio do Promotor Natural, a doutrina aponta a existência de situações em que é possível ao Procurador-Geral designar outro membro para atuar em parcela das atribuições de outro, sem que a providência configure remoção compulsória, tida como total afastamento da garantia aqui discutida.

Como exemplo, encontram-se as situações de afastamento por suspeição não declarada, atraso no cumprimento dos prazos administrativos e processuais, desídia, favorecimentos com a quebra da imparcialidade de que já se falou, etc.¹⁰¹

7.3. Irredutibilidade de vencimentos

O art. 128, § 5º, I, c, da CF, assim como o art. 38, III, da Lei 8.625/93, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público preveem a garantia.

⁹⁹GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*, cit., p. 448.

¹⁰⁰Evidentemente, o mecanismo então vigente deixava ao talante do chefe do Ministério Público qual o seu entendimento sobre “conveniência do serviço”, tanto que Pontes de Miranda apontou que o controle judicial sobre essa prática se dava em mandado de segurança ou em ação constitutiva negativa em que se discutia a motivação e a verdade da mencionada conveniência. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. op. cit., t. 3, p. 410.

¹⁰¹GARCIA, Emerson. op. cit., p. 190.

Para que seu poder aquisitivo não seja afetado, o legislador constitucional dispôs que sua remuneração não pode sofrer qualquer redução. Evidentemente, há maneiras de afrontar essa garantia, sem que a relação numérico-quantitativa seja alterada. Basta que diante de inflação existente, o legislador não permita que os subsídios sejam atualizados nas mesmas proporções das perdas, ou se negue a conceder correções por longo período, ou ainda deixe de realizá-la.

Essa prática é atentatória à Constituição Federal e à garantia da irredutibilidade da remuneração.¹⁰²

Entretanto, lembra Emerson Garcia que a regra legal tem recebido interpretação literal, no sentido de que a proibição da redutibilidade se limita ao valor nominal da remuneração e não ao seu conteúdo real.¹⁰³

Apesar disso, é claro que a fragilização remuneratória dos agentes do estado leva a resultados nefastos, seja a quem contrata, seja a quem é contratado.

O exercício funcional quer de juízes, quer de promotores e procuradores sempre acarretou no Brasil significativa contribuição doutrinária e jurisprudencial. Desde os bancos da graduação aprendi que os integrantes do Judiciário, e agora os membros do Ministério Público deveriam ter assegurada adequada remuneração, não só porque a eles está vedado exercer outra função remunerada, salvo uma de professor, mas também porque a prática inversa seria um passo para a corrupção.

O raciocínio não é corporativista, porque também se aplica a outros segmentos do serviço público, ou seja, os governantes deveriam se preocupar mais com o bem estar dos seus agentes por ele contratados para a prestação de um serviço público de qualidade.

Apesar disso e dos riscos que a quebra dessa garantia constitucional representa, em pouco menos de duas décadas e meia de exercício profissional no Ministério Público de São Paulo, pude testemunhar o esforço e a dedicação de juízes, funcionários do judiciário, promotores de justiça e funcionários da instituição para a construção de um país constitucional, pois o direito e a justiça sempre os motivaram para o alcance de resultados minimamente éticos e palpáveis.

¹⁰²“Visando a oferecer tranquilidade e segurança aos juízes e, portanto sua independência perante os poderosos de todos os setores do Estado, essas garantias não são privilégios ou favorecimentos a uma casta de preferidos, mas, como sempre vem sendo enfatizado, meios de oferecer à população um serviço público realizado por agentes imparciais”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 395.

¹⁰³GARCIA, Emerson. op. cit., p. 449.

Ao lado dessa constatação, também não se pode esquecer que a violação da garantia pode ser causa de retaliações oriundas daqueles que não desejam o Judiciário e o Ministério Público verdadeiramente independentes. Qualquer prática atentatória a isso deve ser reputada inconstitucional.¹⁰⁴

8. Vedações

Para os fins da ideia central desse trabalho, verifica-se que o sistema jurídico-constitucional impõe limitações àquele que for investido nas funções do Ministério Público.

Ao lado da imparcialidade que em dado momento do manejo com os fatos da vida deve sobrepair sobre sua atuação, o legislador quer que se abstenha de determinadas práticas, como as relacionadas no art. 128, § 5º, II, *a, b, c, d, e, f* e § 6º, todos da CF.

Tais limitações se destinam a assegurar que das suas ações o ordenamento jurídico estará sendo cumprido ou, mais do que isso de que o resultado delas esperado implicará na pacificação social, com justiça. Esse esquema de atuação funcional, longe de utilizar o processo como fim em si mesmo, vai de encontro à teoria da instrumentalidade, segundo a qual a tutela jurisdicional deve estar endereçada às pessoas e não aos direitos, pois como destaca a doutrina “a importância do processo está em seus resultados”.¹⁰⁵ Do contrário, aduz Botelho de Mesquita que se teria um processo mecanicista, voltado tão somente para aferir sua eficiência e divorciado da justiça dos seus resultados.¹⁰⁶

Além dos impedimentos inseridos pelo legislador no texto original da Constituição da República, como as das alíneas *a, b, c, e d*, com a superveniência da Emenda nº 45, de

¹⁰⁴“Expor juízes a medidas que lhes reduzissem os vencimentos teria o significado político de expor o próprio Poder Judiciário a ameaças, humilhações ou represálias oriundas de outros Poderes. Daí a garantia da irredutibilidade de seus vencimentos, nos termos do art. 95, inc. III, da Constituição Federal. Para ser efetiva e real em tempos de inflação essa garantia deveria impedir a corrosão do poder aquisitivo dos vencimentos, não sendo substancialmente suficiente a manutenção nominal do valor destes em moeda nacional. Essa tese, no entanto, jamais foi aceita integralmente, de modo que os magistrados viviam constantemente postulando reajustes e nem sempre obtendo-os à altura dos desgastes sofridos. De todo modo, a redução nominal sempre foi vedada. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 398. Sobre o mesmo assunto Moacyr Amaral Santos registrou que “tal garantia visa a assegurar os juízes contra perseguições governamentais de natureza econômica”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 108.

¹⁰⁵BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 15. Confira-se também DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 184.

¹⁰⁶MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. v. 2, p. 34.

08 de dezembro de 2004, acresceram-se outras três, a saber: a) vedação ao exercício de atividade político-partidária; b) a impossibilidade no recebimento de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, salvo nos casos permitidos em lei e a imposição da quarentena (art. 128, § 5º, II e alíneas e § 6º da CF).

Significa dizer que ao lado da independência, devido à importância do tema, o mesmo texto constitucional criou responsabilidades a serem observadas pelos membros da Instituição, seja durante o tempo em que estiverem em atividade, seja quando tiverem passado para a inatividade funcional (vedação ultrafuncional).

Quis o legislador que o Ministério Público opere suas funções sem qualquer vinculação que o impeça de desempenhar o papel constitucional que lhe cabe, livre de ingerências, dificuldades econômicas e limitações. Ainda, o constituinte pretendeu que o processo não fique contaminado por fatores estranhos aos fins a que se lhe é proposto, quando criou a quarentena.

A isso, Hugo Mazzilli acresce a necessidade de se manter conduta pública e particular exemplar, além da necessidade de elaborar manifestações completas, com relatório e fundamentação do posicionamento adotado, a exemplo do que sucede com os magistrados. Essa importante obrigação decorre do art. 129, VIII, da CF.

Sem dúvidas, o destinatário das atividades funcionais se sentirá mais atendido nas suas prerrogativas e direitos que tem contra o Estado, se for devida e suficientemente informado sobre as razões que levaram o órgão público a assumir determinada posição, ainda que desatendidos os seus interesses egoísticos. O mesmo raciocínio deve ser empregado, quer o membro do Ministério esteja oficiando em processo administrativo ou judicial, como parte ou *custos legis*.

Inadequado, além de contrário à ordem jurídica, desconhecer as razões pelas quais se deu o convencimento ministerial. Por isso, o mesmo doutrinador destacou que:

“a lei complementar nº 40/81 já aludia a essa exigência; a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público reporta-se ao dever de ‘indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal’; por sua vez, a Lei Maior menciona a necessidade de indicar ‘os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais’”.¹⁰⁷

¹⁰⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 435. Confira-se, ainda, o art. 43, III, da Lei 8.625/93, que “Instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Das vedações previstas pelo legislador constitucional, para fins desse trabalho, faz-se necessário examinar as das alíneas d, e, f do § 5º do art. 128 e o § 6º, como forma de demonstrar a existência de limitadores à atuação, em prol do interesse maior, o interesse geral.

8.1. Vedação ao exercício de outra função pública, exceto uma de magistério

Como já constou, o impedimento decorre do art. 128, § 5º, II *d* da CF.

Em virtude disso, a doutrina vem sustentando a impossibilidade do afastamento do integrante da Instituição, salvo para exercer uma função de magistério (leia-se emprego, função ou cargo).

Sustenta-se que a vedação tem por fundamento a necessidade de se manter devido e adequado relacionamento com os poderes do Estado, preservando-se a autonomia preconizada pela Constituição, tida por seu legislador como necessária ao desempenho das funções da Instituição.

A ela o art. 29 § 3º, do ADCT previu a possibilidade de o membro contratado anteriormente a 5 de outubro de 1988 optar pelo regime jurídico anterior, cuja Lei Orgânica Nacional nº 40/81 admitia o afastamento para os mesmos fins.

O assunto, apesar de regulamentado pelas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos do Brasil, ainda suscita discussões, sobretudo na jurisprudência e no Conselho Nacional do Ministério Público.

O tema foi regulamentado pela Resolução nº 73/11, que “dispõe sobre o acúmulo do exercício das funções ministeriais com o exercício do magistério por membros do Ministério Público da União e dos Estados”, cujo art. 1º, *caput* é expresso em vedar o afastamento, salvo para o exercício do magistério público ou particular, por, no máximo 20 horas-aula semanais.

No entanto, vários Ministérios Públicos, por seus Procuradores-Gerais têm autorizado o afastamento de seus integrantes para o exercício de outra função pública, em especial do Poder Executivo.

Institucionalmente, discute-se se a prática é ou não negativa à autonomia da Organização, havendo desde opiniões restritivas até as claramente corporativas.

Por outro lado, já se afirmou que a experiência angariada na administração pública permite ao órgão ministerial amadurecimento na sua atuação funcional, pois são muitas as dificuldades encontradas naquele setor do Estado, sobretudo pela falta de recursos e obstáculos criados pela própria legislação destinada a regulamentar o exercício da respectiva pessoa jurídica de direito público. O empréstimo dessa mão-de-obra também serviria para melhorar o relacionamento entre a instituição e o governo.

O Conselho Nacional do Ministério Público ainda discute sobre a constitucionalidade do afastamento do membro admitido na vigência da Constituição de 1988, pois há quem sustente que a vedação imposta pelo dispositivo em análise deve ser interpretada com o art. 129, IX do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, ao apreciar cautelarmente pedido de afastamento formulado por integrante do Ministério Público de Minas Gerais, esse órgão, por meio de decisão proferida pela Conselheira Cláudia Chagas proferiu decisão favorável, cujos fundamentos em parte vão abaixo transcritos:

“(…) Sustento, desde então, que o art. 128, § 5º, II, ‘d’ da Constituição Federal deve ser interpretado de forma sistemática, levando em conta o teor do art. 129, IX, da Lei Maior. Assim, não haveria vedação para que o membro exercesse outra função pública, desde que afastado de suas atribuições na instituição de origem, pois o que a Constituição Federal proíbe é apenas o exercício concomitante do cargo no Ministério Público com outro cargo público.

É certo que a autorização para o afastamento deve ser precedida de criteriosa análise por parte do Procurador-Geral de Justiça e do Conselho Superior do Ministério Público, quando serão analisadas a conveniência e possibilidade de concessão de licença ao membro, bem como a estatura do cargo almejado, a sua relevância e a relação das funções a serem exercidas com as finalidades institucionais”¹⁰⁸.

A se manter essa linha de entendimento no seio da instituição, é certo que a prática não pode comprometer sua autonomia, nem mesmo interferir negativamente nos rumos do órgão.

Daí a importância de se traçar políticas públicas e metas de curto, médio e longo prazo para o próprio Ministério Público, cujo planejamento deve contar com a participação

¹⁰⁸PCA nº 0.00.000.000381/2013-50, requerente Rodrigo Sousa de Albuquerque, requerido Ministério Público de Minas Gerais, decisão de 04/04/2013. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <www.cnmp.mp.br>. Acesso em: 06 ago. 2014.

de todos os seus integrantes. Por sua vez, a execução deve ser assistida e racional, permitindo-se atuação em rede para assegurar sua eficiência.

O inverso é o que se vê nesse momento da história institucional, em que a estrutura organizacional impede que decisões coletivas sejam aprovadas e aproveitadas por seus integrantes, firmes no propósito de que a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional operam eficazmente a seu favor.¹⁰⁹

8.2. Vedação ao exercício de atividade político-partidária

A proibição foi prevista pelo art. 128, § 5º, II, *e*, da Constituição do Brasil.

Por meio de decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.377-7/DF, o Supremo Tribunal Federal já havia entendido, frente a dispositivo constitucional anterior que proibia o exercício de atividade partidária, salvo exceções previstas em lei, que o membro do Ministério Público deveria se afastar das suas funções, ainda que fosse para se filiar a partido político.

O entendimento era o de que não se poderia correr o risco de permitir a quebra da imparcialidade e da retidão do membro, pois ao se filiar poderia passar a defender, no desempenho das suas funções, correntes de pensamento aderentes à agremiação à qual decidiu seguir, com sério risco de prejuízo à imparcialidade e à promoção da isonomia à qual está vinculado por disposição constitucional.

Com a Emenda nº 45/04 sobreveio vedação mais rigorosa, estando em vigor o entendimento de que não se permite essa atividade, exceto se optou pelo regime jurídico anterior (art. 29 § 3º do ADCT), consoante antes já se referiu, como ocorre com a proibição de acumulação de outra função pública.

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 05, de 20 de março de 2006, que “Disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”, cujo art. 1º, caput é expresso em impor a vedação àqueles que ingressaram na carreira após a publicação da Emenda

¹⁰⁹(...)fatores da estrutura organizacional e do funcionamento do Ministério Público impedem a concretização dos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, contribuindo para dissociá-los dos fins a que, necessariamente, devem se voltar”. ALMEIDA, Fernanda Leão de. *A garantia institucional do Ministério Público em função da proteção dos direitos humanos*. 2010. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 249-250.

Constitucional nº 45/04. Da mesma maneira, seu parágrafo único ressalva a possibilidade do exercício dessa atividade àqueles que optaram pelo regime jurídico anterior.

Apesar disso, não faltam vozes contrárias à interpretação do Conselho Nacional, sob o argumento de que não se deveria permitir a filiação, mesmo com o afastamento do membro da instituição. Critica-se esse modelo, sob o fundamento de que se criou um terceiro gênero de Promotores e Procuradores, que podem desfrutar das vantagens do sistema passado e do presente, prevalecendo sua vontade na relação que mantém com a instituição a que pertence. Não se haveria de supor direito adquirido a regime jurídico anterior, além do que as causas de inelegibilidade deveriam estar previstas na legislação infraconstitucional, como é o caso da Lei Complementar nº 64/90.¹¹⁰

A proibição em destaque mais uma vez reforça o intuito do legislador constitucional em assegurar a autonomia institucional. Conforme já constou anteriormente, a organização não deve se curvar a interesses estranhos aos que lhe coube defender. Àqueles que integram partidos políticos ou possuem mandatos, ainda que sejam seus membros, devem respeitar a equidistância que faz do Ministério Público órgão autônomo em relação a tais associações e ao próprio governo. O mesmo é de ser dito quanto ao relacionamento entre os integrantes da administração e o político, em clara proteção da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com a qual a organização tem estreito compromisso.

Por tais motivos também é importante se estabelecer agenda institucional de médio e longo prazo, independentemente da administração que estiver no poder da Instituição, franqueando aos seus integrantes oportunidade real para dela participar, discutir e cumprir. Com efeito, os programas de atuação passarão a pertencer à organização, independentemente de quem esteja na sua direção. Não se pode imaginar o *Parquet*, de dimensão nacional, trabalhando contra o interesse social e a favor de interesses pertencentes a uma corrente de pensamento divorciada do interesse da comunidade, que lhe cabe defender.

A assistência ao cumprimento das metas estabelecidas deve estar baseada na existência de programas internos e externos de atuação. A verdadeira unidade apenas será possível com a otimização de esforços, com a atuação racional e próxima da realidade, visando sempre a busca de resultados efetivos e factíveis, repelindo-se medidas que não

¹¹⁰GARCIA, Emerson. op. cit., p. 546-547 e 551.

possam se transformar em benefício para o público, na abertura às novas tendências processuais, em especial para o tratamento coletivo de questões estruturais e no incremento de outras técnicas para a solução dos conflitos.

8.3. Proibição em receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei

A limitação amplificou vedação anteriormente inscrita no art. 128, § 5º, II, *a*, da CF, através da qual ao membro é vedado perceber honorários, percentagens ou custas processuais.

A remuneração devida é paga com os recursos previstos no orçamento do ramo ministerial a que pertencer, não lhe sendo possível outra maneira de contraprestação, pena de violar esse preceito legal.

O legislador também impôs a proibição da alínea *f* do mesmo dispositivo constitucional, alargando tais restrições.

Nenhuma vantagem poderá ser auferida pelo Procurador ou Promotor, seja proveniente de pessoa física, entidade pública ou privada.

A interpretação que pode ser dada para a coexistência de ambas as proibições é a de que tanto não se permite o recebimento de valores pelo exercício da função em determinado caso concreto – como, por exemplo, o membro do Ministério Público que, explorando a credulidade alheia vier a exigir vantagem sob o argumento de que ela se destinará ao pagamento de despesas com o exercício da sua função em dado processo. Não pode auferir vantagens – inclusive as não pecuniárias – como forma indireta de tolher o exercício das suas funções para favorecer ou prejudicar alguém.

Ou seja, os fins institucionais repelem qualquer interesse que não convirja com a defesa do interesse geral, como já constou e é exigido aos Ministérios Públicos de outros países.¹¹¹ Tais interesses é que são inarredáveis e deverão fazer parte de toda ação institucional, seja em modelos onde haja dependência ou independência.

¹¹¹DIAS, João Paulo; LIMA, Teresa Maneca Lima. O Ministério Público em Portugal, cit., p. 52. FLORES PRADA, Ignacio. O Ministério Público em Espanha, cit., p. 76. TRASSARD, Cédric. O Ministério Público em França, cit., p. 146. FABRI, Marco; CAVALLINI, Daniela. *O Ministério Público em Itália*. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O papel do Ministério Público*, cit., p. 195. ARDUINO, Ileana; LITVACHKY, Paula; MAXIT, Margarita O Ministério Público na Argentina. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O papel do Ministério Público*, cit., p. 264.

8.4. Quarentena

Pode-se afirmar que a proibição prevista pelo art. 128, § 6º, da CF aprimorou o que já constava do seu inciso II, alínea *b*.

O exercício da advocacia já era expressamente proibido pelo sistema constitucional, quando sobreveio a Emenda nº 45/04 e a estendeu aos membros nos três anos seguintes aos que se deu seu afastamento, por aposentadoria ou exoneração (art. 95, parágrafo único, V).

O intuito do legislador foi o de impedir que razões espúrias possam interferir nas relações jurídicas processuais, quer durante o trâmite do processo, quer na fase de julgamento, em prejuízo da ordem jurídica, da pacificação e da justiça, com as quais Promotores e Procuradores têm acentuado compromisso.

No plano infraconstitucional, a vedação já constava do art. 24, § 2º, da Lei Complementar nº 40/81, o que também é objeto de tratamento pela Lei 8.906/94, que criou o Estatuto da Advocacia.

De qualquer modo, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de examinar a possibilidade de o integrante da instituição admitido antes da Lei nº 40/81 poder desempenhar essa atividade, ficando decidido não haver direito adquirido a regime jurídico, ou seja, “a continuidade da situação funcional que a Lei Complementar expressamente proscreeveu”.¹¹²

A proibição em exame, assim como as anteriormente estudadas estão diretamente ligadas ao princípio constitucional da igualdade inscrito no art. 5º, *caput* da CF, no qual se inspira a isonomia processual, segundo a qual “as partes e os procuradores devem receber tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”.¹¹³

Para se garantir a paridade na aplicação do direito substancial, ela também deve ser assegurada ao longo de todo o arco procedimental entre os sujeitos processuais que figuram juntamente com o juiz, na relação jurídica processual.

Portanto, apesar das vedações expressas pelo legislador constitucional, é certo afirmar que existe um padrão ético, moral e legal que se espera dos membros da

¹¹²AI nº 117.625-3 DF, 1ª T., rel. Min. Moreira Alves, j. em 07/04/1987, DJ 22.05.87.

¹¹³DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 55.

instituição, baseados em princípios, aos quais deve obediência em cumprimento à missão institucional da organização a que pertencem.

9. Conselho Nacional do Ministério Público

A inserção do Ministério Público em capítulo próprio e o propósito do legislador constitucional de lhe conferir autonomia e independência, consoante já se afirmou anteriormente, levou muitos a afirmarem que havia se transformado em um quarto poder da República, pois é o titular da ação penal pública, condicionada ou incondicionada, além de ter se tornado o principal legitimado a defender os interesses coletivos *lato sensu* pela chamada ação civil pública, assim denominada em virtude de geralmente ter no seu polo ativo o agente ministerial.

Com o devido respeito aos que assim pensam, essa teoria parece não se sustentar, tendo sido colocada no seu devido lugar. Pelo que até aqui se expôs, ainda existe dependência e ingerência dos Poderes Legislativo e Executivo sobre a instituição, além de seu arquétipo ser fruto de pensamento político vigente à época da Constituição. Nada impede que sobrevenha inovação, baseada em outra corrente política de pensamento.¹¹⁴

Embora a instituição tenha como princípio institucional a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e o promotor natural, como se verá no capítulo II, não contava com qualquer órgão que concentrasse poderes para o controle externo dos

¹¹⁴A respeito, contudo, é bom que se traga à colação pensamento de José Afonso da Silva, ao ter apontado não ser “aceitável a tese de alguns que querem ver na instituição um quarto poder do Estado, porque suas atribuições mesmo ampliadas aos níveis acima apontados, são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar ‘com plena liberdade funcional’, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 598. No mesmo sentido: “Para um buen número de autores el MF es un órgano autónomo del Estado con unas misiones específicas, constitucionalmente atribuídas, entre las que destaca su función promotora de la jurisdicción para la defensa del interés público y que las ejerce por medio de órganos propios. La clave de esta definición vendría determinada por el actuar de la Institución a través de sus propios órganos que le alejaría de cualquiera de los otros poderes de Estado, pero, em todo caso, sin constituir per se um poder independiente. Esse actuar por sí atribuiria al MF la naturaliza de órgano autónomo no enclavado institucionalmente en ninguno de los poderes del Estado pero sin configurarse como um cuarto poder” (“Para um bom número de autores o Ministério Público é um órgão autônomo do Estado com missões específicas, constitucionalmente atribuídas, entre as quais se destaca a função de promover a jurisdição para a defesa do interesse público e que as exerce através de órgãos próprios. A chave desta definição se determina pelo atuar da Instituição através de seus próprios órgãos que a afastaria de qualquer um dos poderes do Estado sem se configurar como um quarto poder. LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. *La autonomía del Ministerio Fiscal em el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, cit., p. 238-239.

seus diversos ramos. Ou seja, o modelo federativo adotado pelo Brasil permitiu o surgimento de um Ministério Público da União, que se subdivide em Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar, um Distrital e dos Territórios e vinte e seis Ministérios Públicos Estaduais, cada qual com seu Procurador-Geral e órgãos de Administração Superior (Procuradoria-Geral, Colégio de Procuradores, Conselho Superior e Corregedoria-Geral – art. 5º, da Lei 8.625/93), sem a existência de um único órgão coordenador da instituição em âmbito nacional (art. 128, da CF).

Vigia esse modelo institucional, quando em 2004, pela Emenda nº 45, de 08 de dezembro desse ano, foi criado o Conselho Nacional do Ministério Público, composto por quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dois anos, com uma recondução (art. 130A da CF).

A doutrina aponta como causa da criação do órgão a indevida intromissão do sistema político-partidário em que não raro seus filiados, assim como os detentores de mandato político, passaram a exercer sobre a instituição, utilizando-a como *longa manus* dos seus interesses, ora em favor do governante, ora contra e em benefício de sua oposição.¹¹⁵

A crítica ao modelo de composição do colegiado ficou por conta do fato de que o Procurador-Geral da República, a quem se reservou a presidência do órgão (art. 130A, I, da CF) sempre estará presente, independentemente da identidade dos seus membros, pois para tanto basta ter sido nomeado pelo chefe do Executivo Federal (art. 128, § 1º, da CF). A segunda crítica diz respeito à desproporção imposta pelo legislador constituinte ao desigualar os Estados na representação do Conselho. Isso porque dos quatorze membros, cinco deverão ser do Ministério Público da União, ou seja, o Procurador-Geral da República e outros quatro de qualquer um de seus ramos. Ao mesmo tempo, os Ministérios Públicos Estaduais contarão com apenas três representantes (art. 130A, II e III, da CF). Ao

¹¹⁵“Nada obstante esta mudança do arcabouço jurídico delineado pela C.F. de 1988, o Ministério Público não alcançou a tão almejada liberdade funcional e a imparcialidade exigida em seu ofício. Muito embora os seus membros tenham deixado de responder a uma autoridade central, militarizada, sua submissão mudou, tão-somente, de mãos. O Ministério Público, atendendo aos reclames da sociedade democrática, quase-fundamentalista, foi absorvido pela balbúrdia partidária que assola o Brasil.

Com efeito, os membros que compõem as fileiras do Ministério Público, em vez de atuarem como efetivos fiscais da lei, findam por atuar como verdadeiros prepostos de partidos políticos, da situação ou da oposição, o que, muitas vezes, e em total paradoxo com sua função, os impele a serem arautos da ilegalidade, conforme foi visto nos primeiros meses de 2004, com o escândalo envolvendo um assessor da Casa Civil e que deu ensejo ao combate aos bingos”. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.170-1.171.

lado dessa imperfeição, aponta-se que o Ministério Público da União praticamente ficou sem um órgão de fiscalização, pois cinco dos integrantes são oriundos das suas fileiras, o que aumentaria o risco do enfraquecimento do controle quando se estiver frente a questões que lhes digam respeito.¹¹⁶

É verdade que a maioria dos integrantes desse órgão é oriunda do Ministério Público, ou seja, o Procurador-Geral da República, seu presidente nato; quatro membros do Ministério Público da União e três do Ministério Público dos Estados, a que André Ramos Tavares denominou membros de primeiro escalão.¹¹⁷ Seguindo essa mesma classificação, no segundo haverá dois juízes, um indicado pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça; dois advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. No terceiro e último escalão devem integrar esse Conselho dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, um indicado pela Câmara baixa e outro pela Câmara alta, a saber, Câmara dos Deputados e Senado Federal, respectivamente, tudo como preveem os incisos I a VI do art. 130A, da CF, parte deles já mencionados anteriormente. A exigência de requisitos subjetivos e objetivos para os conselheiros vindos da sociedade não significa que para os demais membros também não sejam necessários. Todavia, lembro que para o ingresso deles nas carreiras jurídicas, os mesmos pressupostos devem estar presentes, o que é mais detidamente observado no concurso público de provas e títulos a que são submetidos (art. 93, I e 127, § 2º, da CF).

A composição desse Conselho, a exemplo do que sucede com o Conselho Nacional da Justiça criado pela mesma Emenda Constitucional, também conta na sua formação com dois cidadãos indicados pelo Parlamento Nacional.

A doutrina vê nesses componentes, a vontade do constituinte derivada em introduzir no controle externo da instituição possível intromissão política, o que representaria um paradoxo pelo fato de dito órgão ter vindo ao mundo para impedir que os agentes ministeriais fossem conduzidos pelas mãos desses mesmos interesses.¹¹⁸

As atribuições do Conselho Nacional foram arroladas pelo art. 130A, § 2º e incisos e § 3º, da CF, dentre as quais devo destacar: I- zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público; II- zelar pela observância do art. 37 da CF e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por

¹¹⁶GARCIA, Emerson. op. cit., p. 116-117.

¹¹⁷TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 1.171.

¹¹⁸Id. Ibid., p. 1.171-1.172.

membros ou órgãos da Instituição, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei; III- receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional da Instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV- rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V- elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI, da CF. Ainda, tem a incumbência de escolher um Corregedor Nacional do Ministério Público, cujo órgão se acha criado e em funcionamento, com competência administrativa em todo o território nacional.

Apesar dos motivos ensejadores da criação do Conselho e das funções que lhe são afetas, internamente os membros da instituição de todo o país passaram a contar com mais uma instância para a revisão das sanções e questões administrativas, como exemplificativamente ocorre com a movimentação da carreira, nem sempre conduzida de acordo com princípios republicanos. Em virtude disso, as decisões do Ministério Público local podem não ser prestigiadas pelo órgão central, o que não deixa de representar garantia de seus integrantes.

Apresenta a natureza jurídica de órgão constitucional autônomo situado fora dos Poderes do Estado e do Ministério Público, cujo escopo é o do controle externo.

Desde a reconfiguração institucional de 1988, a iniciativa foi pioneira em se buscar a criação desse organismo, com o nítido propósito de traçar metas administrativas comuns ao Ministério Público do país. Não é preciso dizer que o poder político encontrou espaços ou mesmo falhas na atuação de seus integrantes para sustentar e se convencer sobre a necessidade do nascimento desse organismo nacional.

Vê-se no órgão a arena competente para a concreta aplicação dos princípios institucionais e união de esforços do Ministério Público brasileiro, com a possibilidade da implementação das políticas e de práticas para assegurar a isonomia dos destinatários das suas ações.

O Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público é uma das ações criadas para difundir nos seus diversos ramos, projetos e programas, dignos de destaque.

Em evento organizado pelo colegiado no ano de 2013, a conselheira Cláudia Chagas afirmou:

“...o prêmio encerra mais uma etapa do Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público para o período de 2011-2015, desenvolvido a partir de uma grande articulação entre as unidades do Ministério Público, sob a coordenação do Conselho. ‘O planejamento Estratégico Nacional foi um projeto inédito e ambicioso, uma vez que buscou a convergência e a atuação integrada do Ministério Público, sem violar a autonomia das instituições e independência funcional de procuradores e promotores. O objeto foi dialogar para encontrar as prioridades do Ministério Público brasileiro...’¹¹⁹”

Dentre os trabalhos premiados, exemplificativa e livremente destaco: 1) O MP e os objetivos do Milênio saúde e educação de qualidade para todos (Ministério Público da Bahia); 2) Carne Legal (Ministério Público Federal)¹²⁰; 3) Plano institucional de enfrentamento ao crack e outras drogas (Ministério Público de Pernambuco); 4) Moradia digna – MP, Poder Público e Sociedade (Ministério Público de São Paulo); 5) Projeto de padronização e organização administrativa das promotorias de justiça (Ministério Público do Rio Grande do Sul)¹²¹, dentre outras.

Não se pode perder de vista que os fatos da vida com os quais trabalham os Ministérios Públicos de todo o Brasil são acompanhados de transcendentalidade, ou seja, ultrapassam os limites de um feixe de interesses, de uma única Comarca ou Seção Judiciária. Aliás, o próprio art. 93, II do Código do Consumidor, que integra o microsistema de processo coletivo no Brasil já apontava para a possibilidade da existência de danos regionais ou nacionais.

Esses dados me levam a crer o acerto da afirmação de que as ações coordenadas, racionais e assistidas estão em consonância com as metas constitucionais reservadas à

¹¹⁹PRÊMIO CNMP reconhece os melhores projetos e boas práticas no MP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/3674-premio-cnmp>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

¹²⁰“A ideia da Carne Legal é trazer para os grandes centros consumidores de carne a ideia de que as pessoas podem ajudar na preservação da Amazônia. Acho que o reconhecimento recebido hoje vai ampliar o alcance do projeto’, procurador da República Daniel César Azeredo Avelino, gestor do projeto Carne Legal, do MPF”. Id. Ibid.

¹²¹“A sociedade cobra cada vez mais eficiência do Poder Público. A aplicação de metodologias e ferramentas de gestão é essencial para ganharmos eficácia na atividade-fim. O projeto trouxe excelentes resultados no MP gaúcho’, promotora de Justiça Ana Cristina Cusin Petrucci, gestora do Projeto de padronização e organização administrativa das promotorias de justiça, do MP/RS”. Id. Ibid.

instituição, além de se alinharem com a isonomia devida ao público destinatário das suas ações.

Em 2008, e após o primeiro biênio de funcionamento desse órgão, Émerson Garcia destacava o surgimento de nova realidade do Ministério Público Nacional, que até então desempenhava suas funções com franca autonomia existencial.

Ao mesmo tempo, porém, endereçou verdadeira crítica ao mesmo, apontando que suas ações ainda eram tímidas e resistentes em zelar pelo mandamento constitucional que assegurava à instituição autonomia funcional e administrativa.¹²²

Obviamente não se aceita retrocesso. A preservação da autonomia independência e a interdependência funcional devem estar a serviço da preservação dos valores sociais e da ordem jurídica, nunca em seu detrimento.

Como já fiz constar, a superveniência do Conselho Nacional representa importante avanço ao Ministério Público do Brasil, não só porque tem buscado sua união em prol de planos locais e nacionais, mas também porque vem expedindo resoluções a serem universalmente observadas, notadamente para afastar o corporativismo que, vez ou outra, ainda pode imperar nos seus diversos ramos, além de ter se tornado guardião administrativo do regime jurídico aplicável a todos os seus membros, estaduais ou federais.

É urgente a implantação de novas estratégias de trabalho, em que a busca pela eficiência, por resultados e outros instrumentos para atender as necessidades sociais façam parte de uma agenda que deve vigorar independentemente da gestão administrativa de quem estiver na sua direção.

Essa reorganização que se pretende exigirá mudança de paradigmas dos ramos ministeriais, sobretudo dos seus integrantes. Conforme já constou, em diversos países predomina a dependência hierárquica (notas 80, 81 e 82), com o claro propósito de se coordenar, harmonizar e racionalizar a atuação funcional. No Brasil, essa interdependência deve substituir a independência dos seus membros.

¹²²“...1) amenizando as investidas ou apontando as omissões de outras estruturas de poder que atentem contra ela; 2) aperfeiçoando as estruturas controladas; 3) oferecendo modelos de gestão e de controle interno que contribuam para o aumento de sua eficiência; 4) divulgando iniciativas bem sucedidas, com o consequente estímulo ao debate sobre a conveniência de serem generalizadas etc.”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 140.

10. Ouvidorias

As ouvidorias dos Ministérios Públicos foram criadas pelo § 5º do art. 130A, da CF, com a superveniência da emenda constitucional nº 45/04.

Sua atribuição foi fixada no mesmo texto constitucional e consiste em receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares.

Na esteira do que já tem se afirmado e como constou no item antecedente, com a finalidade de conformar o Ministério do Brasil à mesma estrutura, com escopos comuns e coordenados, o Conselho Nacional expediu a Resolução número 64, de 01 de dezembro de 2010, publicada no Diário Oficial da União de 17 de janeiro de 2011, que “determina a implantação das Ouvidorias no Ministério Público dos Estados, da União e no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público”.

Destacam-se seus dois primeiros artigos, cuja redação é a seguinte:

“Art. 1º - As Ouvidorias constituem um canal direto e desburocratizado estabelecido entre os cidadãos e a instituição, com o objetivo de manter e aprimorar o padrão de excelência nos serviços e atividades realizadas pelo Ministério Público.

Art. 2º - As Ouvidorias são competentes para receber reclamações, críticas, comentários, elogios, pedidos de providências, sugestões e quaisquer outros expedientes que lhes sejam encaminhados, exclusivamente acerca dos serviços e das atividades desenvolvidas pelo Ministério Público e, se for o caso, representar diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público, além de outras atribuições estabelecidas nos respectivos atos constitutivos”.

Pelo primeiro dispositivo se estabelece a necessidade inicialmente detectada pelo constituinte de passar a existir Ouvidorias do Ministério Público, até então inexistentes, muito embora a Instituição sempre tenha mantido suas portas e canais de comunicação abertos para o atendimento ao cidadão. Ainda, verifica-se que o órgão também passou a acumular a função de receber representações para o aprimoramento dos seus serviços.

O segundo artigo especifica suas competências, interpretando e ampliando a vontade do legislador constitucional, para que se estabeleça verdadeiro canal de comunicação entre a sociedade e a Instituição, pois além das reclamações contra seus membros e serviços auxiliares, é possível pleitear providências, fazer comentários, tecer elogios, inclusive representar por meio delas ao Conselho Nacional, além de outras atribuições que forem previstas nos respectivos atos constitutivos dos diversos ramos do Ministério Público.

Com fundamento naquele dispositivo constitucional o Conselho Nacional do Ministério Público, pela Portaria nº 82/11, criou sua própria Ouvidoria.

Por sua vez, o Ministério Público Federal criou a Ouvidoria do Ministério Público Federal pela Portaria MPF nº 519 de 30 de agosto de 2012.

O mesmo ocorreu com o Ministério Público de São Paulo, ao instituir sua Ouvidoria por meio da Lei Complementar Estadual nº 1.127/10.

Importante acrescentar que esse organograma aponta no sentido de que a Instituição é nacional e unitária¹²³. Ainda que necessite se repartir em diversos ramos, em nível federal e estadual, foi reafirmado o caminho já traçado pela Constituição de 1988, ou seja, do estabelecimento de prerrogativas, deveres, estrutura e metas comuns.

No entanto, ainda são necessários mecanismos que lhe permitam agir coordenadamente em todo o país, o que poderá representar importante avanço na esfera processual, não só para a uniformização ou o apaziguamento da jurisprudência que tem sido buscado nos últimos anos, não apenas como mecanismo de aceleração da prestação jurisdicional e aplicação da isonomia, mas também para poder percorrer e desbravar novas trilhas na solução adequada de conflitos.¹²⁴

¹²³ “Além de possuir individualidade própria, o Ministério Público indiscutivelmente é nacional e unitário. (...) No que diz respeito à unidade da Instituição, além de plasmada no texto constitucional (art. 127, § 1º), é facilmente compreendida quando constatamos que o Ministério Público da União atua, perante os Tribunais Superiores, nas ações ajuizadas pelos congêneres estaduais”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 43-44.

¹²⁴ “A jurisprudência conflitante ofende a regra da isonomia, pois se ela perdura no sistema, possibilita que duas demandas idênticas tenham desfechos diametralmente opostos, ferindo a igualdade formal e substancial prevista na Constituição. Sob esse aspecto, a jurisprudência conflitante pode destruir o sistema”. LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica: a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência. In: ROSSI, Fernando (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 53.

II. ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL

11. Unidade

O art. 127, § 1º, da CF estabeleceu a unidade, como princípio institucional do Ministério Público.

O tema não deveria suscitar discussões.

Parte-se do raciocínio de que a atuação de um único membro da instituição implica na movimentação de todo o *Parquet*. As demandas, as promoções de mero expediente, os pareceres, os arquivamentos comprometem toda a organização, pois o entendimento é o de que o órgão agiu da maneira como pensam seus prolatores. Na esfera administrativa, qualquer desvio por afronta à ordem jurídico-constitucional, poderá ensejar correção pelos órgãos de controle, sem prejuízo de o prejudicado se socorrer da atividade jurisdicional para o seu restabelecimento.¹²⁵

Internamente, as atribuições são definidas em lei. Cada integrante desempenha funções nos limites preestabelecidos para determinado cargo, em situação muito parecida com a discriminação de competências dos juízes, no Poder Judiciário.

Conforme ensina Paulo César Pinheiro Carneiro, essa maneira de atuação permite afirmar que os promotores e procuradores apresentam o Ministério Público, mas não o representam.¹²⁶

Há quem classifique a unidade institucional do ponto de vista orgânico e funcional.¹²⁷

¹²⁵“(…) não se pode dissociar o membro do órgão, aquele é parte integrante deste; juntos formam um só todo”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹²⁶Id. Ibid., p. 42. “Observe-se que, na comparência da parte por um órgão, não se trata de representação, mas de apresentação. O órgão apresenta a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não do representante”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. 1, p. 297.

¹²⁷GARCIA, Emerson. op. cit., p. 55. Hugo Mazzilli parece não discordar dessa classificação, ao aduzir que “quando a Constituição confere privatividade ao Ministério Público para promover a ação penal pública, quer alcançar a função abstratamente considerada, como um todo. Neste sentido, pouco importa considerar se quem vai efetivamente propor a ação será o Ministério Público federal ou o de um Estado: só nesse aspecto se poderia cogitar de uma unidade institucional em todo o País. Sob o enfoque organizacional e funcional, porém, unidade alguma existe entre os diversos Ministérios Públicos, seja de um Estado-membro em relação a outro, seja de um destes em relação ao Ministério Público da União, ou mesmo dentro dos vários ramos do Ministério Público da União”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 303.

A primeira classificação (orgânica) leva em conta o Ministério Público da União e dos Estados. Por apresentarem chefia e orçamentos próprios, eis que a forma federativa do estado implica a existência de instituições federais e estaduais, cada qual atuando em esferas judiciárias distintas, faz-se tal dicotomia.

A segunda classificação (funcional) não distingue entre Ministério Público da União e dos Estados. A subdivisão em diversos ramos não impede que o Ministério Público Federal atue em demandas aforadas ou em que atuaram como *custos legis* os Ministérios Públicos Estaduais ou outros segmentos do Ministério Público da União. É esse princípio que legitima a atuação dos Procuradores da República junto aos Tribunais Superiores.

Há quem sustente que os argumentos sempre estudados – e de certa forma não contrariados – para justificar o princípio da unidade no contexto federativo, tal como acima constou mostram-se superados. Sua interpretação deve ser voltada a fins ultraestruturais, de maneira que os escopos propostos no art. 3º da Constituição da República possam ser defendidos e alcançados pelos integrantes da Instituição, a que Marcelo Goulart denominou de objetivo estratégico. Para esse autor:

“A unidade é imprescindível à realização do objetivo institucional e se expressa em dois planos: 1. No plano abstrato, como unidade ideológica; 2. No plano concreto, como unidade de ação. Assim, a efetividade da atuação do Ministério Público, como agente da vontade política transformadora, exige direção consciente, orientada: a) pelos valores e princípios que informam o projeto democrático da Constituição e constituem o arcabouço ideológico da sua atuação; b) pelas prioridades e metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação, que garantem a unidade de ação”.¹²⁸

A ramificação do Ministério Público brasileiro e a paradoxal interpretação da unidade como fenômeno fragmentário, em clara negação da unicidade, parecem conspirar contra a eficiência, princípio expressamente previsto pelo legislador constitucional no art. 37, da CF, ao qual a Instituição está vinculada.¹²⁹

¹²⁸ GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, cit., p. 132.

¹²⁹ Colho na doutrina a seguinte afirmação: “Ainda com o escopo de maior efetividade de sua atuação, o Ministério Público deve dar prioridade a ações institucionais vinculadas a planos gerais de atuação sobre ações fundadas na iniciativa individual e discricionária de seus agentes, esclarecendo-se que essa escolha não significa colidência com o princípio da independência funcional, já que o exercício desta há de harmonizar-se com o princípio da eficiência e com outros de peso igual ou superior do ordenamento constitucional, o que pode ser aferido pela técnica de ponderação de princípios”. SABELLA, Walter Paulo. *Ministério Público: uma estratégia para maior efetividade de sua atuação*. Tese aprovada no 5º. Congresso Virtual Nacional do Ministério Público, com o tema central “Ministério Público: presente, passado e futuro”, realizado no período de 15 de outubro a 15 de dezembro de 2012, sob o patrocínio da Confederação Nacional do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/zc05wd.pdf>>.

Nesse sentido, Comparato lembra que a Constituição deve ser operada como uma unidade funcional superior, dissociada das leis e dos códigos que são múltiplos. Isso porque ela traz o conteúdo da unidade do Estado e do povo, em dado território.¹³⁰

Toda demanda promovida pelos integrantes da base, em tese legítima os que se situam no ápice do organograma institucional (art. 128, da CF) a atuarem perante os Tribunais de apelação e de superposição. Isso significa que os órgãos dos Ministérios Públicos Estaduais e mesmo os da União acabarão tendo que ceder aos fundamentos adotados pelos integrantes do Ministério Público Federal nos casos em que lhes couber intervir, pois a eles compete officiar perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (art. 37, I da LC 75/93). Do mesmo modo, os que trabalharem junto aos Tribunais Superiores serão surpreendidos por demandas que livremente poderão refutar no desempenho das suas funções, com prejuízo de recursos e esforços. Como deve ser lembrado, a tais juízos cabe dar a última palavra em matéria constitucional e federal, como preveem os arts. 102, III e 105, III, da CF, respectivamente.

Esse esquema de pulverização de atribuições, decorrente da unidade institucional, é feito de maneira descoordenada e fiel ao propósito de que a independência funcional assim a autoriza. Contudo, alguns esforços começam a ser vistos com o propósito de resgatar a importância da unidade, como a que justificou a criação do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas.¹³¹ A mesma crítica é dirigida ao Judiciário, em cujo contexto se acham os órgãos essenciais à justiça. A respeito, a doutrina já apontou:

“A cada dia assistimos o reforço da importância dos julgamentos dos Tribunais, especialmente superiores, na fundamentação das decisões proferidas.

¹³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 63.

¹³¹ Visando otimizar e unificar o *modus operandi* de atuação institucional, embora não possuam função de execução, citam-se os Grupos Nacionais de Atuação Integrada, de que o Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas – GNCOC é exemplo. “O GNCOC, criado em 22 de fevereiro de 2002, logo após o assassinato do Promotor de Justiça mineiro Francisco José Lins do Rego Santos, congrega representantes dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. O Grupo, que deve elaborar um plano nacional de atuação, é regulado por um regimento interno e possui um Presidente, escolhido pelo CNPG para mandato de 1 (um) ano, permitida a recondução.

O Principal objetivo do GNCOC é organizar a ação integrada das Instituições no combate ao crime organizado, sendo frequentes as parcerias estabelecidas com (1) agências federais e estaduais de inteligência, (2) as polícias civil, militar, federal e rodoviária federal, (3) o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), (4) a Agência Nacional de Petróleo (ANP), (5) a Secretaria de Direito Econômico etc.

(...)

Ressalte-se que o GNCOC não é órgão de execução: não foi criado por lei e não pode exercer as atribuições próprias do Ministério Público. É órgão não-administrativo, inserido numa estrutura institucional privada, cujas atividades de planejamento e informação auxiliarão a atuação dos órgãos de execução do Ministério Público.” GARCIA, Emerson. op. cit., p. 45-46.

No entanto, tal fenômeno de um ‘*common law* à brasileira’ se dá sem a preocupação científica de consolidação de uma ‘teoria dos precedentes’ para nosso país. Isso porque, no Brasil, a referência às súmulas e mesmo a processos anteriormente julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem. Assim, ao se invocar certa súmula, esta é autônoma frente à discussão subjacente – diferentemente do que ocorre com os precedentes dos países do *stare decisis*...”¹³²

Apesar do comando constitucional, a integração institucional é acidental e virtual. Inexiste união concreta entre os Ministérios Públicos do Brasil ou entre os seus próprios ramos. Ela pode ocorrer por acaso – sem qualquer vínculo material - quando da atuação dos Procuradores Estaduais e Federais nos Tribunais, inclusive Superiores.

A impactante estiagem que atingiu a região sudeste do Brasil no ano de 2014, especialmente em São Paulo, Capital e região metropolitana, desencadeou uma séria crise no abastecimento de água no Sistema Cantareira, levando o Governo do Estado a pleitear ao Governo Federal autorização para captar água no Rio Paraíba do Sul (rio pertencente ao domínio da União, por percorrer os Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais – cf. art. 20, III da CF). A estratégia consistiria na construção de um canal entre os Reservatórios Jaguari e Atibainha visando o transbordo de 5m³/s para preencher aquele tanque e buscar minimizar o impacto que o esgotamento causaria e poderá causar à parcela da população paulista que dele depende.

Segundo constou da inicial de Ação Civil Pública promovida pela Procuradoria da República em Campos dos Goytacazes, o Sistema Cantareira é responsável pelo abastecimento de água a quinze milhões de pessoas; oito milhões e oitocentas mil na Grande São Paulo. No Rio de Janeiro, o Rio Paraíba do Sul garante o fornecimento de água para quinze milhões de habitantes; dez milhões em região metropolitana.¹³³

O processo, quando da consulta, se achava na fase de intimação para os fins do art. 2º da Lei 8.437/92 e apontava a existência de litisconsórcio passivo necessário entre: 1) Agência Nacional de Águas – ANA; 2) Fazenda Pública do Estado de São Paulo; 3) Instituto Brasileiro dos Recursos Renováveis e do Meio Ambiente – IBAMA, e 4) União.

¹³²THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro - análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 41, nov. 2010.

¹³³Juízo Federal da 2ª Vara de Campos dos Goytacazes/RJ, processo número 0000878-56.2014.4.02.5103 (2014.51.03.000878-2).

Seu autor propõe a condenação dos réus em obrigações de não fazer e fazer, seja para a não autorização da captação de água, enquanto não forem realizados estudos e consulta pública a toda a comunidade afetada pela diminuição da vazão do recurso hídrico; seja para sustar qualquer autorização que estiver em curso; seja para cessar a execução de obras para a viabilização da transposição/captação; seja para não expedir licenciamento ambiental para tais obras; seja para não autorizá-las; seja para a realização de Estudos de Impacto Ambiental e Relatórios de Impacto Ambiental, tudo sob o risco do pagamento de *astreintes* no valor de R\$ 50.000,00 por dia de descumprimento.

Não é difícil imaginar o impacto que a demanda, e, sobretudo uma ordem judicial expedida nos moldes em que liminarmente foi pleiteada causará aos destinatários da ação do Ministério Público Federal.

O megaconflito, como tantos outros levados à arena jurisdicional, é definido segundo as características que o contornam, adotada como paradigma a controvérsia individual. Para Mancuso eles se apresentam:

“(i) pelo número expressivo dos sujeitos concernentes (a impossibilitar redução às figuras litisconsorciais – CPC, parágrafo único do art. 46), como se dá com os interesses individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, inciso III do parágrafo único), ou (ii) pela própria expansão e complexidade da controvérsia, cuja resolução espraia efeitos, em modo unitário e indivisível, sobre largas coletividades (caso dos interesses coletivos em sentido estrito – Lei supra, art. 81, inciso II do parágrafo único), quando não pela sociedade como um todo, no caso dos interesses difusos – Lei supra, art. 81, inciso I do parágrafo único”.¹³⁴

Embora a ação tenha se baseado em elementos constantes de inquérito civil instaurado em 06 de setembro de 2010 – número de registro 1.30.002.000054/2010-41, destinado a “apurar elementos comprobatórios de danos ao Rio Paraíba do Sul e de eventuais riscos ao meio ambiente, em razão do precário estado de conservação e de uso”, da inicial não consta qualquer informação sobre a adoção de medidas de natureza extrajudicial para que eventuais ilegalidades praticadas pelo poder público ou pela iniciativa privada pudessem ser sanadas.

Também, não se constata ter havido menção a providências internas que pudessem colher o posicionamento uno e indivisível do Ministério Público Federal frente a conflito de tamanha gravidade.

¹³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*, cit., p. 79.

Sem prejuízo do denodo e do espírito público demonstrado pelo subscritor da petição inicial, mais uma vez o órgão ministerial se viu diante de um megaconflito, cujas consequências podem desbordar dos fins juridicamente propostos. Bastará que a população prejudicada venha a sofrer com o fim do abastecimento de água (que a administração pública deve impedir), sem que o mesmo ocorra no Rio de Janeiro, para que continue instalada e se agrave a crise de direito material. Na espécie, a proposta de eliminação da controvérsia foi deslocada do Executivo para o Judiciário, sob o suposto entendimento de que o magistrado terá melhores condições para sua eliminação.

Em tese, competiria à Instituição – e não a um único integrante - aferir se o conflito mereceria ou não ser submetido ao controle jurisdicional, ou se se está mais uma vez diante de crise a ser enfrentada na esfera político-científico-administrativa, arena que pode ser mais adequada face aos altos e complexos interesses que a envolvem.

Se o órgão federal do Ministério Público, dentre inúmeros outros fundamentos, sustentou a impossibilidade de transposição das águas do rio em virtude do risco de desabastecimento de quinze milhões de pessoas do Estado fluminense, buscando, assim, defender o interesse difuso e o meio ambiente, tal como o autorizam os arts. 127, *caput* e 129, II e III da CF, basta lembrar que os mesmos dispositivos também protegem os quinze milhões de habitantes da região metropolitana de São Paulo, assim como ao meio ambiente local.

Seguramente, o tema é tormentoso e deve ser coletivamente tratado pela instituição – e não apenas por uma única pessoa, devido à conflituosidade que o acompanha. Na espécie, como em outras, um único órgão propõe se decida a sorte de trinta milhões de indivíduos.

Sem querer julgar essa compreensível iniciativa, para fins desse trabalho trago lição de Jean Volff a respeito do papel do governo e da correspectiva função do Ministério Público no sistema francês, nos seguintes termos:

“O governo, segundo o art. 20 da Constituição de 1958, ‘determina e conduz a política da nação’. Por outro lado, ele é encarregado de velar pela execução das leis. Nós podemos admitir, a partir de M. Michel Jeol, que ‘a subordinação do *parquet* ao Ministro da Justiça parecia legítima no início e que sua aplicação pode ou não ser feita’. A autoridade ministerial, então, deve ser exercida com clareza e sem arbitrariedade, para que seu exercício possa parecer efetivamente legítimo”.¹³⁵

¹³⁵Le gouvernement, dans le cadre de l'article 20 de la Constitution de 1958, 'determine et conduit la politique de la nation'. Par ailleurs il est chargé de veiller à l'exécution des lois. Nous pouvons donc admettre, à la suite de M. Michel Jeol, que 'la subordination du *parquet* au garde des Sceaux apparaît légitime en son principe et que c'est l'usage qu'on en fait qui peut ne pas l'être'. L'autorité ministérielle doit donc s'exercer dans la clarté et en dehors de tout caractère d'arbitraire, pour qu'un tel usage puisse apparaître effectivement comme légitime". VOLFF, Jean. *Le Ministère Public*, cit., p. 34.

Ao contrário do que pode parecer, esse modelo não inibe a autonomia institucional e a independência defendida pelo Ministério Público francês. Sustenta-se que o governo pode lhe dar ordens, mas nunca lhe impor uma opinião, pois as conclusões durante as audiências devem surgir da sua consciência. Se o magistrado do *parquet* recebe ordens em seu gabinete, recupera a liberdade na audiência. Costuma-se adotar a seguinte expressão: “se a pluma é serva, a palavra é livre”.¹³⁶

O sistema apoia-se no entendimento de que ao Ministério Público compete defender a política fixada pelo legislador e pelo governo, além de velar pela isonomia devida ao cidadão.

Na esfera penal, o Ministro da Justiça – político nomeado pelo Primeiro-ministro e que não integra o Ministério Público pode expedir instruções gerais e impessoais (art. 30, alínea 2 do CPP, com a redação da Lei 9 de março de 2004), indicando a política criminal a ser seguida pela Instituição. Pode dar ordens individuais de acusação, caso tome conhecimento da prática de infração penal por determinada pessoa (art. 30, 3 do CPP). Todavia, dita autoridade não poderá determinar que os Procuradores do Ministério Público deixem de investigar ou interrompam diligências que estiverem em andamento.¹³⁷

Em Espanha, o art. 22º do Estatuto Orgânico prevê que “o Ministério Público é único para todo o Estado”.

É verdade que lá, diferentemente daqui, há um só Procurador-Geral, o Procurador-Geral do Estado, a quem se incumbe exercer a chefia e a representação do Ministério Público em todo o território espanhol. Nesse país, a doutrina vê esse princípio se apresentar sob três dimensões: unidade orgânica, unidade territorial e unidade de atuação.

Pela primeira (orgânica), o Ministério Público é visto como instituto uno e indivisível, cuja atuação se dá por seus próprios órgãos, “o que permite falar de um só Ministério Público e não de tantos quantos os membros ou órgãos que fazem parte da Instituição”.¹³⁸ No tocante à unidade territorial, que leva em conta tanto as Províncias, quanto as Comunidades Autônomas, visa-se a racionalização na distribuição do trabalho e a presença da organização em todas as unidades jurisdicionais do país. Por fim, pela

¹³⁶“Si la plume est serva, la parole est libre”. TRASSARD, Cédric. op. cit., p. 142.

¹³⁷Id. Ibid., p. 139-141.

¹³⁸FLORES PRADA, Ignacio. O Ministério Público em Espanha, cit., p. 95.

unidade funcional é assegurada a atuação homogênea e coordenada. É vista como a outra face de uma mesma moeda, que apresenta em um dos lados a unidade orgânica.¹³⁹

O que me parece importante assinalar para fins desse trabalho é que nesses países europeus há uma nítida preocupação com a garantia de atuação homogênea e coordenada dos membros daquelas Instituições, o que não se vê em nosso país.

“Assim, poderá afirmar-se que a unidade orgânica compreende toda uma série de mecanismos internos cujo funcionamento é assegurado através da dependência hierárquica e que permitem ou possibilitam externamente uma intervenção uniforme do Ministério Público”.¹⁴⁰

“A razão de ser de um sistema destes é para permitir ao Ministério Público defender eficazmente a política fixada pelo legislador e pelo governo, assim como garantir a igualdade entre todos os cidadãos”.¹⁴¹

Como constou alhures, outras Instituições apresentam a característica da dependência hierárquica entre os seus membros. Essa característica nada mais é do que a maneira como se controlam os seus diversos órgãos. No Brasil, confia-se a cada integrante se conduza segundo sua consciência e a lei, o que não significa que se deva refutar a política interna, governamental e a lei sobre a qual devem estar afinadas.

O controle em sistemas como o local comporta aprimoramento, pois a independência não é o mesmo que soberania, e sim em uma atuação escalonada, responsável, conforme a ordem jurídica e nos moldes das orientações e recomendações dos órgãos da administração superior e de controle, como o são as Procuradorias-Gerais, as Corregedorias e o próprio Conselho Nacional do Ministério Público.

12. Unidade. Litisconsórcio facultativo

No plano prático, poderá ocorrer que os ramos ministeriais, da União e dos Estados, se unam em litisconsórcio facultativo ativo, pois o evento juridicamente relevante, o fato da vida que constituirá a *causa petendi* poderá admitir violação a bens de interesse de ambas as esferas político-federativas. Nesse caso, a demanda poderá ser ajuizada perante a Justiça Federal ou Estadual.¹⁴²

¹³⁹FLORES PRADA, Ignacio. O Ministério Público em Espanha, cit., p. 96-97.

¹⁴⁰Id. Ibid., p. 97.

¹⁴¹TRASSARD, Cédric. op. cit., p. 140.

¹⁴²Antes mesmo que o tema fosse positivado, a doutrina aduziu: “(...) acreditávamos ser desejável ir até mais longe: especialmente na defesa do meio ambiente, deveríamos estipular um sistema de atribuições

Desde logo, é bom que se esclareça quais as diferenças existentes entre o litisconsórcio facultativo, litisconsórcio necessário e a assistência litisconsorcial.

No primeiro não há necessidade de litigância conjunta, de cúmulo subjetivo. Quando o litisconsórcio for necessário, essa aglutinação é prevista em lei, de maneira que sua inobservância leva à carência por ilegitimidade ativa ou passiva. O mesmo não sucede quando o litisconsórcio for facultativo, pois sua inobservância não acarreta qualquer consequência para o processo, “ficando a critério exclusivo do autor, ou autores, a propositura conjunta de demandas”.¹⁴³

Na assistência qualificada ou litisconsorcial, ainda que não possa se apresentar como parte, o assistente se acha de alguma maneira conectado à realidade, tanto que o art. 55 do CPC, caso tenha havido intervenção na relação processual subjacente, não lhe permite discutir a justiça da decisão em nova demanda, exceto nas hipóteses expressamente previstas nos seus dois incisos. Segundo Dinamarco,

“O pressuposto de sua legitimidade a intervir consiste, segundo o art. 54 do estatuto processual básico, em ter ele uma relação jurídica com o adversário do assistido, sobre a qual haja de influir a sentença. A dicção da lei representa a situação de pessoas cuja situação jurídico-material perante o adversário do assistido é tão próxima ou semelhante à deste, que, pensando bem, alguma legitimidade ele teria para também figurar como parte principal naquele mesmo processo; é claro que, se essa legitimidade fosse para a mesmíssima demanda posta em juízo (subjetiva e objetivamente considerada), sem alterações ou ampliações quanto ao pedido ou à causa de pedir, nem quanto aos limites subjetivos da eficácia do provimento postulado, caso seria de litisconsórcio e não de assistência litisconsorcial...”¹⁴⁴

Esse posicionamento, contudo, encontra resistência em parte da doutrina e da jurisprudência, pois há os que equiparam a assistência litisconsorcial ou qualificada ao litisconsórcio facultativo ulterior. Logo, o art. 55 do estatuto processual básico se referiria à assistência simples ou adesiva.

concorrentes entre o Ministério Público da União e dos Estados, de forma que até estes últimos pudessem estar legitimados a propor ações de defesa do meio ambiente perante a Justiça Federal, assim como o Ministério Público federal deveria poder propor ações ecológicas perante a justiça local: poderiam até fazê-lo em litisconsórcio, ou então, proposta por um deles, o outro poderia habilitar-se como assistente litisconsorcial. Contudo, para viabilizar a aprovação da tese, que instituíra uma ideia pioneira, propusemos, para um primeiro momento, de forma mais conservadora, uma assistência litisconsorcial entre ambas as instituições”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 300-301.

¹⁴³DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 67.

¹⁴⁴Id. Ibid., p. 50.

Ao comentar o art. 54, do CPC, Marinoni e Mitidiero sustentam:

“É controvertida na doutrina brasileira a natureza da intervenção prevista no artigo em comento. Alguns a caracterizam como uma hipótese qualificada de assistência; outros, como uma intervenção litisconsorcial ulterior. No primeiro caso, o assistente ‘litisconsorcial’ não se submete à coisa julgada, estando suscetível tão-somente à justiça da decisão (art. 55, CPC); no segundo, apanha-lhe a coisa julgada, porque parte no processo (art. 472, CPC). A assistência ‘litisconsorcial’ é uma hipótese inequívoca de intervenção litisconsorcial ulterior, não podendo de modo nenhum ser considerado um caso de assistência. Tanto é assim que só se legitima a participar do processo como assistente ‘litisconsorcial’ aquele que pode participar como parte (STJ, 4ª Turma, REsp 26.845/RJ, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 25.10.1994, DJ 05.12.1994, p. 33.561). É fundamental para sua legitimação que o assistente ‘litisconsorcial’ afirme em juízo uma relação jurídica de que seja titular e que figure no outro polo o adversário do assistido. Ao ser admitido no processo, adere ao pedido formulado pelo ‘assistido’. A situação do assistente ‘litisconsorcial’ será objeto da eficácia direta da sentença, formando-se sobre o conteúdo da sentença a coisa julgada. Sendo parte no processo, não se lhe aplicam os arts. 52, 53 e 55, CPC, que disciplinam tão-somente a atuação do assistente simples. O assistente ‘litisconsorcial’ é parte no processo, constituindo-se com o seu ingresso em juízo um litisconsórcio ulterior.”¹⁴⁵

Embora o tema tenha sido apresentado no VI Congresso Nacional do Ministério Público realizado em 1985, a proposta dos integrantes do Ministério Público de São Paulo, Antonio Augusto de Mello Ferraz e Édis Milaré apontava para a possibilidade da assistência litisconsorcial¹⁴⁶ do Ministério Público Estadual nas demandas aforadas pelo Ministério Público Federal, e vice-versa. Contudo, essa comunhão de interesses acabou sendo tratada como litisconsórcio¹⁴⁷, inicialmente no art. 210 § 1º do Estatuto da Criança e

¹⁴⁵MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 137-138. No mesmo sentido: “A assistência litisconsorcial é hipótese de litisconsórcio unitário facultativo ulterior. Trata-se de intervenção espontânea pela qual o terceiro transforma-se em litisconsorte do assistido, daí porque o seu tratamento é igual àquele deferido ao assistido, isto é, atua com a mesma intensidade processual, não vigorando as normas que o colocam em posição subsidiária”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. 2. impr. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 305.

¹⁴⁶“... nos casos de assistência litisconsorcial, o assistente é direta e imediatamente vinculado à relação jurídica (*rectius*, ao conflito de interesse) objeto do processo...”... Todavia, vale ressaltar que o assistente litisconsorcial não é parte: ‘nada pede e em face dele nada se pede: não é autor nem réu e, consequentemente, litisconsorte não é. Na locução assistente litisconsorcial prevalece o substantivo (assistente) sobre o adjetivo que o qualifica (litisconsorcial)’ (Cândido Rangel Dinamaco, *Intervenção de terceiros* cit., n. 13)”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 188.

¹⁴⁷“Nas variadas situações em que o litisconsórcio é admitido (v. infra nn. 29 ss.), têm-se em vista a economia processual e a harmonia dos julgados.

Na realidade, a *ratio* da admissão do litisconsórcio não se distribui, sempre e invariavelmente, de forma equilibrada entre dois valores, mas que em cada caso (ou espécie de litisconsórcio) aparecem reciprocamente preponderantes. Quando se fala na economia como fundamento do instituto do litisconsórcio, pensa-se na conveniência de se cumular em um só processo diversas partes e suas respectivas demandas, evitando-se com isso a multiplicação de processos e a repetição de instruções em

do Adolescente (Lei 8.069/90); depois no art. 113 do Código do Consumidor (Lei 8.078/90, apesar do veto presidencial ao art. 82, § 2º desse mesmo diploma legal, que acrescentou o § 5º ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85); art. 27, § 1º da Lei 9.966/00 e depois no art. 81, § 1º do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

Apesar da dicção legal, parece-me que a união de Ministérios Públicos, seja pelo consorciamento, seja pela assistência entre os seus ramos pode se dar pelo litisconsórcio ou pela assistência litisconsorcial. Dependerá do direito material componente do conflito de interesses, e da interferência que determinada decisão exercerá sobre a esfera de direitos do grupo representado por determinada Instituição ministerial.

Mas, do prisma da unidade o entendimento de que a assistência litisconsorcial não se confunde com o litisconsórcio facultativo, com a devida vênia é mais adequado.

Adotando-se como verdadeira a afirmação de que se está diante de um único Ministério Público – o que é expreso na Constituição da República e me parece mais consentâneo com a realidade, ainda que possa estar ramificado ou especializado, não faz sentido que membros de ramos distintos se consorciem ulteriormente, somente após o aforamento da demanda, submetendo-se às consequências do art. 55, do CPC (justiça da decisão e coisa julgada)¹⁴⁸ a sorte dos interesses que tem por escopo defender. Essa união, e, portanto o litisconsórcio facultativo deve se dar *ab initio*, quando seus integrantes comparecem e provocam a jurisdição, mediante fundamentos e pretensões racionais, coordenadas e de atuação lógica, traçando as linhas de trabalho ao longo de todo o arco procedimental.

torno do mesmo contexto de fato. A harmonia de julgados representa a conveniência de evitar o conflito entre sentenças, risco que acompanha (teoricamente, mais do que na prática) a pronúncia de duas delas, ou mais, em processos separados, sobre pretensões que assentam no mesmo fundamento, ou em fundamentos análogos. Para que não se dispersem gastos e atividades (economia) e para que não se profiram julgados conflitantes sobre as mesmas questões, é que as legislações em geral são propensas a admitir o litisconsórcio e, em certos casos, a exigí-lo até (litisconsórcio necessário)". DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 61.

¹⁴⁸Nessa linha de raciocínio, adotado o posicionamento de parcela da doutrina: "Transitada em julgado a sentença, na causa em que participou o assistente simples, esse não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão. Tal é a eficácia da assistência simples, também conhecida como efeito de intervenção: o terceiro que interveio como assistente simples não poderá questionar a motivação da decisão prolatada entre as partes. Fica atado aos fatos e fundamentos jurídicos postos como arrimo da decisão. A justiça da decisão a que se submete o assistente simples, a propósito, não se confunde com a eficácia preclusiva da coisa (art. 474, CPC), que pressupõe, obviamente, coisa julgada para sua dinamização. Com o trânsito em julgado da decisão da causa em que participou o assistente simples, torna-se imutável a fundamentação do provimento jurisdicional, não podendo o assistente simples questioná-lo em processo posterior. Esse efeito da intervenção, aplica-se tão-somente ao assistente simples. O assistente 'litisconsorcial', porque parte no processo, submete-se à coisa julgada (art. 472, CPC)". MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 138.

O tema leva a outras discussões.

Há quem sustente que não se está diante de hipótese de litisconsórcio, mas de representação a ser dirimida internamente pelo próprio Ministério Público. Nelson e Rosa Nery assim se posicionam, pois acertadamente entendem que se a unidade e a indivisibilidade são princípios inerentes a toda Instituição não faz sentido pretender que se unam processualmente, se se constituem em um único órgão desde o nascedouro.¹⁴⁹

No mesmo sentido o entendimento de João Batista de Almeida que sugere possível inconstitucionalidade do previsto consorciamento entre Ministérios Públicos, frente ao art. 127 § 1º da CF, sob o fundamento de que os princípios institucionais impedem essa prática. Contenta-se, no entanto, que cada ramo atue segundo suas próprias atribuições, paralelamente, admitindo que cooperem entre si, um acionando o outro segundo a competência jurisdicional dos conflitos para os quais possuem legitimação.¹⁵⁰

Cumprе lembrar haver quem sustente que o Ministério Público é substituto processual ou legitimado extraordinário da coletividade, quando atua em prol dos interesses metaindividuais.¹⁵¹

Ricardo Leonel discorda desse entendimento. Para ele há legitimação autônoma para os direitos difusos e coletivos e extraordinária ou substituição processual quando a demanda versar interesses individuais homogêneos, os acidentalmente coletivos, na dicção de Barbosa Moreira.¹⁵²

Para fins desse trabalho, adotada qualquer das correntes doutrinárias, é certo que a unidade estaria presente ainda que um só ramo ministerial agisse para a defesa dessa modalidade de interesses¹⁵³, o que de certo modo seria desejável, pois a reunião de

¹⁴⁹In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, nota 35 ao art. 5º da Lei 7.347/85.

¹⁵⁰ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 103-106.

¹⁵¹CARNEIRO, Athos Gusmão. op. cit., p. 52. No mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 120.

¹⁵²LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 159-160.

¹⁵³Como já advertiu a doutrina não se trata de litisconsórcio, e sim de representação institucional. Para tanto, será necessário estabelecer quem representará o Ministério Público na Justiça Federal ou na Estadual. Não se está referindo ao modelo clássico do representante e do representado (legal e convencional), e sim a um terceiro gênero que deve ser estabelecido nas “normas de organização de uma instituição, com a finalidade de substituição do titular do direito ou da obrigação e exercício do direito ou adimplemento da obrigação e em nome do titular, para a tutela de um interesse do representado”. GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 1.019-1.020.

Ministérios Públicos em uma mesma relação processual acarretará o dispêndio de esforços e recursos, a possibilidade da existência ou superveniência de posicionamentos antagônicos, insuperáveis e até mesmo o apontamento de certa fragilidade institucional pela falta de organização e desunião funcional. O mesmo é de ser dito se demandas distintas forem ajuizadas.

Esse o pensamento de Nelson Nery Júnior, para quem a finalidade do art. 113, § 5º, do Código do Consumidor, que acrescentou o § 5º ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública foi deixar expresso que o órgão do Ministério Público pode propor ação sem que necessite de autorização do de outro ramo, seja na Justiça Federal ou Estadual e vice-versa.¹⁵⁴ Justifica esse posicionamento, porque “o titular do direito, no caso sob exame, é a sociedade, em nome de quem atua o Ministério Público, nas esferas judicial e extrajudicial”.¹⁵⁵

Sobre o tema, porém, o Supremo Tribunal Federal, por sua composição plenária, já reconheceu a possibilidade dessa litigância em litisconsórcio facultativo. Em julgamento da relatoria da Ministra Carmem Lúcia, na Ação Cível Originária número 1.020-5 São Paulo, julgada em 08/10/2008, destaco o seguinte parágrafo do respectivo acórdão:

“(…) Desse modo, tanto o Ministério Público Federal quanto o Estadual têm a atribuição de zelar pelos interesses sociais e pela integridade da ordem consumerista, promovendo o inquérito civil e a ação civil pública – inclusive em litisconsórcio ativo facultativo -, donde não sobrepair dúvida de inexistir o suscitado conflito de atribuições...”.

13. Indivisibilidade

Esse fundamento é decorrência lógica da unidade e que muito bem poderia estar nele incluído. A união é indissociável da indivisibilidade, enquanto a desunião pressupõe a divisibilidade.

Para a doutrina, a instituição não sofrerá qualquer fragmentação, se um integrante suceder ou substituir ao outro, ainda que tenha entendimento diverso sobre a matéria objeto da atuação.

¹⁵⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 1.018.

¹⁵⁵“Havendo um problema de meio ambiente, por exemplo, que demande o ajuizamento de ação de indenização por poluição causada em rio que banha dois ou mais Estados da federação, pode o Ministério Público de um dos Estados ajuizar ação em seu próprio Estado ou em outro, indistintamente, bem como na Justiça Federal, ordinária ou especializada”. Id. Ibid., p. 1.020.

Para uma boa compreensão da possibilidade de haver mudança de orientação pela superveniência da atuação de outros membros do *Parquet*, é importante reiterar que a instituição tem compromisso com a ordem jurídica, regime democrático, interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput* da CF).

Não haverá qualquer violação a tal mandamento se o sucessor corrigir o posicionamento do sucedido, de maneira que o provimento jurisdicional seja apto à eliminação do conflito com justiça.

Esses possíveis ajustes para a correta atuação funcional e busca pelos escopos institucionais indicam a presença e a necessidade de se estimular o controle difuso entre os integrantes da organização, que podem e o devem exercer. Daí, a necessidade cada vez maior de se estabelecerem centros de inteligência, *standards* de atuação, agenda institucional, órgãos de apoio e de fortalecer a unidade/indivisibilidade, mediante ações de integração institucional. A concomitância desses pressupostos deve ter um só desfecho: o resultado das ações institucionais, tanto na esfera judicial como na extrajudicial.

Nessa esteira, compartilho do entendimento da importância e da necessidade do membro ministerial de segundo grau, cuja atuação se dá junto aos Tribunais. Nada justifica que o Promotor ou Procurador que atuam em primeira instância se sintam suficientemente capazes de acertar sempre, sem ouvir outro profissional da mesma carreira que possa trazer subsídios e possível interpretação diversa sobre dada situação. O modelo de atuação pode ser revisto, sem que se suprima o cargo de segundo grau, como se tem ouvido reiteradamente.

Essas mesmas premissas podem e devem ser trazidas para a fase extraprocessual, quando o membro da organização tem à sua frente a possibilidade de atingir fins comuns sem se valer da atividade jurisdicional do Estado, há muito utilizada como a única porta de entrada para a eliminação das crises de direito material.

Face à possibilidade de múltiplas atuações em um mesmo caso, a doutrina destaca:

“Da ideia de unidade institucional deriva o princípio da indivisibilidade, também previsto no art. 127, parágrafo primeiro, da Constituição, o qual se erige como óbice à cisão da Instituição – que não pode ser subdividida em outras estruturas organizacionais, dotadas de idêntica autonomia e não subordinadas à Chefia da Instituição – ou de seus membros em compartimentos estanques e dissociados entre si”.¹⁵⁶

¹⁵⁶GARCIA, Emerson. op. cit., p. 62.

A observância a essa garantia parece-me importante para que a instituição tenha coerência no tratamento das diversas e complexas questões que chegam ao seu exame. Há necessidade de planejamento e estratégia para as demandas, em especial aquelas em que a fazenda pública é ré, tamanha a repercussão e o impacto orçamentário que as decisões judiciais lhe têm causado.¹⁵⁷

No cotidiano, pode ocorrer ainda a substituição de membros nas Promotorias ou Procuradorias, seja por férias, licenças, compensações, remoções, promoções e até mesmo sanções. Isso deixa bem claro que a instituição não se confunde com seus integrantes, que a qualquer momento podem deixar de atuar, sem que se comprometa o seu funcionamento, pois sempre haverá quem realize a substituição.¹⁵⁸ Ainda assim, espera-se atuação congruente e pautada pela legalidade.

Os fundamentos desse desempenho funcional dependem da organização institucional e do estabelecimento de metas a atingir, o que se poderá obter mediante o envolvimento e a verdadeira participação coletiva de seus integrantes.

Para que os afastamentos obedeçam todas as garantias constitucionais, faz-se necessário observar os seguintes requisitos: “1) que haja permissão legal para a substituição; 2) que o ato decorra de autoridade com atribuição para este fim; 3) que a substituição se dê para a prática de atos compreendidos no âmbito da atribuição do membro substituído”.¹⁵⁹

Interessante notar que essa sistemática impede que qualquer integrante da instituição seja afastado de determinado processo, administrativo ou judicial, por motivos egoísticos e não voltados aos fins a que o Ministério Público foi criado, tanto que prossegue Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ao defender que,

“faltando qualquer um desses requisitos, não haverá legitimidade do membro que atuar em substituição ao outro, e, portanto, os atos que ele venha, eventualmente, a realizar serão ilegais”.¹⁶⁰

¹⁵⁷Essa coerência parece não ser diferente daquela exigida pelo Superior Tribunal de Justiça, quando decidiu que o Promotor de Justiça designado pelo Procurador-Geral não está autorizado a agir diversamente do ato de delegação, pois nesse caso atuará em nome dessa última autoridade. STJ, RHC 2.234/RS, 6ª T., rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, DJU de 20/06/1994, p. 16.124.

¹⁵⁸Confira-se GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, cit., p. 134.

¹⁵⁹CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. op. cit., p. 43.

¹⁶⁰Id. Ibid., p. 43.

Tais parâmetros de atuação ministerial merecem ser rigorosamente observados, pois é possível afirmar integrarem o princípio constitucional do devido processo legal.¹⁶¹ E a inobservância deles, sem que a substituição se dê com fundamentos administrativos e processuais pertinentes poderá levar o feito à anulabilidade ou até mesmo à nulidade, com potencial risco de prejuízo patrimonial e funcional ao infrator.

Assim, é possível afirmar que a indivisibilidade e a unidade se complementam.

Como será visto a seguir em um sistema onde se destaca a discutida independência funcional, ao contrário do que sucede em outros modelos de Ministério Público – Espanha, França e Portugal, é imperioso se reconheça haver interdependência entre os integrantes da organização de todos os seus ramos, pois as demandas para as quais foi vocacionada também se relacionam cada vez mais.

Com efeito, não é possível deixar de reconhecer que nos ramos estaduais a constante falta de medicamentos em dado sistema público de saúde é fruto da deficiência que lhe dá causa, seja na esfera Estadual, seja na Federal; a incessante degradação ambiental também não respeita limites geográficos, podendo estar em um município, em vários ou em estados diversos; a gritante demanda por habitação popular não pode ser solucionada sem se levar em conta aspectos geopolíticos; a escassez de recursos naturais e indispensáveis à vida humana também não pode ser enfrentada isoladamente. Na esfera penal, as organizações criminosas crescem e se ramificam por todos os rincões da federação, com o que se faz necessário adotar mecanismos eficazes para o seu enfrentamento preventivo e repressivo.

A criação de políticas institucionais fragmentadas afronta a unidade e a indivisibilidade, porque cada vez mais se está diante de conflitos que se socializam, ao mesmo tempo em que se continua a defender que no Brasil há diversos Ministérios Públicos. O tratamento individual desses fenômenos conspira contra a eficiência.

¹⁶¹“A garantia do devido processo legal tem como antecedente remoto o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra. Falava-se inicialmente em *law of the land*. Textos posteriores é que mencionaram o *due process of law*. A garantia veio a ter assento constitucional nos Estados Unidos da América do Norte, nas Emendas números V e XIV. Passa esta cláusula com o tempo a integrar o rol de garantias dos textos das Constituições europeias: italiana, portuguesa, espanhola, alemã, belga. Predominou inicialmente uma visão individualista do devido processo legal, destinado a resguardar direitos públicos subjetivos das partes. Essa orientação teve seu período de fausto na primeira metade do século XX e parte da segunda. Perdeu força ante a preponderância de uma ótica publicista, segundo a qual as regras do devido processo legal são garantias, não direitos, das partes e do justo processo. É o que acentua Ada Pellegrini Grinover. Centralizando o seu estudo na jurisdição, é em torno dela que a autora examina, como seus fatores legitimantes, as garantias da defesa e do contraditório, as quais guardam íntima conexão entre si, relacionando-se também com a igualdade e a *par condicio*”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 45-46.

Portanto, é preciso haver coordenação e racionalização de esforços.

O controle que se vislumbra é do ponto de vista instrumental, para a busca de resultados efetivos e que alcancem os fins institucionais.

A propósito, no direito português no qual o art. 219º, 4, da Constituição criou o sistema da subordinação hierárquica as ordens e instruções expedidas pelos superiores podem ser recusadas pelos subalternos, mediante razões escritas e fundamentadas. Esse mecanismo se baseia na autonomia do Ministério Público Português, porquanto as orientações expedidas por órgãos mais hierarquizados também devem espelhar a observância da Constituição e das leis.¹⁶²

Esse sistema de controle interno entre o superior e o subalterno – que embora também goze de prerrogativas institucionais não está autorizado a se desviar da observância ao ordenamento jurídico, caminha no sentido da necessidade de aplicação da teoria dos *check and balances* ou dos freios e contrapesos, muito conhecida na esfera do Direito Constitucional. Por esse caminho, busca-se defender a forma republicana dos órgãos de governo, de modo que o seu exercício esteja voltado à garantia das liberdades cívicas e políticas. Para Canotilho,

“...a ‘forma republicana’ aponta para a ideia de um arranjo de competências e funções dos órgãos políticos em termos de balanceamento, de freios e contrapesos (*checks and balances*). A ‘forma republicana de governo’ não é tanto ou não é primordialmente uma ‘forma antimonárquica’ mas um esquema organizatório do poder”.¹⁶³

Essa teoria é devida entre as funções políticas do Estado, mas também dentro dos demais órgãos públicos, dentre os quais o Ministério Público, sob o risco de se permitir a quebra da harmonia que deve existir nesse modelo administrativo-constitucional.

Nesse sentido:

“(...) a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais.”¹⁶⁴

¹⁶²“Deste modo, os superiores hierárquicos são obrigados, quando solicitado, a emitir por escrito as ordens ou instruções referentes a determinados processos. No caso de os magistrados se recusarem a obedecer por qualquer razão, tal posição deve ser também efectuada por escrito, devidamente fundamentada”. DIAS, João Paulo; LIMA, Teresa Maneca Lima. O Ministério Público em Portugal, cit., p. 49.

¹⁶³CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 229.

¹⁶⁴MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 362.

Por conseguinte, se cabe à Instituição zelar por essa harmonia, deve zelar para que ela também se aplique internamente.

14. Independência funcional

O art. 127, § 1º, da CF também previu o princípio da independência funcional.

Sempre se sustentou a liberdade de atuação do integrante do Ministério Público, que no momento da investidura ao cargo de Promotor de Justiça ou Procurador Federal passa a dever obediência à sua consciência jurídica e ao direito.¹⁶⁵

Isso leva à seguinte premissa: a organização é autônoma, livre e desvinculada dos Poderes da República. O agente é livre, independente e está autorizado a atuar, processual ou extraprocessualmente segundo sua consciência e a lei. Nessa linha de raciocínio, o membro ministerial é tanto ou mais autônomo do que o próprio órgão a que pertence e que apresenta.

Após pouco mais de vinte e cinco anos da Constituição, não creio ser essa a melhor leitura da garantia em exame.

Adotado o fio condutor do presente estudo, impende afirmar que acima dessa garantia há um plexo de interesses, ora pertencentes a um indivíduo, ora a um grupo de indivíduos, frente aos de outros. Seu entrelaçamento dá causa às crises de direito material para cuja eliminação poderá se exigir a busca e a aplicação de técnicas processuais. Imagino a situação em que o conflito não será eliminado sem a interferência do Estado, por qualquer das suas vias.

Para que o leitor desde logo se situe, é bom constar que não estou me referindo à sentença, como única e exclusiva trilha de superação do conflito de interesses, ao que Kazuo passou a chamar por cultura da sentença.¹⁶⁶ Imagino o sistema que vem sendo defendido pela doutrina moderna, inclusive foi adotado pelo Projeto de Código de Processo Civil em trâmite no Congresso Nacional, cujo texto passa a contar com outros meios adequados para a eliminação do conflito de interesses.

¹⁶⁵DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, cit., p. 220.

¹⁶⁶Confira-se WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Mauricio Zanoide de; YARSHELL, Flavio Luiz (Coord.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

Segundo se verifica do Substitutivo da Câmara Federal ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”:

“(…)

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º (...)

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e **membros do Ministério Público**, inclusive no curso do processo judicial.” (destaquei)

Importante lembrar que a ordem jurídica é compreendida não apenas por atos normativos de direito material, mas também processual. Pelos métodos criados por essa ciência busca-se a integração do direito, pois como lembra Jorge Augusto Pais do Amaral “atitudes de desrespeito ou violação dos direitos de outrem desencadeiam a necessidade de proceder à reintegração do direito violado”.¹⁶⁷

Assim, pode-se afirmar que a justaposição do direito substancial e do direito processual constitui uma das missões entregues ao seu operador. Na linha de pensamento da teoria da instrumentalidade, o processo serve de meio para a realização da matéria de fundo, do direito material.

Como já constou, sempre se entendeu que no exercício dessa prerrogativa o membro do *Parquet* tem o dever para com sua consciência e o ordenamento jurídico. Nesse sentido, Hugo Mazzilli leciona que o órgão ministerial, individual ou colegiado tem absoluta liberdade para proferir suas escolhas e decisões nos quadrantes da lei, sem “se subordinarem a determinações de outros membros ou órgãos da mesma instituição ministerial”.¹⁶⁸

Em muitas situações, o profissional do direito tem razoável espaço para a interpretação da lei. Nessa esteira, não poderá ser responsabilizado e não se sujeitará a medidas corretivas na sua atuação. Isso não significa que esteja autorizado a agir

¹⁶⁷ AMARAL, Jorge Augusto Pais do. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 12.

¹⁶⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 139. Nesse sentido MEIRELLES, Hely Lopes. Pareceres. *Justitia*, São Paulo, ano 45, v. 123, p. 183, out./dez. 1983; GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, cit., p. 136.

abusivamente, com excesso de poder, como já decidiu o Conselho Nacional do Ministério Público.¹⁶⁹

A garantia da independência está estritamente ligada ao fiel cumprimento da ordem jurídica. A independência está para a ordem jurídica, assim como a ordem jurídica está para o Ministério Público.

O peso dessa prerrogativa institucional é de tamanha gravidade que nem mesmo o Procurador-Geral pode barrar o Promotor ou o Procurador, sob o fundamento de ser ele o chefe da instituição. Nesse ponto, os membros se distinguem e muito da hierarquização administrativa dos servidores públicos, tanto que são considerados por parte dos administrativistas pátrios como agentes políticos.¹⁷⁰

Para Hely Lopes Meirelles, o traço fundamental que os inclui nessa classificação é a possibilidade de se conduzirem com liberdade funcional, o que é estranho ao quadro do funcionalismo estatutário.¹⁷¹

¹⁶⁹“A independência funcional dos membros do Ministério Público ‘não garante uma atuação travestida de ilegalidade e arbitrariedade, mormente quando chega a inverter a destinação institucional do Ministério Público’. Com esse argumento, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) decidiu abrir Procedimento Administrativo Disciplinar contra dois promotores de Justiça do Amazonas por omissão de seus deveres institucionais. Serão investigados os motivos que os levaram a dispensar a oitiva de testemunhas da acusação em processo criminal, levando à anulação do Tribunal do Juri.

(...)

O conselheiro Jeferson Coelho discordou da decisão da Corregedoria do Amazonas. ‘Não resta sombra de dúvida que os reclamados extrapolaram os limites da independência funcional’, escreveu o conselheiro. ...

Conforme anotou o conselheiro Jeferson Coelho, a recusa do promotor em ouvir testemunhas da acusação ou em investigar determinada denúncia deve ser justificada e fundamentada. ‘No presente caso, não há como negar que os reclamados agiram, no mínimo, de forma desidiosa, pois deixaram de velar pelo prestígio da Justiça e de desempenharem com zelo e presteza as suas funções, nos termos do que dispõe a Lei Orgânica do Ministério Público do Amazonas’”. In CANÁRIO, Pedro. Independência dos promotores não garante arbitrariedades. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 02 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-02/independencia-membros-mp-nao-garante-arbitrariedade-decide-cnmp>>. Acesso em: 08 maio 2013.

¹⁷⁰“Inicialmente, é preciso consignar ser o Ministério Público órgão de natureza constitucional, independente, e seus membros estarem classificados na categoria de agentes políticos, investidos que são de cargos próprios para o exercício de atribuições fixadas em lei, não vinculados ao Estatuto dos Funcionários Públicos em geral.

(...)

Tais princípios administrativos – devolução, avocação, designação, delegação e remoção – chocam-se frontalmente com o princípio maior que informa a instituição: o da independência funcional. Como seria possível conciliar o princípio da independência com a possibilidade de o Procurador-Geral, a seu exclusivo critério, exercer qualquer das atribuições dos demais membros do *parquet* ou de delegá-las a outro? De igual modo, onde estaria tal princípio, se o Procurador-Geral pudesse designar membro do MP que ele arbitrariamente escolhesse para o exercício de funções de outro órgão, e ainda, se pudesse removê-lo de um lugar para o outro?”. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. op. cit., p. 44. No mesmo sentido GARCIA, Emerson. op. cit., p. 65.

¹⁷¹Entende-se por agentes políticos os “componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 77.

Contra esse posicionamento se coloca Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo quem apenas os que ocupam cargos contidos na estrutura orgânica política do país, com competência para formar a vontade superior do Estado é que devem ser denominados agentes políticos. Tais indivíduos estabelecem vínculo político e não profissional com o Estado. É o caso do Presidente da República, dos Governadores de Estados, Prefeitos, respectivos vices e auxiliares imediatos, Senadores, Deputados e Vereadores.¹⁷²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro parece adotar um posicionamento intermediário, ao considerar que os membros do Ministério Público ostentam essa condição, pois o texto constitucional os incumbe de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.¹⁷³

Fica ainda mais clara essa classificação quando o membro atua na área dos Direitos Coletivos, tendo como destinatário da investigação determinada área da administração pública. Dito profissional tem total liberdade para instaurar investigações, chamar pessoas, requisitar provas, exercer o direito constitucional de ação, celebrar ajustes ou promover o arquivamento, independentemente do que outro colega realizou ou pensou em realizar. Até mesmo os planos de atuação elaborados anualmente pela administração superior não o compele a se conduzir segundo o que neles constar.

Apenas para exemplificar, e em abono à teoria adotada por aqueles que veem nesse ator do Estado a qualidade de agente político, aponto caso concreto quando busquei o consorciamento com a Fazenda Pública Municipal em dado conflito coletivo, deparando-me com a exigência do respectivo Procurador em obter autorização superior para o litisconsórcio e o ajuizamento da demanda. No caso, a Fazenda Pública se integrou no polo ativo da relação processual ulteriormente (art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/85), quando a medida de urgência já havia sido cumprida.

É forçoso reconhecer que no âmbito do Ministério Público a envergadura e a complexidade dos temas trazidos a partir de 1988 têm demonstrado, cada vez mais, que o seu enfrentamento depende da atuação de outros ramos, outras áreas e de serviços complementares. Há interdependência.¹⁷⁴

¹⁷²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 245-246.

¹⁷³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 487.

¹⁷⁴A respeito, a doutrina destaca que “o entendimento superficial que se lhe tem dado, a partir da referida máxima, não revela o seu verdadeiro sentido, provocando distorções inaceitáveis no atuar concreto dos

Crê-se haver espaço institucional para que seus integrantes possam estabelecer linhas coletivas e racionais de atuação nas mais variadas áreas nas quais está legitimado a agir.

Todas as tentativas engendradas acabam esbarrando na liberdade de atuação, sem se lembrar que os destinatários do serviço da Instituição se colocam em situação de igualdade. Ainda que não busquem seus serviços fazem jus à solução que, muitas vezes, foi individualmente construída. Consequência disso é a violação do princípio da igualdade, expressamente consagrado nos fundamentos constitucionais do Brasil e em diversas outras civilizações estrangeiras, para o qual a instituição é obrigada a velar.

Embora o Ministério Público tenha se tornado a principal figura no trato da eliminação das crises de direito coletivo, no plano interno ainda precisa construir política público-institucional para enfrentar as demandas que chegam ao seu conhecimento de maneira pulverizada, desconectada e descoordenada dos motivos que a ensejam. Isso é facilmente verificado pelo tratamento individual de conflitos coletivos – nas Promotorias ou Procuradorias Criminais com segurança pública e nas Promotorias ou Procuradorias Cíveis, na infância e juventude, saúde pública (medicamentos), meio ambiente, habitação e urbanismo, direitos humanos, dentre outros.

Ao tratar do assunto, Puoli também vê exacerbação na atual interpretação da garantia e aponta como defeito institucional a ausência de controle na atuação ministerial sobre normas de conteúdo aberto, que lhe exigem decisões políticas sem qualquer coordenação.¹⁷⁵

Sem deixar de elogiar a significância do princípio, Emerson Garcia aponta para a necessidade de se balizá-lo, para sua adequação a diretrizes básicas, não exaurientes e densificadas. Essa revisitação refutará o arbítrio e a vaidade, que porventura possam estar presentes na atuação do membro da organização.¹⁷⁶

Sobre esse tema já se afirmou:

“...não há estrutura organizacional que possibilite a superveniência de decisões coletivas no plano do exercício de duas atividades-fins. E essa característica não deixa de consistir em um grande empecilho para a

membros do Ministério Público. Impõe-se, nesse momento de reconstrução institucional, a revisão do conteúdo desse princípio, relacionando-o à estratégia institucional”. GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, cit., p. 136.

¹⁷⁵PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 33-34.

¹⁷⁶GARCIA, Emerson. op. cit., p. 65.

adoção dos projetos tendentes à construção de objetivos comuns a todos que a integram”.¹⁷⁷

O trato dessas questões impõe ao membro conhecer segura e profundamente a matéria sobre a qual incide a investigação, para que eventual demanda preencha adequadamente os pressupostos de admissibilidade para o julgamento do mérito. Deve ter noção de que a fragmentação é inimiga da eficiência, o que deve exigir conhecimento da existência de outras representações, investigações ou mesmo ações em curso, para impedir a repetição de medidas que denotarão grave fragilidade organizacional, com o comprometimento da pacificação, objetivo visado pela ciência processual. Para tanto, os órgãos da administração superior devem imparcialmente estimular debates, encontros e fornecer meios e recursos adequados para seu alcance.

Mais que isso, o profissional do Ministério Público, como órgão do Estado apenas está obrigado a fazer o que a lei manda. Dessa maneira, se recebe processo no qual se discute direito indisponível do vulnerável está compelido a defender esses interesses; nunca abrir mão dele, porque a isso a lei não o autorizou.

A doutrina busca sistematizar de maneira não exauriente o caminho para que o membro ministerial atue: “1) identificação da situação fática ou jurídica pelo órgão cuja atribuição é presumida; 2) necessidade de o Ministério Público intervir em determinado feito; 3) fixação definitiva da atribuição do órgão; e 4) exercício da atividade ministerial”.¹⁷⁸

14.1. Dependência hierárquica e coordenação

Enquanto o sistema constitucional local foi fundado na independência funcional do membro do Ministério Público, outros modelos republicanos basearam-se na dependência e hierarquia.

Não é correto afirmar que em tais sistemas a autonomia da organização inexistente. Prevalece o entendimento de que a independência (autonomia) do órgão frente aos poderes do Estado é fundamental para a defesa da ordem jurídica, base para o atendimento dos interesses gerais.

¹⁷⁷ ALMEIDA, Fernanda Leão de. op. cit., p. 250.

¹⁷⁸ GARCIA, Emerson. op. cit., p. 65-66.

Logo, pode-se afirmar que a autonomia não se confunde com a independência ou com a dependência. No primeiro sistema, essencialmente liberal o integrante atua de acordo com as representações e demandas que recebe, traça suas próprias metas e pode cumprir as recomendações de órgãos da administração superior, como as expedidas pelo Procurador-Geral (art. 10, XII da Lei Complementar 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). No segundo, recebe instruções de seus superiores, obedece ao organograma da hierarquia e age coordenadamente de maneira a também atender ao interesse geral.

Mais do que defender o acerto ou os defeitos de um ou outro sistema, a racionalização, a coordenação e a interdependência que deve existir entre os fatos da vida manejados pelas diversas áreas de atuação institucional levará à economia de esforços, à racionalização, à otimização, à eficiência e ao tratamento isonômico e imparcial dos destinatários das suas ações, ou seja, o público. Espera-se que, com o tempo esse aperfeiçoamento se reflita no sistema da justiça, no qual a instituição foi inserida, assim como na esfera administrativa, com o reposicionamento das funções executivas.

14.1.1. Espanha

Baseada na dependência hierárquica, os especialistas apontam para a possível parcialidade em que pode incorrer a instituição, se seus integrantes atuarem em favor de interesses escusos e não republicanos, sobretudo em virtude da maneira como se dá a nomeação e a exoneração do Procurador-Geral.

Em razão disso, a doutrina processual penal espanhola admite ser necessário modificar o Estatuto Orgânico do Ministério Público desse país, para se afastar o risco de atuação parcial, com a adoção de mecanismos que lhe assegurem maior autonomia institucional. Como exemplo dessa imperfeição, destacam-se os casos de criminalidade governamental ou qualquer outro ilícito-penal, em que a dependência pode levar à quebra da imparcialidade e ao rompimento dos limites da hierarquia. Sustenta-se ser necessário mitigar a hierarquização institucional.¹⁷⁹

Com base em doutrina de Lorca Navarrete, justifica-se que a unidade e a dependência hierárquica integram o órgão e não a função, cujo Procurador deve gozar de

¹⁷⁹ LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. *La autonomía del Ministerio Fiscal em el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, cit., p. 64-66.

plena autonomia, sem que a perversidade orgânica tolha sua atuação como parte adversarial.¹⁸⁰

Diante da necessidade de se conviver com a hierarquia, defende-se a aplicação do conhecido sistema de freios e contrapesos, cujos mecanismos devem impedir que o Procurador aja premido por interesses desviados da imparcialidade que deve nortear sua atuação, verdadeira garantia de decisão judicial conforme a lei e o direito.¹⁸¹

Esse modelo é oposto pela independência funcional prevalecente no Brasil, onde o receio do retorno a um centralismo executório repele qualquer discussão e revisão do entendimento nessa matéria, em prejuízo de metas e de resultados a atingir.¹⁸²

Não se está pregando a funcionalização dos integrantes da instituição. Pretende-se a construção de uma agenda institucional, inserta em um grande programa liberto de qualquer ingerência política, em que se possa trabalhar com resultados factíveis, reais e isonômicos à população.

Se se defende maior autonomia do Ministério Público Espanhol, em defesa do pressuposto da imparcialidade, seus doutrinadores não recomendam a subtração dos mecanismos de hierarquia e dependência, porque integrantes da própria lógica institucional.

É certa a ideia de que o membro da organização não pode ser compelido a agir contra a ordem jurídica. Por outro lado, deve obediência às propostas de atuação elaboradas e naturalmente aceitas pela instituição, em busca da racionalidade, coordenação e isonomia.

14.1.2. Portugal

No sistema constitucional português, o Ministério Público foi inscrito no capítulo IV do Título V referente aos Tribunais. Apesar de serem considerados magistrados, situam-se em carreira distinta da dos juízes (art. 219, 4 da CP).

O estudo dos princípios da instituição desse país também nos dá indicativos de que desfruta de autonomia ou independência, vem se desvinculando do Executivo e apresenta estatuto próprio.¹⁸³

¹⁸⁰ LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. op. cit., nota de rodapé número 49, p. 67.

¹⁸¹ Id. Ibid., p. 86.

¹⁸² PUOLI, José Carlos Baptista. op. cit., p. 33.

¹⁸³ A respeito, o art. 219º, 2 da Constituição Portuguesa dispõe: “O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei”.

Como corolário das alterações constitucionais a República Portuguesa passou por período de descontentamento no seu ramo judicial.

A desvinculação dos órgãos judiciários dos Poderes Executivo e Legislativo ocorreu com o rompimento do regime fascista em de 25 de abril de 1974, com a deposição do governo de Marcello Caetano.¹⁸⁴

O Movimento das Forças Armadas permitiu a formação de um ambiente propício à adoção de medidas de origem popular democrática. Fruto desse movimento, já sob a batuta do então Ministro da Justiça Salgado Zenha, período de governos provisórios, o Judiciário Português foi desafetado do executivo e do legislativo, como ocorreu com a alteração da composição do Conselho Superior Judiciário, a abertura das magistraturas às mulheres e a extinção dos tribunais plenários. Neste contexto, o sindicalismo judiciário começou a ‘ferver’, destacando-se, neste campo, “o aparecimento e actuação do Sindicato dos Delegados do Procurador da República”.¹⁸⁵

Na Constituição de 1976, o Ministério Público deixou de ser representante do estado Português junto aos Tribunais, para ganhar um capítulo próprio no título atinente a essas funções. Consoante aponta a doutrina especializada, a instituição passou a ser definida constitucionalmente como um dos “componentes pessoais dos tribunais”, ou seja, é o órgão de iniciativa do poder judicial.¹⁸⁶ Com a revisão de 1992 foram constitucionalizados o estatuto e a autonomia, até então inscritos na sua Lei Orgânica (Lei nº 39 de 05/07/1978). Essa autonomia se aplica tanto ao Governo como aos Tribunais. Em suma, o Ministério Público Português está assentado em três princípios: autonomia, hierarquia e responsabilidade. Os dois primeiros opõem-se à independência e à irresponsabilidade, típicos da magistratura judicial portuguesa.

Para a doutrina especializada, o Ministério Público Português foi além daqueles países da Europa do Sul, quais sejam, França, Itália e Espanha, pois se diz que hoje ele é uma síntese dos modelos francês e italiano, quanto à hierarquia e à autonomia, respectivamente.

¹⁸⁴No preâmbulo da Constituição Portuguesa encontra-se a seguinte afirmação: “(...) A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país. ...”. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Edição Universitária. Coimbra: Almedina, 2013. p. 9.

¹⁸⁵DIAS, João Paulo; LIMA, Teresa Maneca Lima. O Ministério Público em Portugal, cit., p. 33-34.

¹⁸⁶Id. Ibid., p. 35.

Ainda que o Ministro da Justiça possa expedir ordens ao Procurador-Geral da República, hoje previstas pelo art. 80 do Estatuto (Lei nº 47, de 15 de outubro de 1986) nas ações cíveis e nos procedimentos destinados à composição extrajudicial de conflitos em que o Estado seja parte, é expresso o repúdio que fazem os doutrinadores portugueses contra eventual tentativa de vulnerar a autonomia institucional.

A Lei nº 23, de 20 de agosto de 1992, conhecida como Lei de Autonomia do Ministério Público foi responsável pelo avanço da organização naquele país.

À competência da ação penal exclusiva, a instituição passou a ter maior autonomia no tradicional manejo dos direitos sociais (laborais e familiares) e da obrigação de representação dos incapazes, incertos e ausentes.

Outros marcos importantes podem ser ditos a exemplo dos citados anteriormente para apontar a independência. A subtração ao Ministro da Justiça da possibilidade de tomar a iniciativa da ação disciplinar contra os magistrados; os poderes dessa autoridade governamental passam a ser mais genéricos e consultivos; o fim do sexênio (vedação para que os magistrados permanecessem mais de seis anos no mesmo tribunal).¹⁸⁷

Hoje a organização dirige a investigação criminal e detém exclusividade no exercício da ação penal, a promoção e coordenação de ações de prevenção criminal, o controle da constitucionalidade das leis e regulamentos, a fiscalização da Polícia Judiciária. Com a reforma do Código de Processo Penal ganhou competência para a investigação criminal pelo inquérito. Além disso, possui atribuição nas áreas trabalhista, de família e de menores. A instituição lusitana passou a apresentar uma característica mais ativa.¹⁸⁸

A atribuição para a promoção e coordenação de ações de prevenção criminal foi objeto de críticas, especialmente pela Associação Sindical dos Juízes Portugueses, sob o fundamento de que tal competência pertencia ao Governo.

Em 2007 foi aprovada lei que estabeleceu prioridades para as ações do Ministério Público, ou seja, se adotou o princípio da oportunidade. Em seguida, foi criado um órgão interno denominado Departamento Central de Investigação e Ação Penal, integrado por Magistrados do Ministério Público e policiais com funções criminais. As razões que levaram a esse modelo foram a necessidade de se estabelecer a coordenação de ações entre os vários órgãos que o compõem.

¹⁸⁷DIAS, João Paulo; LIMA, Teresa Maneca Lima. O Ministério Público em Portugal, cit., p. 44.

¹⁸⁸Id. Ibid., p. 340-341.

Nessa esteira de inovações, as competências de cada integrante da organização foram clareadas e especificadas. Sustenta-se que tal iniciativa é tão importante quanto a hierarquização, pois dão ensejo à transparência no exercício das funções institucionais. Como exemplo, cita-se a necessidade de o superior endereçar ordens ou instruções escritas ao subordinado quanto a determinados processos. Todavia, também há a possibilidade do magistrado do Ministério Público se recusar a esse comando, para o que também deverá deduzir suas razões por escrito e fundamentadamente (art. 79, do Estatuto do Ministério Público).

Em suma, o sistema constitucional do Ministério Público Português ainda conserva a instituição como ferramenta para a defesa dos interesses do Estado (advogado do Estado), mas os separa da função típica que detém de promover a ação penal, de participar da execução da política criminal e a defender os direitos que a lei determinar, compreendidos como os de conotação social, na defesa dos vulneráveis (por sua debilidade ou desproteção) e na tutela dos interesses difusos. Como órgão promotor da legalidade democrática, inclui-se a função do controle da constitucionalidade e da legalidade da legislação infraconstitucional (art. 219, da CP).¹⁸⁹

14.2. Racionalização, segurança jurídica e processo

Referindo-se à magistratura do Ministério Público Italiano, com base em artigo publicado no jornal da categoria, Dinamarco lembra que tais funções não podem ser ligadas nem ao Executivo, nem ao Judiciário, devido ao risco de interferência.

No entanto, destaca que a organização deve se orientar segundo a lei e a orientação única dos superiores, de maneira a se conduzir na busca da salvaguarda dos direitos individuais.¹⁹⁰

O desenvolvimento da ciência processual deu lugar à criação de teorias (instrumentalidade) e vem sendo acompanhada pela superveniência de leis, com o escopo de se buscar a pacificação, a justiça e para impedir ou ao menos reduzir a demora na prestação jurisdicional. Na atualidade, aguarda-se a aprovação de nova ordem jurídica processual civil. Dentre as inovações estão as dos meios alternativos/adequados para a solução de conflitos (arts. 335 e seguintes do projeto de lei do CPC).

¹⁸⁹RODRIGUES, Joana Amaral. O papel do Ministério Público na fiscalização da constitucionalidade, cit., p. 224-226.

¹⁹⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. p. 250.

Esse movimento natural das ciências sociais também abrange o sistema da justiça e as funções a ela essenciais, nas quais o Ministério Público se acha.

O aperfeiçoamento da administração da justiça é responsabilidade de todos. Como protagonistas ou coadjuvantes, o certo é que sua reafirmação depende de iniciativas e coordenação.

Muitos são os exemplos encontrados na legislação processual que vieram em busca de certa estabilidade e segurança jurídica.

A tentativa de estabilização da jurisprudência é um desses esforços. Todavia, ainda é sujeita a críticas sob o fundamento de que em virtude da independência que possuem os juízes e da ausência de vinculação das decisões dos Tribunais Superiores, à exceção das emanadas pelo Supremo Tribunal Federal em Recursos Repetitivos, Súmula Vinculante e em Controle de Constitucionalidade, o sistema fica sujeito a decisões díspares que o acabam enfraquecendo.¹⁹¹

Isso não significa que o precedente não pode ser modificado, até mesmo por força da vicissitude dos fatos, pois como leciona José Rogério Cruz e Tucci ao citar a teoria do *stare decisis* do direito anglo saxão e do método de confronto entre o paradigma e o novo julgamento aponta que “o padrão de concordância ou discordância é transitório, ou seja, o que parecia incontestável passa a ser criticado”, nascendo uma nova interpretação e novos precedentes.¹⁹²

O poliformismo do Ministério Público leva-o necessariamente a uma atuação heterogênea e transversal. São verdadeiros pressupostos que não podem ser ignorados pela doutrina especializada, especialmente porque deles deve nascer a redefinição de competências - atribuições e a criação de órgãos para a resolução dos problemas que diariamente vão surgindo nas Promotorias e Procuradorias.

As relações intersubjetivas, necessariamente conflituosas, levam o estado a discipliná-las em um conjunto de normas gerais obrigatórias. Ao lado da necessidade de divulgação, para que seus destinatários as conheçam, pois não podem alegar ignorância, um dos seus atributos fundamentais é a segurança jurídica. Essa previsibilidade conduz à

¹⁹¹“Além disso, prevalece o entendimento de que o poder institucional do magistrado não pode ser limitado pelas instâncias superiores, já que ele seria plenamente livre para decidir segundo o seu próprio convencimento, desde que o motive”. LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. op. cit., p. 50.

¹⁹²CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 248.

estabilidade e à confiança, levando o sistema à coerência, desde o momento da criação do direito até o instante de sua aplicação nos quadrantes propostos pelo legislador. Sustenta-se que a confiança é subprincípio da segurança jurídica.

A segurança está ligada a aspectos objetivos da ordem jurídica, como “garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito e a proteção da confiança a aspectos subjetivos da segurança, como:

“a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: 1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; 2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos”.¹⁹³

Tais princípios – segurança jurídica e proteção da confiança são exigíveis de todos os poderes do estado, legislativo, executivo e judiciário. Verifica-se que, por meio deles, o administrado terá atendida sua justa expectativa de ver e sofrer a aplicação do direito positivado, segundo normas e fundamentos adremente estabelecidos.¹⁹⁴

Para Carlos Blanco de Moraes, segurança jurídica é “um valor-pressuposto e imanente do conceito de Direito, que tem por escopo garantir a durabilidade, certeza e coerência da ordem jurídica, permitindo aos membros da colectividade organizarem a sua vida individual, relacional e colectiva, mediante o imperativo da previsibilidade ou calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e consequencialidade nas respectivas acções”.¹⁹⁵

Interessante proposição para se refletir sobre a importância da segurança jurídica foi apontada pelo mesmo constitucionalista português, ao afirmar que a supressão de todo o ordenamento jurídico em determinado estado levaria os indivíduos a se orientarem pela boa fé e autotutela, pois estaria ausente sistema de norma geral de conduta para a organização e previsão do relacionamento intersubjetivo. O mais forte levaria vantagem sobre o mais fraco. Outro exemplo remonta à Monarquia Romana, anteriormente à Lei das

¹⁹³CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 257.

¹⁹⁴“As refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: 1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; 2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; 3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 257. Confira-se, ainda: MORAES, Carlos Blanco de. Segurança jurídica e justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 41, n. 2, p. 619. 2000.

¹⁹⁵MORAES, Carlos Blanco de. op. cit., p. 621.

XII Tábuas, ocasião em que apenas uma seleta parcela daquela comunidade tinha conhecimento das leis. Os plebeus não as conheciam, de maneira que sequer podiam se orientar sobre o que lhes era permitido ou proibido. Uma terceira situação retrata segurança jurídica apenas à sociedade burguesa, de modo que os súditos ficavam expostos a leis penais incriminadoras retroativas, leis imprecisas, cuja aplicação estava a critério do governo do dia.¹⁹⁶

A coerência, o afastamento do arbítrio e a previsibilidade de comportamentos inserem-se no postulado da segurança jurídica, em uma sociedade organizada e constitucional. Defende-se a estabilidade e a certeza das relações jurídicas, porque elas levam à realização da Justiça, fundamento do Estado de Direito.

Tais princípios, além de serem exigidos dos atos normativos, também se estendem aos atos jurisdicionais e aos administrativos. Para aqueles, o caso julgado está calcado na estabilidade e na certeza de que as decisões judiciais imunizadas pela coisa julgada material deverão ser respeitadas por todos os tribunais e autoridades, apenas comportando tangibilidade com fundamento material inequívoco (revisão de sentença, condenação injusta, erro judiciário, etc.). Para os últimos, a estabilidade é alcançada pela autovinculação e obrigatoriedade da administração ao ato que produziu, assim como por sua irrevogabilidade no interesse dos seus destinatários.¹⁹⁷

A doutrina tem apontado o desequilíbrio entre o Poder Judicial do Estado e o da Administração. Isso porque o sistema jurisdicional tem sido procurado para dirimir

¹⁹⁶MORAES, Carlos Blanco de. op. cit., p. 621.

¹⁹⁷O Supremo Tribunal Federal reconhece o Princípio da Segurança Jurídica, como se vê de decisão, cujo trecho é a seguir citado: “Torna-se importante rememorar, por isso mesmo, considerado esse contexto processual, o alto significado de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o instituto da ‘res judicata’, que configura atributo específico da jurisdição e que se projeta na dupla qualidade que tipifica os efeitos emergentes do ato sentencial: a imutabilidade, de um lado, e a coercibilidade, de outro. A proteção constitucional dispensada à coisa julgada em sentido material revela-se tão intensa que impede sejam alterados os atributos que lhe são inerentes, a significar, como já salientado, que nenhum ato estatal posterior poderá, validamente, afetar-lhe a integridade. Esses atributos que caracterizam a coisa julgada em sentido material, notadamente a imutabilidade dos efeitos inerentes ao comando sentencial, recebem, diretamente, da própria Constituição, especial proteção destinada a preservar a inalterabilidade dos pronunciamentos emanados dos Juízes e Tribunais, criando, desse modo, situação de certeza, de estabilidade e de segurança para as relações jurídicas...”. HC 112195, Rel. Min. Celso de Mello, pendente de publicação, Informativo nº 663. Em outro precedente, colho julgamento parcial em passagem do voto do Min. Cezar Peluso, para quem “sequer as organizações que defenderiam os direitos dos quilombolas estariam satisfeitas com o atual estado das coisas e arrematou que a atuação do legislativo, como seria de rigor, teria trazido menos insatisfação e mais justiça em menos tempo. Em respeito ao princípio da segurança jurídica e aos cidadãos que, de boa fé, confiaram na legislação posta e percorreram longo caminho para obterem a titulação de suas terras, desde 1988, determinou fossem considerados bons, firmes e valiosos os títulos até aqui emitidos”. ADI 3239, Informativo nº 662.

controvérsias que, segundo se tem sustentado afronta a Separação entre os Poderes, pondo em risco o Estado de Direito.¹⁹⁸

O tema não é tranquilo, pois para alguns o assunto não encontra solução apenas na Teoria da Divisão de Poderes, e sim no sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) que disciplina a relação entre as funções do Estado.¹⁹⁹

Ao lado dessa constatação, ou seja, de que está havendo interferência de uma função em outra, reiteradamente tem sido dito que “quanto mais principiológica é uma Constituição, quanto mais indeterminados sejam os conceitos e medidas de valor que contiver, quanto mais imprecisas, ambíguas e abertas foram as suas normas maior será a discricionariedade interpretativa dos Tribunais Constitucionais.

Discricionariedade que lhe permite ‘criar’ facticamente, por via hermenêutica, parâmetros normativos difusos que valem como verdadeiras normas constitucionais criadas à margem do processo constituinte, gerando-se sérios problemas para a segurança do Direito e para a separação dos poderes”.²⁰⁰

Essa disfunção, em que o Poder Judicial ocupa o espaço do administrador ou do legislador, além de desequilibrar a harmonia entre os poderes, tem levado a deficiências de efetividade do comando decisório. Ao que parece, o problema não é de ordem jurídico-processual, mas estrutural.²⁰¹

¹⁹⁸ A esse respeito, a advertência doutrinária: “Têm-se multiplicado ações civis públicas em que a questão jurídica é mero pretexto para intromissão no campo administrativo. Não raro, a questão a discutir é de mera oportunidade ou conveniência, o que pertence à discricção do Executivo, não ao juízo dos tribunais. Por exemplo, se tais ou quais pistas do sistema de ligação rodoviária entre Santos e São Paulo devem ser reservadas à descida ou à subida da serra...”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 190.

¹⁹⁹ “A questão dos limites da jurisdição comum em relação ao controle da conformidade (visando, portanto, o ato de governo e a administração), não se coloca mais como uma invasão da área reservada ao Executivo ou à Administração por uma decisão judicial, como violador da separação de poderes – segundo entendo – eis que tão importante quanto a teórica ‘separação de poderes’ são os ‘*check and balances*’, freios e contrapesos, que adotamos, já na República, da Constituição norte-americana, e que levam a um controle recíproco. Dizer somente com o princípio da separação de poderes para encontrar tais limites é dizer quase nada. Deve tal postulado ser um princípio apenas, ponto de partida para se encontrar os marcos últimos da jurisdição, que se encontram, maiormente, na desadequação orgânico-funcional dos órgãos judiciários em muitas hipóteses de decisão e cujo sistema processual-contraditório impede que tais decisões sejam eficazmente tomadas”. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 319-320.

²⁰⁰ MORAES, Carlos Blanco de. op. cit., p. 627.

²⁰¹ Em entrevista ao Consultor Jurídico, Elival da Silva Ramos destacou: “...Há uma série de normas que seriam boas para o país, mas que dependem da intervenção do legislador. O Judiciário está na verdade substituindo o Congresso e isto é ruim independente do resultado. O Legislativo, que já se sentia de um lado pressionado pelas medidas provisórias, que toma o poder da casa em grande parte, agora tem o ativismo do STF. O Congresso fica, então, completamente afogado por duas tendências: uma do Executivo de legislar e outra do Judiciário”. RAMOS, Elival da Silva. O ativismo judicial é ruim independente do

Ainda que a independência funcional franqueie ao integrante da organização a possibilidade de atuar em processos e investigações segundo a lei e a consciência, como a doutrina majoritária sempre aludiu, com a devida vênua há outros interesses, igualmente nobres, que não podem passar despercebidos, seja pelos intérpretes do direito, seja por seus operadores, em especial no Ministério Público.

A inter-relação e a interdependência, frente aos vários temas que chegam ao conhecimento da instituição, exigindo de seus pares medidas administrativas ou ações judiciais não podem ser tratadas fragmentariamente, porque como já constou alhures, o risco em se beneficiar e se prejudicar um grupo ou uma pessoa é manifesto, em clara violação ao primado da igualdade.

Não foi por outra razão que o Código de Processo Civil projetado nos seus arts. 988 e seguintes, importou do Direito Alemão o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, naquele país conhecido como *Musterverfahren*, com o escopo de assegurar a observância dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.²⁰²

Esse também o pensamento de Comparato, ao afirmar que, no plano do *dever ser* a Constituição encerra um sistema de compatibilidade lógica dos seus institutos, enquanto na esfera do *ser* deve haver uma congruência dinâmica, ou seja, a de “harmonizar funções e atividades” com o escopo de se conquistar as grandes finalidades constitucionais, cuja base se encontra no art. 3º da Lei Fundamental do Brasil.²⁰³

15. Promotor natural. Procurador-geral e promotor natural

Há quem sustente que o promotor natural ou legal é uma teoria perfeitamente aplicável ao *Parquet* e decorre da independência funcional. Tudo indica que se trata de um refinamento ou especialização dessa garantia. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro explica:

“(...) toda e qualquer pessoa física, jurídica ou formal que figure em determinado processo que reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão específico do *parquet* atuando livremente com atribuição predeterminada em lei, e, portanto, o direito subjetivo do cidadão ao Promotor (aqui no sentido lato), legalmente legitimado para o processo. Por

resultado [Entrevista]. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 01 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>>.

Acesso em: 26 nov. 2012.

²⁰²“...o incidente de resolução de demandas repetitivas foi inspirado no direito alemão e consiste em um instrumento a ser utilizado para demandas que possuem questões jurídicas comuns, de modo que essas questões sejam decididas de modo uniforme”. RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. O incidente de resolução de demandas repetitivas. In: ROSSI, Fernando (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 540.

²⁰³COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*, cit., p. 65.

outro lado, ela se constitui também como garantia constitucional do princípio da independência funcional, compreendendo o direito do Promotor de officiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições”.²⁰⁴

Seria inconstitucional e suspeito se a chefia da instituição pudesse escolher qual membro iria officiar em dado processo ou inquérito, porque o risco de se conduzir a solução de um fato à conclusão oposta ao interesse público seria sobremaneira arriscado.²⁰⁵

O próprio texto constitucional, ao elencar os princípios aos quais a administração pública está submetida, fez expressa referência à legalidade, impessoalidade e moralidade. Tais pilares fundamentais também dão suporte à impossibilidade de direcionamento das designações dos membros do *Parquet* para casos específicos.

Por vezes, atento à gravidade e repercussão de determinado fato, especialmente os que constituem infração penal que chocam a opinião pública, o Procurador-Geral poderá designar membro da Instituição para acompanhar o inquérito policial até sua distribuição ao promotor natural.

Esse expediente tem sido utilizado em casos excepcionais (inclusive pelo Ministério Público de São Paulo), mas tal prática não me parece representar violação à

²⁰⁴ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*, cit., p. 47.

²⁰⁵ Notícia Hugo Nigro Mazzilli que “em junho de 1985 (São Paulo), o VI Congresso Nacional do Ministério Público aprovava o importante princípio do promotor natural, ou seja, o órgão com cargos e funções predeterminadas em lei, inalteráveis ao arbítrio do procurador-geral. A tese do chamado promotor natural foi apresentada por Jaques de Camargo Penteado e Clóvis Almir Vital de Uzeda e foi integralmente aprovada, ocasião em que se demonstrou que, para o devido processo legal, ‘se acusada, toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de o ser publicamente e com Justiça por promotor independente, titular de cargo criado pela lei, livre de influências estranhas, apto a dar a cada um o que é seu’. No evento, foram aprovadas as seguintes conclusões: ‘1. O princípio do promotor natural está implicitamente consagrado na Constituição Federal. 2. A lei estadual não pode regular a atuação do Ministério Público sem observância estrita da garantia do promotor natural. 3. A garantia do promotor natural deverá ser prevista expressamente no texto da futura Constituição Federal, como órgão estável, independente, designado para o cargo e não para o encargo determinado e para as funções e não para o ato específico. 4. A concretização prática deste princípio implica a atuação do Ministério Público de forma adequada ao restabelecimento da ordem jurídica violada com prontidão e eficiência, e no respeito aos princípios da isonomia e da ampla defesa. 5. As equipes especializadas representam importantes inovações. Entretanto, sem cargos específicos, ferem o princípio do promotor natural. Seus titulares officiarão em todos os atos do inquérito policial e respectivo processo’. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit. A respeito, o Procurador de Justiça de São Paulo aposentado Jacques de Camargo Penteado deixou registrado que: “em 3 de abril de 1982, atendendo convite do Grupo de Estudos da Média Sorocabana, proferimos palestra no Fórum de Ourinhos sobre a ‘Lei Orgânica do Ministério Público’ e sustentamos que tão ou mais importante que o princípio do Juiz Natural é o do Promotor Natural, ainda mais quando não se acha entre as atribuições deste a corregedoria da polícia. Não se pode ignorar que ‘entre todos os cargos judiciais, ensina Calamandrei, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público’. Formando *opinio delicti* ou se convencendo da inexistência de crime, dotado de parcela de soberania do Estado, o Promotor há que ser natural. Acolha-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem relativa ao Juiz Natural consagrando-se que se acusada, toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de o ser publicamente e com justiça por Promotor independente. Titular de cargo criado pela lei, livre de influências estranhas, apto a dar a cada um o que é seu’”. PENTEADO, Jacques de Camargo. O princípio do promotor natural, cit., p. 119.

garantia constitucional. Ainda que o imputado esteja preso, a investigação deverá ser concluída em 10 dias (art. 10, *caput*, do CPP). Somente depois de decorrido esse prazo é que os autos da investigação serão encaminhados ao distribuidor. A urgência pela restrição da liberdade do imputado e a cautela no acompanhamento por um ou mais promotores, impede momentaneamente que se aguarde a identificação de quem estará legalmente legitimado a atuar no caso.

Portanto, o promotor legal é aquele a quem o feito é distribuído sem qualquer manejo ou direcionamento de escolha. Apenas atos normativos poderão estabelecer quais as atribuições de determinado cargo, e somente por critérios de *distribuição livre* é que se conhecerá quem atuará em nome da instituição. Do contrário, o escolhido não teria como agir com independência funcional, porque estaria atrelado a outros interesses, inclusive os da autoridade que o indicou.

A Constituição Federal prevê que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.²⁰⁶

Duas observações podem ser feitas a respeito da regra constitucional. A primeira de que o comando foi expresso em dispositivo que também tratou de garantia semelhante à magistratura. A segunda concerne à identidade de situações que, respeitada a natureza de atuação de cada órgão alcançam tanto o Ministério Público como o Judiciário.²⁰⁷

Assim como estão proibidos os tribunais de exceção, segundo expressa o art. 5º, XXXVII, da CF²⁰⁸, também é vedado o promotor *ad hoc*.²⁰⁹

²⁰⁶ Art. 5º, LIII.

²⁰⁷ “A garantia constitucional do juiz natural se aplica ao Ministério Público (garantia do promotor natural) e tem lugar tanto no processo judicial (civil, penal etc.) como no administrativo. No processo administrativo denomina-se julgador natural.

Qualquer que seja a matéria objeto do processo administrativo (disciplinar ou não), o julgador administrativo deve ter sido pré-constituído na forma da lei e ser imparcial, como, aliás, determinam os arts. 18 a 21 da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784, de 29.01.1999)”. NERY JÚNIOR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 176.

²⁰⁸ “Tribunal de exceção é aquele destinado a julgar determinado caso por escolha de quem determina, depois de o fato ter acontecido, quer dizer, é o tribunal designado *ex post facto*, seja para prejudicar, seja para beneficiar. É o tribunal dirigido, juízo de encomenda, portanto, parcial”. NERY JÚNIOR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural, cit., p. 176.

²⁰⁹ “A Lei Complementar nº 40/81, em seu art. 55, vedou o exercício das funções do Ministério Público por pessoas a ele estranhas, excetuadas as funções dos adjuntos de curador de casamento, o que terminou por revogar as disposições da lei processual que admitiam a figura do Promotor *ad hoc* (arts. 419 e 448 do CPP). Atualmente, a Constituição da República e o art. 25, parágrafo único, da Lei nº 8.625/1993 não abrem qualquer exceção à necessidade de exercício das funções ministeriais por integrantes da carreira, tendo sido proscrita a figura do Promotor *ad hoc*”. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*, cit., p. 343.

Para Nelson e Rosa Nery,

“Quando o texto constitucional diz que ninguém será ‘processado’ senão pela autoridade competente, estabelece o princípio do promotor natural, pois, em regra, não o juiz, mas o MP é quem pode processar (dar início à ação penal ou civil pública)”²¹⁰.

Aduz-se que a garantia é mais voltada ao cidadão, que ao próprio membro da instituição. É incompatível com o promotor *ad hoc*. Apenas quem estiver investido na função por critérios legais – concurso público de provas e títulos (art. 129, § 3º, da CF) é que poderá desempenhar a função do promotor natural.

Verifica-se, pois, que essa garantia e a independência funcional funcionam como verdadeiros vetores da instituição, sem os quais sua função constitucional não será desempenhada adequadamente.²¹¹

Não é correta a conclusão de que a independência repele a interdependência ou inter-relação notadamente existente entre os membros da instituição, pedra de toque da presente tese.

Conforme já se procurou esclarecer, tal pressuposto deve levar a uma atuação coordenada, racional e otimizada, cuja gestão deve ser entregue, preferencialmente, a órgão interno e independente, sempre comprometido com os parâmetros da imparcialidade e da busca pelos objetivos prescritos pelo art. 3º da CF.

Deve ser repelida a atuação isolada, desconectada dos mesmíssimos problemas verificados na mesma região ou em outras partes dos Estados e da União. Com isso, se caminhará no sentido de uma sociedade verdadeiramente igualitária e solidária.

Ainda, preciso lembrar que os arts. 134/138 do CPC disciplinaram as situações de impedimento e suspeição do juiz. Mais especificamente, o art. 138, I, do mesmo diploma manda aplicar esses dispositivos aos membros do Ministério Público quando a instituição

²¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed., cit., p. 139.

²¹¹ Sobre o promotor natural, colho da jurisprudência do Pretório Excelso o seguinte: “Tal princípio, evidenciado na garantia constitucional acerca da isenção na escolha dos representantes ministeriais para atuarem na persecução penal, almeja assegurar o exercício pleno e independente das atribuições do Ministério Público, repelindo do nosso ordenamento jurídico a figura do acusador de exceção, escolhido arbitrariamente pelo Procurador-Geral. Não há, no caso, qualquer irregularidade no fato de ter sido o parecer de um Procurador de Justiça no sentido da impronúncia do réu, e de outro Procurador, que atuou na sessão de julgamento do recurso em sentido estrito pela Primeira Câmara do Tribunal goiano, ter se manifestado pela confirmação da sentença de pronúncia. A violação do promotor natural somente ocorre quando há lesão ao exercício pleno e independente das atribuições do representante ministerial, o que, de fato, não aconteceu na hipótese”. HC 99558, rel. Min. Celso de Mello, j. em 16/12/2010, Informativo 613.

não for parte. Do contrário, há referência expressa ao art. 135, I a IV, da lei processual.²¹² No projeto do Código de Processo Civil foram mantidas tais restrições, como pode ser conferido nos arts. 144 e seguintes.

Portanto, se o membro do *Parquet* incorrer em algumas das vedações apontadas pela legislação há pouco citada deve se afastar do processo, para que promotor sem o vício que o impede de officiar em determinado feito ocupe o seu lugar. Normalmente, há prévia escala de substituição automática aprovada pelos órgãos de cúpula da instituição, para eventos previstos, como compensação de dias trabalhados, licença paternidade, ausências autorizadas (reuniões externas, simpósios e palestras), casamento, nojo, etc.

Portanto, o Procurador-Geral e os órgãos da administração superior devem respeitar a garantia do promotor natural, não lhes cabendo destinar determinado membro a caso específico, pena de ver o ato inconstitucional ser corrigido pelo Judiciário.

Mas, devem fornecer meios e estimular ações coordenadas, respeitando-se a ordem jurídica e o entendimento que os próprios órgãos de execução expuserem, sempre com respaldo na realidade local ou regional, isonomia, precedentes e metas a serem atingidas. Para tanto, o debate deve ser inclusivo.

A mesma garantia atinge o chefe da instituição. Naquelas matérias em que a Constituição ou a lei lhe dão atribuição para agir, a ele compete desincumbir-se da respectiva tarefa, ainda que venha delegar a execução a outros membros do *Parquet*, integrantes da sua assessoria. Fácil notar que o leque de atribuições o impede de examinar, pessoalmente, toda a demanda que lhe diz respeito. Contudo, isso não impede que o desenrolar do seu mister se desenvolva com o seu conhecimento ou mesmo sob sua orientação.

É possível que o Procurador-Geral seja especializado em determinada matéria (consumidor, patrimônio público e social, penal), ou mesmo tenha apurada experiência política, que lhe permite antever problemas que qualquer demanda ou manifestação possam acarretar. Nessas situações parece-me recomendável que participe ativamente dos trabalhos do promotor ou procurador que age por sua delegação.

²¹²“(…) Decorre daí, o Ministério Público deve, como acontece com a Magistratura, ser conhecido do réu, ensejando-lhe até o exercício do direito de averbar alguém de impedido ou suspeito. O promotor ou procurador não pode ser designado sem observância de critério legal, a fim de garantir-se julgamento imparcial, isento. Veda-se, pois, o promotor ou o procurador ad hoc, no sentido de fixar prévia orientação, como seria odiosa designação singular de juiz para processar e julgar alguém”. STJ, REsp nº 11.722-0/SP, 6ª T., rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 08/09/92, vu.

Sustenta-se que a inobservância dessa garantia pode levar o processo à nulidade, constituindo-se, pois, em pressuposto de validade da respectiva relação jurídica. A atuação por quem não detém atribuição para nele officiar não implica na inexistência do processo, e sim na sua irregularidade. A respeito, lembram Araújo Cintra, Ada e Dinamarco que anteriormente se sustentava que sem os pressupostos processuais a relação processual sequer existia. Posteriormente, esse entendimento foi revisto e se passou a compreender que,

“não se trata de constatação da pura existência da relação processual, mas da regularidade desta perante o direito: sem os pressupostos ela pode nascer, mas será inválida (é válida, porém, a manifestação do juiz que, nesse processo viciado, declara a inexistência dos pressupostos)”.²¹³

Com base nessa teoria, afirma-se que a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público em dada relação processual importa em pressuposto de sua validade.²¹⁴

Caso o membro não tenha atribuição e for designado para atender interesses escusos, ilegais e imorais, o caso será de perda de todos os atos praticados com sua intervenção e daqueles que derivaram da irregularidade.²¹⁵

Defende a doutrina que o princípio do promotor natural deve atender aos seguintes requisitos:

“1) pessoa investida no cargo de promotor; 2) existência de órgão de execução; 3) lotação por titularidade e inamovibilidade do promotor do órgão de execução, ressalvadas as hipóteses legais de substituição e remoção; 4) definição em lei das atribuições do órgão”.²¹⁶

Interessante constar que, de acordo com a classificação acima, o autor interligou o princípio à função de execução; não a dos órgãos de administração que têm a incumbência de planejar, propor alterações e administrar os assuntos de interesse institucional.

Significa que ao promotor natural interessa apenas a função executiva do Ministério Público, ou seja, quem tem a incumbência de realizar as atividades típico-institucionais nos

²¹³DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, cit., p. 297. Paulo César Pinheiro Carneiro defende o mesmo posicionamento. Para ele “uma vez preenchidos os pressupostos processuais de existência do processo, sempre existirá, ainda que seja para ser reconhecido que ela não se desenvolve regularmente”. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. op. cit., p. 98.

²¹⁴CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. op. cit., p. 97.

²¹⁵GARCIA, Emerson. op. cit., p. 239.

²¹⁶CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. op. cit., p. 97.

autos do processo, administrativo ou judicial, nos juízos de primeiro grau ou perante os tribunais.

Nessa linha de raciocínio, a adoção de medidas de racionalização, otimização ou mesmo de coordenação das atividades não encontra óbice no princípio, desde que sejam observados os pressupostos ventilados.

16. Atribuições. Atribuição e competência. Distinção

É incorreto dizer que o membro do Ministério Público detém competência.

Essa expressão, costumeiramente dirigida aos integrantes do Judiciário pela legislação processual, tem conceito bem definido, representando tema tradicional e obrigatório nesse ramo da ciência jurídica.

A atribuição de um órgão da administração pressupõe vínculo entre ela e os seus agentes. Essa relação jurídica se constitui pela nomeação, que é o título pelo qual o indivíduo passa a exercer as funções para as quais foi admitido. O exercício do poder estatal exercido por seus servidores se dá em nome do Estado. “Nas relações de trabalho com o poder estatal, a função pública significa o exercício de atividades da competência da Administração, em nome desta e de acordo com as finalidades dessa, ou seja, para atender ao interesse público”.²¹⁷

Tais funções podem ser cometidas a determinado cargo, como são as dos membros do Ministério Público.

Para Odete Medauar,

“cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades criado por lei em número determinado, com nome certo e remuneração especificada por meio de símbolos numéricos e/ou alfabéticos. Todo cargo implica o exercício de função pública. O ato administrativo que atribui, a uma pessoa, exercício inicial de um cargo é a nomeação”.²¹⁸

²¹⁷MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 261.

²¹⁸Id. *Ibid.*, p. 262.

Portanto, a atribuição é inerente a determinado cargo. O vínculo que se estabelece entre o cargo do Ministério Público e o indivíduo que o exerce se dá pela nomeação, após sua aprovação em concurso de provas e títulos.²¹⁹

O magistrado também ingressa no serviço público da judicatura por meio de concurso de provas e títulos.

Sua atuação se dá após nomeação e investidura no respectivo cargo. Passa a exercer jurisdição²²⁰, mas é obrigado a respeitar as regras de competência absoluta e a acatar as da competência relativa, suscitadas geralmente pelo demandado ao longo do arco procedimental. No primeiro caso, em preliminar de contestação (art. 301, II, do CPC); no segundo por meio de exceção em até quinze dias contados do fato que ensejou a incompetência (arts. 304/305, do CPC).

Para Moacyr Amaral Santos, jurisdição

“é a função do Estado destinada a compor conflitos de interesses ocorrentes. Tem por finalidade resguardar a ordem jurídica, o império da lei, amparando o direito objetivo, e, como consequência, proteger aquele dos interesses em conflito que é tutelado pela lei”.²²¹

Sobre competência, a Lei de Introdução ao Código Civil traça, regra geral, segundo a qual “é competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver que ser cumprida a obrigação” (art. 12); “só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil” (§ 1º).

Por sua vez, o Código de Processo Civil contém normas expressas a respeito da competência jurisdicional, conforme se verifica nos arts. 88 e seguintes.

Mas, a Constituição Federal e as Constituições Estaduais também contêm disposições sobre o assunto.²²²

²¹⁹ Art. 127, § 2º, da CF.

²²⁰ Jurisdição é função da soberania do Estado, o qual, em princípio e considerando-a em abstrato, poderia concebê-la ilimitada, ou absoluta, de modo a exercitar-se em relação a quaisquer causas, de qualquer natureza, sendo-lhe indiferente o domicílio ou a nacionalidade das partes, ou que os fatos, de que decorrerem, tenham ocorrido no país ou no estrangeiro. A jurisdição se exerceria em qualquer caso, sempre que provocada”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 201.

²²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 199-200.

²²² “No Brasil, a distribuição da competência é feita em diversos níveis jurídico-positivos, assim considerados: a) na Constituição Federal, especialmente a determinação da competência de cada uma das Justiças e dos Tribunais Superiores da União; b) na lei federal (Código de Processo Civil, Código de Processo Penal etc.), principalmente as regras sobre o foro competente (comarcas); c) nas Constituições estaduais, a competência originária dos tribunais locais; d) nas leis de organização judiciária, as regras

Como norma geral imposta à sociedade e integrante das questões de ordem pública, os dispositivos que cuidam da competência absoluta são de cumprimento obrigatório por todos os que judicializam demandas para a prevenção ou composição de conflitos.²²³

Preciso notar que as regras de atribuição só podem ser cumpridas pelos integrantes da instituição, conforme já constou alhures. Já as normas de competência são de observância por todos aqueles que irão integrar a relação processual. Elas se apresentam segundo diversos critérios, merecendo destaque o objetivo, o territorial e o funcional.²²⁴

Objetivo é o critério de fixação da competência segundo a natureza da causa, ou seja, segundo a matéria contida no conflito de interesses, de modo que a um juiz será distribuída a demanda conforme sua área de atuação (*ratione materiae*). O mesmo critério servirá para orientar a competência de acordo com os sujeitos que irão assumir o polo ativo ou passivo da relação processual (*ratione personae*), como as fazendas públicas que têm direito a litigar ou a serem chamadas para tanto em juízos próprios. Em razão do valor se definirá a competência de acordo com o bem pretendido e sua estimativa.

Territorial é o critério de fixação da competência segundo a divisão traçada pelo legislador entre os diversos juízes e tribunais existentes na federação. Pode se dar em uma comarca, seção judiciária, região e sobre todo o país. Poderá se dar de acordo com o domicílio do réu, do autor, da localização dos bens, etc. (arts. 94 e seguintes do CPC).

Funcional é o critério de divisão de competências entre os juízes que poderão officiar em um mesmo processo. Na medida em que vários juízes irão desempenhar suas funções, a competência é limitada de acordo com esse sistema.

A atribuição é destinada a disciplinar a atuação dos membros do *Parquet* nas diversas áreas de interesse e para as quais está vocacionado, segundo a ordem constitucional e legal. Logo, tanto pode servir para os processos administrativos por eles instaurados (procedimentos preparatórios de inquérito civil, inquérito civil, processo de

sobre competência de juízo (varas especializadas etc.). Essa é uma indicação meramente aproximativa. No estudo da competência em direito processual civil, penal, trabalhista etc. é que se identificam com precisão as regras com que o direito positivo disciplina a competência. As normas gerais sobre esta encontram-se nos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil”. DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, cit., p. 238.

²²³“No plano do processo civil, a existência de questões de ordem pública está atrelada à compreensão de que o exame de determinadas matérias é, por diferentes motivos, mais importante e mais crítico para o sistema. Fala-se, assim, que são questões de ordem pública porque ‘transcendem a esfera de interesses das partes conflitantes, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao interesse público’”. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 9-10.

²²⁴SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 204.

acompanhamento individual, processos administrativos criminais etc.), como para fixar a atuação de um cargo a determinado juízo.

Por conseguinte, tais funções interessam à organização interna da instituição em um primeiro momento e não só no sentido administração-membro, mas também entre membro-membro, pois pode haver conflitos de atribuição positivo ou negativo, cuja decisão se dá por órgão hierarquicamente superior.

A partir do instante em que surge conflito, para o qual a Instituição possui legitimação, como parte ou interveniente, *a priori* e segundo critérios eleitos pelo legislador deve haver a destinação de um promotor ou procurador, o promotor natural, sobre o qual se tratou no item precedente.

A regularidade dos atos praticados no processo depende, pois, não apenas da competência do órgão jurisdicional, mas também da atribuição regular do membro do Ministério Público, devidamente autorizada em lei. Há correlação com o princípio do promotor natural.²²⁵

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento trago à colação, em trecho dos acórdãos a seguir transcritos:

“(…)

3. O princípio do promotor natural, evidenciado na garantia constitucional acerca da isenção na escolha dos representantes ministeriais para atuarem na persecução penal, almeja assegurar o exercício pleno e independente das atribuições do Ministério Público, repelindo do nosso ordenamento jurídico a figura do acusador de exceção, escolhido arbitrariamente pelo Procurador-Geral. (...)”²²⁶

“(…)

1. A instituição do Ministério Público é uma e indivisível, ou seja, cada um de seus membros a representa como um todo, sendo, portanto, reciprocamente substituíveis em suas atribuições. Conforme se extrai da regra do art. 5º, LIII, da Carta Magna, é vedado pelo ordenamento pátrio apenas a designação de um ‘acusador de exceção’, nomeado mediante manipulações casuísticas e em desacordo com os critérios legais pertinentes – isto é, considera-se violado o princípio das funções institucionais. Precedente da Sexta Turma. (...)”²²⁷

“…

²²⁵CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. op. cit., p. 96.

²²⁶HC 221805/SE, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 18/02/2014, DJe 05/03/2014.

²²⁷HC 132.544/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 17/05/2012, DJe 04/06/2012.

4. A instituição do Ministério Público é uma e indivisível, ou seja, cada um de seus membros a representa como um todo, sendo, portanto, reciprocamente substituíveis em suas atribuições. Tanto que a Lei nº 8.625/93 prevê, em seus arts. 10, IX, alíneas ‘e’ e ‘g’, e 24, a possibilidade de o Procurador-Geral de Justiça designar um Promotor de Justiça substituto ao titular, para exercer sua atribuição em qualquer fase do processo, inclusive em plenário do Júri.

5. Estando a peça vestibular assinada por três promotores, sendo que um deles era titular de Promotoria com atuação específica na seara criminal, inexistente ilegalidade ou irregularidade no oferecimento dessa denúncia.

6. Não há se falar em vício de atribuição funcional quando a atuação dos Promotores de Justiça, calcado em ato normativo, abrange todas as frentes – judiciais e extrajudiciais – ligados ao direito tutelado. (...)”²²⁸

Em reforço a esse entendimento, ainda que o Procurador-Geral não tenha exercido qualquer interferência na definição da atribuição de determinado órgão, a doutrina aponta ser necessário o respeito à divisão de funções por seus próprios membros, pena de aviltamento da mesma garantia.

Por tais motivos, adotados os fundamentos expendidos pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Francisco Rezek, no Agravo Criminal 76.378, de 12 de novembro de 1979, destaca-se que obedecida a divisão de atribuições é possível que mais de um integrante da organização funcione nos mesmos autos, não sendo permitido que um membro de primeiro grau venha a exercer suas funções junto aos Tribunais e vice-versa, em completo desvio da organização interna, e, pois, de função.²²⁹

Não se confunde legitimidade com atribuição. É possível que a instituição se apresente e se presente por determinado integrante. Assim, poder-se-á afirmar que o Ministério Público atua ou atuou em determinado processo. Porém, pode ocorrer que tal indivíduo não detenha atribuição para o feito. Decorre que os atos por ele praticados poderão ser invalidados, anulados.

A falta de atribuição conduz à nulidade do processo, conforme recomenda a doutrina.

²²⁸ HC 242398/SC, 6ª Turma, Rel. Ministro Og Fernandes, j. em 11/12/2012, DJe 18/12/2012.

²²⁹ “Estas situações lembram o problema da chamada competência funcional dos juízos, sendo certo que, com relação à atribuição do MP, pode ocorrer situação semelhante, mas em última análise a atribuição dos órgãos de execução do MP é ditada pela lei e esta (Lei nº 8.625/93) é absolutamente clara no sentido de que são os Procuradores de Justiça e o Procurador-Geral os órgãos de execução do MP com atribuições para funcionar junto ao segundo grau de jurisdição, admitindo-se, excepcionalmente, a convocação, para substituição, de Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria (art. 22, III, da IA nº 8.625/93)”. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. op. cit., p. 97.

Embora o processo seja instrumento para a realização do direito substancial e em regra se busque aproveitar os atos nele praticados, sem a cominação da nulidade (art. 250 do CPC e art. 283 do projeto do CPC), sustenta-se que a não observância das regras constitucionais e legais da atribuição e em última análise do promotor natural equipara-se ao impedimento de acesso à jurisdição, afronta ao direito adquirido ou à coisa julgada.²³⁰ Em consequência, é caso de se decretar a nulidade.

É certo afirmar que a garantia do promotor natural, e, pois da fixação legal das atribuições completa as regras de competência, pois por meio dela é possível saber a qual membro caberá funcionar em determinado feito.²³¹

Nessa linha, a declaração de nulidade de um ato implica na anulação de todos os demais que dele sejam dependentes. A inicial de demanda civil ou penal subscrita por quem não tem atribuição levará o processo à nulidade. Se tiver havido resolução do mérito e coisa julgada, a doutrina orienta-se no sentido de que apenas por ação autônoma (rescisória ou revisão criminal) é possível desconstituir o ato.

A duplicidade de processos administrativos de investigação, com os mesmos fatos da vida e objeto poderá levar à anulabilidade do que se instaurou em segundo lugar, com afronta às normas de atribuição e ao promotor natural. É possível imaginar que apesar da instauração de inquérito civil por integrante de dada promotoria ou procuradoria, em desvio de função e por razões ilícitas outro promotor resolva instaurar e investigar o mesmo conflito, para idênticos fins.

O aparente conflito positivo de atribuições deverá ser dirimido internamente, mediante provocação de quem se considerar com atribuição para seguir na investigação (confira-se o item seguinte). Mas, nada impede que a ilegalidade seja corrigida em juízo, pois por todas as razões anteriormente mencionadas, há direito líquido e certo amparável por mandado de segurança ou até mesmo por habeas corpus, em virtude da nulidade e do que prevê o art. 648, VI, do CPP, pois,

²³⁰CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. op. cit., p. 102.

²³¹Como exemplo, Paulo César Pinheiro Carneiro aduz: “Situação interessante seria a decorrente da incompetência relativa do juiz, uma vez que o correspondente órgão de execução do MP também, como decorrência lógica, estaria sem atribuição. Seria caso de prorrogação de atribuição? A falta de atribuição, portanto, em determinados casos, seria hipótese de nulidade relativa? Entendemos que a resposta para as duas indagações seria NÃO. Uma vez prorrogada a competência do foro, não haverá falta de atribuição do órgão do MP que atua perante aquele Juízo, não porque a atribuição tenha sido prorrogada, mas, sim, porque a competência está fixada naquele juízo, e é ela que determina o promotor natural da causa, ou seja, o promotor natural é o membro do MP que tem atribuições perante aquele Juízo, por ser ele o competente”. Id. Ibid., p. 104-105.

“o Promotor de Justiça detém parcela da autoridade emanada do Estado, razão pela qual os seus atos serão passíveis de controle e de correção judiciais quando afetados pelos vícios da ilegalidade ou do abuso de poder”.²³²

A Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC 75/93) serve para orientar não apenas seus ramos federais, mas também os estaduais, sendo, pois, de aplicação subsidiária, já que cada um deles apresenta uma lei orgânica, seu próprio estatuto.

Ao regulamentar os dispositivos constitucionais que trazem no seu texto as linhas gerais desse documento fundamental, seu art. 3º faz alusão ao controle externo da atividade policial, com resultados ainda incipientes, diante das reais há dificuldades em se atuar nos meandros dessa atividade pública do Brasil, dificultando, ainda, a compreensão e a colaboração institucional na construção de políticas públicas de segurança, com consequências nefastas no meio social e jurídico, porque os agentes de execução quase sempre não conseguem atuar nas causas, limitando-se a aforar demandas penais, quando o processo administrativo de investigação obteve elementos de materialidade e indícios de autoria.

O art. 5º, I e alíneas do mesmo ato normativo decompôs o art. 127, *caput*, da CF (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis), dentre os quais destaco: “a) a defesa da soberania e da representatividade popular; b) direitos políticos; (...) f) autonomia dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios; (...) h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União”.

No art. 5º, III, verifica-se a explicitação do art. 129, III e V, da CF, como defender: “a) patrimônio nacional; b) patrimônio público e social; c) meio ambiente; (...) e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso”.

As funções do *ombudsman* também foram previstas, ao regulamentar os art. 129, II e III, da CF, como pode ser observado da leitura do art. 5º, II, IV e V, respectivamente, a quem cabe zelar pela: “III- a) observância ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte; b) às finanças públicas; c) à política econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional...”; “IV- zelar pelo efetivo

²³²JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 22. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 515.

respeito dos poderes públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstas na CF e na lei relativos à comunicação social”; e, “V- a) zelar aos direitos assegurados na CF relativos às ações e aos serviços de saúde e educação...”.

E, seu art. 6º elenca os instrumentos pelos quais a Instituição tem a incumbência de concretizar os deveres para os quais está legitimada.

Os contornos informados pelas garantias e deveres não impedem quaisquer medidas que venham em socorro do aperfeiçoamento das funções institucionais.

Os meios, os mecanismos de atuação e a socialização de esforços para a busca de fins comuns servirá como ponte para a obtenção de resultados. O exercício conjunto de atribuições implicará na visão do todo, permitindo ao órgão saber quais as falhas; onde falta atuar; se determinada tese merece maiores estudos, sendo desejável a assunção de posições por meio de pareceres institucionais, que a exemplo dos precedentes judiciais orientam e influenciam na tomada de decisões internas; quais programas devem ser adotados para os próximos anos, dentre outros.

Ao justificar a criação do Gabinete de Interesses Difusos e Coletivos na Procuradoria-Geral da Pública de Portugal, a atual Procuradora-Geral Joana Marques Vidal expediu a Ordem de Serviço nº 2/2014, de cuja fundamentação destaco o seguinte trecho:

“A complexidade das matérias em causa exige disponibilidade de apoios e meios técnicos, designadamente periciais, que se impõe serem sinalizados e acessíveis sempre e quando necessários.

Exige, igualmente, especialização de conhecimentos e articulação com outras jurisdições que obrigatoriamente se conexas com a administrativa, como a jurisdição criminal, cível e a do Tribunal de Contas, numa abordagem integrada dos fenómenos sujeitos à eventual intervenção das diversas jurisdições.

A capacidade de resposta do Ministério Público e a sua melhoria, passa, também, por uma actuação coordenada, a nível nacional e local, por definição de objetivos, por uniformização de procedimentos e por uma melhoria da comunicação, sem deixar de relevar a jurisprudência, entretanto, produzida”.²³³

Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 113/VII, que deu origem à atual Lei nº 60/98 que modificou o Estatuto do Ministério Público criado pela Lei 47/86, nota-se

²³³PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://www.pgr.pt>>. Acesso em: 09 set. 2014.

a preocupação do legislador português com a necessidade de se integrar as ações desse órgão, dele com a polícia, cujas ações investigativas compete a ele dirigir, com a Magistratura Judicial e órgãos internacionais, diante dos novos e intensos desafios que existem naquele país do continente europeu.²³⁴

Ao proferir decisão em Embargos de Declaração, o Ministro do STJ Mauro Campbell Marques fez alusão a posicionamento do então Ministro do STF Cezar Peluso, para quem a jurisprudência desse Tribunal Constitucional deve admitir a presença dos Ministérios Públicos Estaduais nos casos em que figurem como partes, ao mesmo tempo em que o Procurador-Geral da República funcionaria como fiscal da lei. Após justificar esse posicionamento na autonomia dos ramos estaduais, da independência funcional, em diretrizes estabelecidas pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na indesejável apresentação de teses antagônicas pelas autoridades dessas instituições, estaduais e federal quando uma se substitui à outra e na existência de precedente da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão no processo nº 08100.004785-69, quando o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fontelles reconheceu a possibilidade do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios officiar junto aos Tribunais Superiores, concluiu que o Judiciário tem como uma de suas principais missões a da pacificação dos conflitos, razão pela qual não faz sentido impedir que o órgão aja racionalmente, cada qual nos limites das suas atribuições. Em consequência, a plena atuação trará maiores benefícios à coletividade e aos direitos defendidos pela Instituição.²³⁵

Parece claro que o exercício das funções institucionais não mais pode conviver com o isolamento, sob o pálio da independência funcional. Existe um espaço de comunhão de interesses – seja no mapeamento das crises de direito material, seja na proposição de soluções estudadas, planejadas e consensuadas, com o fim de se obterem resultados isonômicos, não só na esfera jurisdicional, mas na esfera extrajudicial, tema sobre o qual como constou, está na pauta da renovação da legislação processual civil.

²³⁴“Tornou-se manifesto que um órgão fechado em si mesmo, sem valências de especialização, modelado segundo critérios rígidos de competência territorial na base da comarca, sem ligação à prevenção e à investigação policial e às suas formas de organização territorial e material não poderia dar resposta suficiente às novas solicitações”. LOPES-CARDOSO, Álvaro. *Estatuto do Ministério Público anotado*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 160-161.

²³⁵EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 194194892/RJ, 1ª Seção, j. 12/06/2013, DJe 01/07/2013.

17. Conflito de atribuições entre membros do Ministério Público

Lembra a doutrina que os membros do Ministério Público sempre exercerão atribuição, nunca jurisdição, ainda que estiverem engajados em uma relação processual.

Poderá ocorrer, contudo, que dois ou mais integrantes do *Parquet* se considerem legitimados a atuar em determinado caso ou, ainda, que esses mesmos profissionais discordem sobre qual deles deve officiar. Nessa última situação, ao menos dois devem discordar sobre quem irá se manifestar em determinado processo, administrativo ou judicial (um aponta o outro com atribuição para agir). Nesses dois casos surge o conflito de atribuições: positivo, na primeira situação; negativo na última.

Todavia, cabe esclarecer que se dois ou mais promotores emitirem opiniões diferentes, porém sucessivas no caso concreto, prevalecerá a última.²³⁶ É claro que esse entrelhecho de opiniões, apesar de possível deve ser evitado, pois parece evidenciar que o exame anterior ou mesmo o seguinte pode ter sido mal realizado. No entanto, os erros devem ser rechaçados, especialmente pelo órgão incumbido da revisão, como é o caso dos membros que officiam junto aos tribunais, em que na maior parte das vezes as decisões são imunizadas pela coisa julgada.

No conflito negativo e para que um órgão deixe de atuar no caso concreto e encaminhe os autos a outro, deverá fundamentar seu posicionamento e apontar quem é, no seu entender, o promotor natural com atribuição para nele funcionar. A motivação do primeiro promotor discordante, além de obrigatória, também permitirá ao segundo conhecer as razões que o levaram a deixar de atuar e encaminhar os autos para a outra promotoria ou procuradoria. Por conseguinte, o segundo terá como se convencer das razões do colega ou rebatê-las, apresentando suas justificativas para também deixar de atuar.

A simples discordância em atuar não configura o conflito, mas simples negativa em exercer funções.²³⁷

²³⁶“O conflito de atribuições pressupõe a existência de, pelo menos, duas opiniões discordantes entre órgãos de execução a respeito de determinado ato a ser praticado (de natureza judicial ou extrajudicial). Não haverá que se falar em conflito no caso de opiniões discordantes e sucessivas sobre um mesmo fato, pois, aqui, tratando-se de manifestações originárias do mesmo órgão, ainda que emitidas por agentes distintos, prevalecerá a última, considerando-a como retratação da primeira”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 194.

²³⁷No protocolado MP nº 0114903/12 (autos nº 533.01.2011.0032186-5/0 do Juízo de Santa Bárbara D’Oeste (Estado de São Paulo), ao ter conhecimento sobre a recusa de intervir em processo versando sobre matéria registraria, o Procurador-Geral de Justiça assim decidiu: “Recusa de Intervenção. Procedimento de alteração de regime de bens. Órgão ministerial que, ao receber o feito com vista, recusa-se a intervir. A racionalização somente será possível quando, no caso concreto, o interesse jurídico subjacente não revelar hipótese que guarde relação com o novo perfil constitucional do parquet. Para saber se em determinado

O conflito positivo normalmente surgirá da instauração de processos administrativos por promotores diferentes. Nesse plano, pré-processual, a decisão caberá ao órgão hierarquicamente superior. Pode ocorrer, ainda, que o conflito suscitado renda o entendimento de que a atribuição pertence a um terceiro órgão, diverso do suscitante e do suscitado (terminologia adotada para se saber quem provocou o conflito e em face de quem foi provocado). Nenhum impedimento pode ser oposto a tal solução, porquanto, como já visto anteriormente a fixação das atribuições estão expressas na lei.²³⁸

Mas, se cada um dos membros ajuizar demandas diferentes e ambas receberem despacho liminar positivo de recebimento da inicial, nesse caso o caminho será o conflito positivo de competência entre os órgãos jurisdicionais. Mesmo que ambas as demandas prossigam, o juízo prevento será o competente para a decisão, com o que se evitarão decisões conflitantes (art. 106, do CPC).

Na esfera estadual, caberá ao Procurador-Geral de Justiça dirimir o conflito que se formou entre dois ou mais promotores (art. 10, X da Lei 8.625/93) e declarar a quem compete exercer a atribuição. Na esfera federal, se dois ou mais integrantes de Ministérios Públicos de ramos diferentes apresentarem posições conflitantes, caberá ao Procurador-Geral da República decidir quem deve atuar (art. 26, VII, da LC nº 75/93). Mas, se tal discórdia se der entre membros do mesmo ramo do Ministério Público, a decisão ficará a cargo: a) das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (art. 62, VII, da LC nº 75/93), com recurso ao Procurador-Geral da República; b) às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho (art. 103, VI, da LC nº 75/93), com recurso ao Procurador-Geral do Trabalho (art. 91, VII, da LC nº 75/03); c) às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar (art. 136, VI, da LC nº 75/93), com recurso ao Procurador-Geral da Justiça Militar (art. 124, VI, da LC nº 75/93; d) às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

caso concreto está presente o interesse público que justifique a intervenção do parquet, é imprescindível identificar os contornos da lide deduzida em juízo, pela identificação do pedido, iluminado pela causa de pedir.

Presença de fundamento da intervenção. Situação mencionada expressamente pelo Ato nº 313/03 – PGJ-CGMP, de 24 de junho de 2003, no art. 3º, VI: procedimento de jurisdição voluntária que envolve matéria alusiva aos registros públicos.

Dirimida a questão, determinando-se a intervenção do Ministério Público, com designação de outro membro da instituição para prosseguir no feito”. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/DO_Estado/2012/30_08_12.htm>.

²³⁸GARCIA, Emerson. op. cit., p. 196.

(art. 171, VIII, da LC nº 75/93), com recurso ao Procurador-Geral de Justiça (art. 159, VI da LC nº 75/93).²³⁹

18. Conflito de atribuições entre Ministérios Públicos²⁴⁰

O conflito para atuar em determinado processo investigatório pode se dar entre Ministérios Públicos diversos, Estaduais, Federal (inclusive o Distrital) e Estadual.

Nesse caso, estabeleceu-se que, por não se subordinarem entre si a solução anteriormente preconizada, ou seja, quando dois membros do mesmo Ministério Público discordam sobre quem deve atuar não se aplica. Fundado nesse entendimento, afirma-se que a independência de cada estrutura do Ministério Público impede esteja hierarquicamente submetido a uma chefia geral, capaz de solucionar todas as demandas internas que surgirem.²⁴¹

Isso não significa que em cada segmento ministerial não exista hierarquia. Cada Ministério Público Estadual, Distrital e Federal possui seu Procurador-Geral, a quem caberá, em último grau, dirimir os conflitos, conforme já explicitado no item anterior. E é bom que conste desde logo que essa mesma autoridade, no desempenho das suas atribuições, também reúne as garantias institucionais da organização.

Como não há submissão entre Ministérios Públicos, assim como também não há entre estados, tribunais e parlamentos, por exemplo, decide-se de acordo com a competência ou atribuição de cada um desses entes da federação.

O Supremo Tribunal Federal, após alterar anterior posicionamento no sentido de que tais conflitos eram da competência do Superior Tribunal de Justiça, vem decidindo competir a ele decidir a qual Ministério Público compete funcionar na fase da investigação

²³⁹Confira-se GARCIA, Emerson. op. cit., p. 194-195.

²⁴⁰“A temática do conflito de atribuições entre Ministérios Públicos diversos está nitidamente associada a dois referenciais argumentativos, quais sejam, 1) a existência de estruturas orgânicas funcionalmente autônomas e independentes inseridas em distintos entes federados e 2) a sua crescente atuação pré ou extrajudicial, o que posterga, ou mesmo afasta, o contato do Poder Judiciário com os atos praticados”. Id. Ibid., p. 197.

²⁴¹“Tratando-se de estruturas funcionalmente autônomas, é juridicamente insustentável a tese de que o conflito deveria ser solucionado por integrante de uma delas, o que terminaria por dar azo a uma espécie de subordinação institucional. Nessa perspectiva, sendo a federação a forma de Estado adotada no Brasil, não é admissível, como parece a alguns, que um órgão que atue no âmbito federal, como é o Procurador-Geral da República, possa impor suas deliberações aos Ministérios Públicos dos Estados”. Id. Ibid., p. 197.

e, pois, administrativa, quando dois deles se apresentarem em conflito diante do caso concreto. O fundamento dessa posição é o do art. 102, I, *f*, da Constituição Federal.²⁴²

Nesse sentido, extraio trecho dos fundamentos da decisão por maioria de votos, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, lançada na Ação Cível Originária nº 889-8 oriunda do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 11/09/2008, da relatoria da Min. Ellen Gracie:

“(...) Contudo, em julgados mais recentes, o Supremo Tribunal Federal alterou tal orientação, conforme se percebe da leitura do julgado sob a relatoria do Min. Cezar Peluso (Pet. 3.631/SP, Pleno, DJ 06.03.2008):

‘1. COMPETÊNCIA. Atribuições do Ministério Público. Conflito negativo entre MP de dois Estados. Caracterização. Magistrados que se limitaram a remeter os autos a outro juízo a requerimento dos representantes do Ministério Público. Inexistência de decisões jurisdicionais. Oposição que se resolve em conflito entre órgãos de Estados diversos. Feito da competência do Supremo Tribunal Federal. Conflito conhecido. Precedentes. Inteligência e aplicação do art. 102, I, ‘f’ da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir conflito negativo de atribuição entre representantes do Ministério Público de Estados diversos. 2. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Atribuições do Ministério Público. Ação penal. Formação de *opinio delicti* e apresentação de eventual denúncia. Delito teórico de receptação que, instantâneo, se consumou em órgão de trânsito do Estado de São Paulo. Matéria de atribuição do respectivo Ministério Público estadual. Conflito negativo de atribuição decidido nesse sentido. É da atribuição do Ministério Público do Estado em que, como crime instantâneo, se consumou teórica receptação, emitir a respeito *opinio delicti*, promovendo, ou não, ação penal’.

No mesmo sentido: Pet. 3.258/BA, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 28.09.2005.

5. Desse modo, com fundamento no art. 102, I, *f*, da Constituição da República, deve ser conhecido o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro diante da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar conflito entre órgãos de Estados-membros diversos”.

No mesmo sentido caminharam os julgamentos na Petição 3.631/SP, relator Min. Cezar Peluso, de 06/12/2007 e até agora na Reclamação 15.165 (não definitivamente).²⁴³

²⁴²“Art. 102- Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I-Processar e julgar, originariamente:

...

f- as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta...”.

²⁴³Confirmam-se Informativos nºs 491 e 699, respectivamente.

Consoante lição doutrinária e precedentes desse mesmo Tribunal, é bom que se aponte essa competência enquanto os órgãos do Ministério Público se encontrarem na fase investigativa, seja pelo processo de investigação pela própria instituição ou pela Polícia Judiciária (fatos penais), seja diante de peças de informação.

É que, se a demanda cível ou penal já tiver sido aforada e decidida pelo magistrado qualquer discordância sobre quem deva atuar se transformará em conflito de competência, positivo ou negativo, a ser dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o art. 105, I, *d*, da Constituição Federal.

Assim,

“conforme torrencial jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, havendo pronunciamento dos membros do Ministério Público e ulterior aquiescência dos órgãos jurisdicionais perante os quais atuem o caso será de conflito de competência, e não de atribuição. Do mesmo modo, ainda que, à míngua de pronunciamento de dois juízos distintos, não tenha ocorrido o conflito de competência, não mais será possível falar em conflito de atribuições quando o pronunciamento do Ministério Público for acolhido pelo órgão jurisdicional junto ao qual atua”.²⁴⁴

19. Ministério Público como agente político

A reformatação constitucional do Ministério Público no Brasil, cujo figurino dava sinais de busca por um novo paradigma de atuação, antes com a criação da Lei 6.938/81 (Meio Ambiente) e depois com a Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) caminhou para uma mudança de ideologia. Principalmente por aqueles que atuam na área dos interesses difusos e coletivos, esfera na qual se tem buscado maior efetividade nos resultados das ações, tem estimulado inúmeros profissionais a migrarem da área criminal e da cível tradicional (as que trabalham com conflitos individuais) para essa outra especialidade de atuação. Esse movimento fundado no anseio de interferir nos rumos da atividade política do estado foi denominado por Rogério Bastos Arantes de *voluntarismo político*.²⁴⁵

Verificou-se aumento sensível do interesse pelo controle da administração pública, da probidade administrativa e dos serviços de relevância pública. Para esse mesmo autor:

²⁴⁴ GARCIA, Emerson. op. cit., p. 198.

²⁴⁵ “...a ideologia de um novo Ministério Público, que veio se construindo nas últimas décadas, está bem distribuída pelos diversos segmentos da instituição e nos mais diversos pontos do país, embora seja necessário destacar que o setor que atua diretamente na área dos direitos difusos e coletivos tem determinado a produção e implementado a disseminação dessa nova ideologia que definimos como voluntarismo político”. ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: EDUC; Ed. Sumaré; FAPESP, 2002. p. 116. (Série Justiça).

“O Ministério Público de São Paulo tem dado atenção especial a essas áreas nos últimos anos e chegou a substituir algumas promotorias especializadas por Grupos de Atuação Especial (GAE), que têm mais autonomia e recursos de poder. Assim, foram criados recentemente o GAE de Proteção ao Idoso, o GAE de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência e o GAE de Saúde Pública e da Saúde do Consumidor, além de novas promotorias especializadas como a de Habitação e Urbanismo”.²⁴⁶

De fato, em um passado próximo o Ministério Público de São Paulo organizou aquelas três áreas em Grupos de Atuação. Hoje, contudo, essas especialidades foram transformadas na Promotoria de Justiça de Direitos Humanos da Capital, que congrega quatro subáreas: Saúde Pública, Pessoa com Deficiência, Idoso e Inclusão Social.

Segundo essa mesma pesquisa, o voluntarismo político está apoiado em três pilares que levam a instituição a atuar mais fortemente contra as fazendas públicas e a judicializar suas demandas, a saber: 1) avaliação crítica e pessimista da sociedade civil, tanto de suas carências quanto de sua incapacidade de mobilização; 2) os poderes do Estado estariam divorciados da sociedade e incapazes de garantir os direitos fundamentais, dentre os quais os sociais - de segunda geração; 3) em razão de tais mazelas, cumpre ao Ministério Público defender esses interesses de uma sociedade frágil e despolitizada, centrando suas demandas contra o Estado, cuja classe política eleita e instalada na direção dos poderes Executivo e Legislativo, muita vez se apresenta focada nos interesses particulares, em detrimento dos interesses públicos e sociais.²⁴⁷

Tais dados permitem, desde logo, apontar outro que tem sido frequentemente lembrado pelos operadores do direito e pela própria classe política, que não se sente segura para avançar na aprovação de legislação processual específica para o processo coletivo. Como o Ministério Público se tornou o principal autor das ações coletivas – sobretudo contra o Estado, a instituição

“surge no atual regime político brasileiro como um novo elemento estatal de ‘perturbação’ do sistema clássico de divisão de poderes”.²⁴⁸

Não cabe mais discutir se o Ministério Público é ou não um quarto poder. Essa discussão está superada, e hoje é possível aduzir que as funções do estado constitucional é

²⁴⁶ ARANTES, Rogério Bastos. op. cit., Nota de rodapé de p. 118.

²⁴⁷ Id. Ibid., p. 119.

²⁴⁸ CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e judicialização da política*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 101.

mesmo tripartida, como, aliás, já havia sustentado *Montesquieu* em época de forte concentração de poderes. Como lembra Puoli, não compete à instituição formular leis com fulcro em situações fáticas privilegiadas; suas deliberações tem o escopo de aplicar mediatamente o ordenamento jurídico, pois se após sua atuação não for possível a composição, deverá se valer da via jurisdicional, cuja decisão é apta à imunização pela coisa julgada; e, não se confunde com o Executivo, pois tanto a essa fatia do poder como à própria Instituição cabe a adoção de medidas executivas para o cumprimento da lei, ou seja, essa sobreposição de funções não o promove a um quarto poder, mas o compele a agir diante das disfunções que verificar.²⁴⁹

Essa reflexão ainda se faz necessária nos nossos dias, pois não faltam aqueles que combatem as decisões judiciais obtidas e proferidas contra as fazendas, enxergando nelas verdadeira invasão nas esferas de competência dos demais poderes.

É bom lembrar que o Estado é um todo, mas apresenta funções variadas (legislativa, administrativa e jurisdicional), cujo aparato foi construído para o atendimento das necessidades do interesse geral. Não se confundem com as funções dos seus órgãos e agentes, cujo desempenho põe em movimento o próprio ente público. Nesse sentido, a superveniência de novas funções é aceita pela doutrina mais moderna como fruto da absoluta insuficiência dos poderes.²⁵⁰

O relacionamento entre funções (poderes) não se apresenta como problema local. Na França, a harmonia entre o Judiciário e o Executivo, coloca o Ministério Público como elo desse relacionamento:

“O Ministério Público está ao centro de problema muito atual das relações entre o poder executivo e a autoridade judiciária, no estado democrático. Ele é como o queriam os constituintes de 1790, uma ‘agência do poder executivo’ junto aos tribunais? Não é ele de preferência, segundo expressão do Primeiro Presidente Pierre Truche, uma ‘interface entre o poder político e os juízes? Concretamente estas questões são importantes. A liberdade de apreciação do magistrado do ministério público, quando apresenta ação ou documento em um processo depende das respostas que lhe são dadas. Também, do crédito concedido pelos cidadãos à sua imparcialidade”.²⁵¹

²⁴⁹PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*, cit., p. 40-43.

²⁵⁰TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 172-173.

²⁵¹Le ministère public est au cœur du problème très actuel des relations entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire, dans un État démocratique. Est-il, comme le voulaient les constituants de 1790, une ‘agence du pouvoir exécutif’ auprès des tribunaux? N'est-il pas plutôt, selon l'expression du Premier Président Pierre Truche, une ‘interface entre le pouvoir politique et les juges’? Concrètement ces questions sont importantes. La liberté d'appréciation du magistrat du ministère public, lorsqu'il engage des poursuites ou classe une procédure, dépend des réponses qui y sont faites. En dépend aussi le crédit accordé par les citoyens à son impartialité”. VOLFF, Jean. *Le Ministère Public*, cit., p. 5.

A lado da crise fomentada pelo elevado número de demandas levadas ao Judiciário, muitas delas provocadas pelo indivíduo e que podem denotar problema de natureza coletiva evidenciado pela falha ou omissão da administração, depara-se com a letargia da resposta jurisdicional, tanto nas ações coletivas quanto individuais. O mais grave é que não se apercebe ou não se adotam mecanismos eficientes para o enfrentamento das causas (talvez pelo desconhecimento ou desinteresse em se enfrentar os meandros da disfuncionalidade da administração pública).²⁵²

Sobre isso a doutrina insiste em apontar para os riscos de se ficar indiferente diante das crises trazidas em processos jurisdicionais individuais quando se veiculam direitos sociais ou direitos disponíveis, porquanto podem apontar para a existência de outros conflitos latentes e futuros, em sério prejuízo da lógica que deve existir no sistema global da justiça e do próprio estado.²⁵³

Com base nessa posição, é possível afirmar a urgente necessidade de reorganização da instituição, para que diante de processo no qual se veicula pretensão de natureza individual, verifique se o conflito não indica a necessidade de se tratar coletivamente o impasse. Ao se defrontar com a crise de direito coletivo, o profissional deve investigar quais as experiências existentes sobre o tema e até mesmo estimulá-las, se necessário, com a consciência de que as respostas devem atender a um sistema voltado à eficiência e à isonomia.

A falta ou a negativa no fornecimento de medicamentos; a insuficiência de vagas em unidades públicas para menores ou idosos; a crise no sistema da habitação popular; a ausência de estrutura suficiente para atender a gigantesca demanda na área da saúde pública e da assistência social é claro indicativo da falta ou da insuficiência de determinada

²⁵² A respeito, colho em obra de José Eduardo Faria a seguinte observação: “Afimal, se grande parte da crise do Judiciário é fruto de uma engrenagem processual ultrapassada, que não viabiliza as sentenças justas e posterga as sentenças necessárias, por que investir mais recursos materiais numa estrutura judicial fortemente comprometida com esse anacronismo? Não seria mais lógico promover a reforma processual antes de se ampliar o orçamento do judiciário? Seria sensato aumentar o número de juízes, varas e serventuários para gastar (como a própria magistratura reconhece, segundo a pesquisa do Idesp) com formalidades excessivas, recursos desnecessários, litígios irrelevantes e julgamentos ineficientes? FARIA, José Eduardo. A crise do Poder Judiciário no Brasil. *Justiça e Democracia* São Paulo, n. 1, p. 37, 1. sem., 1996.

²⁵³ “Se a presença de políticas é evidente em questões relacionadas, entre outras, ao meio ambiente, às relações de consumo, à defesa do mercado enquanto espaço concorrencial ou à proteção de grupos sociais vulneráveis, também pode, com alguma atenção, ser percebida em ações pleiteando direitos individuais, como naquelas tendo por objeto o acesso a determinado medicamento, uma vaga no sistema de educação pública ou a discussão de um serviço prestado em regime de concessão. Mesmo controvérsias estritamente privadas, como relações locatícias ou a venda de ativos mobiliários, podem ser entendidas a partir daquelas políticas levadas em conta pelo legislador ao realizar opções contidas no texto legal”. SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 177-178.

política. É necessário que se encontrem mecanismos de articulações entre os seus integrantes, com a necessária inserção de meios suficientes para o enfrentamento dessa onda de demandas comuns que surgem no seu dia a dia.

Essa urgente interligação, calcada na interdependência de funções, não pode prescindir de acurada apuração – e o inquérito civil é a sede adequada para seu conhecimento e maturação, até mesmo para que consiga tomografar a crise, as iniciativas, as deficiências e as propostas para a solução coletiva dos conflitos coletivos e individuais. Se essas ferramentas devem ser construídas internamente, externamente precisam ser aplicadas, não se podendo dispensar a palavra dos encarregados de concretizar as políticas ou o cumprimento da ordem jurídica.

Apesar disso e da visão por uma integração interna e externa (não político-partidária), a doutrina anota dado proposto por integrantes do Ministério Público para sustentar uma possível eficiência na defesa e no alargamento da tutela dos novos direitos no Brasil: quanto mais longe do meio político estiver o legitimado, maior será a contribuição para a evolução dos direitos difusos e coletivos. A *contrario sensu*, quanto maior o envolvimento e proximidade do mundo político com o legitimado menor será sua contribuição para o desenvolvimento desses direitos.²⁵⁴

A assunção pelo Ministério Público da maior parte das demandas coletivas no Brasil, não só lhe causam envolvimento com questões nem sempre passíveis de solução pelo Judiciário, mas também afasta a necessária participação dos demais legitimados que, muitas vezes, apesar da sua autorização para agir, restringem-se a trazer ao conhecimento da instituição fatos que eles próprios poderiam judicializar.

A doutrina lembra que a democratização da legitimidade para as ações coletivas é a modernamente mais aceitável, mesmo porque Mauro Cappelletti, citado por Ada Pellegrini Grinover já aduzia que a legitimação exclusiva é ineficaz do ponto de vista da efetividade e do envolvimento de todos os interessados.²⁵⁵

Com razão aduz Hugo Mazzilli que o agente político é todo aquele investido “em mandatos ou cargos públicos, dotados de plena independência no exercício funcional, que

²⁵⁴ ARANTES, Rogério Bastos. op. cit., p. 125.

²⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 157, p. 151-152, mar. 2008.

tomam, dentro de sua competência, as decisões últimas do Estado, fazendo-o com total liberdade funcional, apenas limitados pela lei”.²⁵⁶

Essa classificação, na qual o autor citado insere o membro do *Parquet*, apesar da existência de lições contrárias como já apontado nesse capítulo, conduz a relação agente/política às mais diversas direções, em prejuízo da isonomia e até mesmo da imparcialidade; que, como já explicitado deve servir de parâmetro e ponto de partida da atuação institucional.

Bem por isso, Puoli tece a seguinte crítica à maneira de agir dos integrantes da organização:

“Essa etapa de estudo inicia-se pela afirmação no sentido de a legalidade servir como limite básico da atuação do promotor, o que parece reduzir a questão a um exame de adequação da atuação concreta do agente ao escopo legal. Esta simplificação perde-se quando se verifica hipótese de atribuição ministerial descrita por textos legais imprecisos e vagos, tornando necessária a realização de interpretação e escolhas por parte do promotor”.²⁵⁷

Não é o caso de se refutar a criatividade, necessária ao desempenho de qualquer função, sobretudo em um cenário de falhas e disfunções.

Todavia, a reorganização institucional deve levar em conta tais aspectos, buscar conhecer as crises, os novos conflitos, fomentar discussões, produzir estudos, buscar experiências, prestigiar a interdependência e a coordenação, sempre em amparo ao serviço de qualidade que vise combater os problemas na sua raiz, visando impedir a proliferação de demandas repetitivas. Ao manifestar-se sobre a importância do Tribunal Constitucional Espanhol, seu então presidente Francisco Tomás y Valiente afirmou que “(...) os órgãos constitucionais estão forçosamente inter-relacionados e devem estar coordenados entre si, porque o Estado é uno”.²⁵⁸

²⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 570.

²⁵⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. op. cit., p. 45.

²⁵⁸ “...los organos constitucionales están por fuerza inter-relacionados y deben estar coordinados entre sí, porque el Estado es uno”. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. El tribunal constitucional español como órgano constitucional del estado: competencias, riesgos y experiencias. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Rio Piedras, v. 57, n. 1-2, p. 45-75, 1988.

20. Reafirmação da ideologia. Constituição de 1988

A adoção da democracia pelo diploma fundamental brasileiro de 1988 encaminhou e ratificou o que se tem entendido por evolução da Ciência Política, pela qual é possível aperfeiçoar ou mesmo optar por instituições que podem inserir-se e sobreviver em um contexto histórico, econômico, social, ou seja, dotadas de maior estabilidade.

Essa constatação integra a filosofia democrática, pois no Estado contemporâneo se tem a seguinte compreensão: “nenhum Estado contemporâneo aceita a afirmação de que não é governado pelo seu povo, por meio de representantes desse povo, escolhidos pelo voto livre, em vista do bem desse próprio povo, dentro do respeito dos direitos primordiais do homem”.²⁵⁹

Nesse contexto, seu aprimoramento leva a dois outros valores universalmente aceitos, que para serem aplicados exigem adequada dose de moderação e entendimento. Refiro-me à liberdade e à igualdade, que podem em dado momento ser apresentadas como complementares uma da outra, mas que na visão doutrinária e com a lente da interpretação é possível constatar que ora convivem, ora não, como um movimento necessário de consolidação e respeito mútuos.

Significa que para se praticar democracia – e o regime democrático é uma das missões constitucionais do Ministério Público, como já constou alhures – deve-se levar às últimas consequências a integração desses dois preceitos, como maneira de equilibrar as relações sociais plúrimas que se apresentam para as instituições.

Para a doutrina:

“Atraindo-se e repelindo-se ao mesmo tempo, liberdade e igualdade envolvem sem dúvida um quantum de contradição, mas sem sua integração não pode haver democracia”.²⁶⁰

A participação do cidadão, ativa ou passivamente, na constituição do Estado democrático não pode fixar o entendimento de que esse modelo não apresenta seus defeitos, suas mazelas, falando-se até mesmo em crise do sistema.

O modelo democrático adota a opinião de que nem todos estão em condições de decidir, como representantes institucionais. Ao mesmo tempo afirma a posição de que o

²⁵⁹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4.

²⁶⁰Id. Ibid., p. 5.

povo tem capacidade para escolher seu mandatário, para em seu nome discutir e decidir as relações públicas. Em competições eleitorais a possibilidade de se granjear o representante pelo voto, meio como se constituíam os grupos ou facções políticas, hoje os corpos intermediários ou partidos, tornava-o e o torna representante natural e qualificado pelo voto popular.²⁶¹

Segundo Robert A. Dahl a representação passou da eleição de funcionários superiores para elaborar leis para um sistema em que o cidadão, com maior liberdade, passou a discutir e expressar questões políticas, com a busca e a troca de informações. Os partidos políticos surgiram embrionariamente da formação de associações clandestinas, tidas à época por “perigosas, separatistas, passíveis de subverter a estabilidade e a ordem política, além de ofensivas ao bem público”.²⁶²

O modelo que em alguns países predomina de maneira estável há séculos – casos da Inglaterra (século XIII) e Estados Unidos (séculos XVII e XVIII), hoje é considerado em crise, pois “(...) a dificuldade para os cidadãos nas democracias mais antigas é descobrir como elas poderiam chegar a um nível de democratização além da democracia poliárquica”.²⁶³

A teoria da separação de funções da qual esse trabalho se ocupou anteriormente tendeu a ceder maior importância ao executivo, a quem cumpre manter relações mais próximas com o povo. É dessa parcela do poder que as pessoas esperam felicidade e frustração, alimentam a esperança de dias melhores e encontram as razões para o encaminhamento das suas agruras e reclamações a um órgão que também tem por missão zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, II, da CF).

A doutrina aduz que no *Welfare State* é assim. As reivindicações vêm de toda parte, de pessoas a grupos, por conta do papel econômico-estatal centralizador, em que o não fazer viola os interesses da sociedade e a lentidão do legislador para decidir temas de

²⁶¹“Na condição de *locus* da participação política, autorizam a mobilização das massas, todo um processo de conscientização política e de canalização dos conflitos, mediante procedimentos pacíficos. Contribuem, ainda, para a formação da vontade comum, e, diante de sistemas parlamentaristas correspondem ao processo natural e eficaz de designação do governo, mediante a formação de maiorias parlamentares”. CAGGIANO, Monica Herman S. O voto e o papel que desempenha no quadro brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 537.

²⁶²DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Ed. da UnB, 2001. p. 101.

²⁶³“Poliarquia deriva de palavras gregas que significam ‘muitos’ e ‘governo’; assim, ‘o governo de muitos’ se distingue do governo de um, a monarquia, e do governo de poucos, a oligarquia ou a aristocracia”. DAHL, Robert A. op. cit., p. 104 e 113, respectivamente.

interesse geral e premente levam ao prognóstico de que falta maior eficiência à máquina administrativa.²⁶⁴

O Ministério Público se insere nesse contexto, devendo encontrar nele ambiente para compreender, atuar e corresponder aos anseios das instituições e do público em geral, não necessariamente segundo os tradicionais métodos processuais, de certo modo insuficientes diante das complicadas exigências da democracia de um país, mas deve estar preparado e aparelhado para avaliar e até mesmo enveredar por caminhos que levem a outras portas para soluções alternativas e adequadas à superação dos conflitos sobre os quais está legitimado a agir.

A respeito, a própria doutrina confirma ser “complicadíssimo satisfazer a essas exigências da democracia numa unidade política do tamanho de um país; para falar a verdade, até certo ponto quase impossível.”²⁶⁵

No Brasil, nos idos de 2001 os estudiosos já apontavam para a necessidade de se criar processo mais eficiente, voltado à efetividade e avesso ao formalismo e à burocracia.²⁶⁶

21. Representação política e Ministério Público

Com a inovação da ordem jurídico-constitucional, quando o país recebeu uma Constituição social e de direitos, veio a lume a discussão sobre a judicialização da política ou da politização da justiça.

A interferência do Judiciário em assuntos que sempre couberam ao Executivo realizar desencadeou uma série de discussões no sentido de enfraquecer o controle, sob o fundamento de que lhe faltaria legitimação por não exercer representação política. O Ministério Público se insere nessa discussão, como principal veículo de deflagração dessas demandas, pois não raro se está a discutir a falta ou a insuficiência da administração na criação ou na manutenção das políticas públicas, de que se falará mais adiante.

Um passo atrás nessa ideologia conduziria a nação a uma situação confortável e pouco eficaz para a incipiente democracia local. As mazelas, as falhas, a ausência e a

²⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, cit., p. 15-16.

²⁶⁵ DAHL, Robert A. op. cit., p. 107.

²⁶⁶ ARAGÃO, E. D. Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 358, p. 49, nov./dez. 2001.

deficiência de vários serviços de interesse geral não poderiam ser debatidos, ainda que com a participação da sociedade pela apontada falta de legitimação dos órgãos públicos, dentre os quais o *Parquet*.

A consolidação da democracia praticada em dada unidade territorial e soberana é um processo que exige a presença de diversos elementos para que seja considerado como tal, como afirma a doutrina: “1) funcionários eleitos; 2) eleições livres, justas e frequentes; 3) liberdade de expressão; 4) fontes de informação diversificadas; 5) autonomia para as associações; 6) cidadania inclusiva”.²⁶⁷

Vê-se nessa estruturação, a necessidade de controle dos atos de poder e dos próprios poderes, por meio de mecanismos universalmente aceitos.

Na democracia representativa, como a praticada no Brasil, as eleições permitem não só a escolha mas a reprovação, pela alternância no poder dos mandatários que não corresponderem aos interesses gerais. A liberdade de expressão e a tolerância das fontes de informação permitem ao eleitor que compreenda atos e políticas, para exprimir livremente sua opinião. Mais do que isso, precisa abeberar-se de informações advindas de fontes livres e independentes de injunções que o impeçam de mal compreender o que está no seu entorno. De maneira inclusiva, os grupos de pressão devem agir pelas associações políticas para operar não apenas durante as eleições, mas também depois da sua realização, pois os legisladores podem ser influenciados por interesses que os desviem das propostas inicialmente apresentadas.

Portanto, é equívoco o entendimento de que ao realizar o controle que constitucionalmente lhe cabe o Judiciário estará avançando na esfera de outra função, não apenas em razão da independência de que dispõe cada um dos poderes, como porque devem operar harmonicamente entre si (art. 2º, da CF).

Nessa esteira, não é difícil imaginar que as falhas de um devem ser apontadas pelo outro, para serem corrigidas. Todos os atores estatais que dispõem de discricionariedade estão sujeitos aos sistemas de controle, não só interno como externo.

Em razão disso, Fábio Kerche afirmou que:

“O princípio madisoniano de que os homens não são anjos se aplica, sem distinção, a todos aqueles que fazem parte do Estado. A diferença está nos instrumentos: enquanto o controle e o accountability dos atores eleitos são baseados, em grande medida, no voto, o dos atores não-eleitos

²⁶⁷ DAHL, Robert A. op. cit., p. 107.

são (ou deveriam ser) baseados em outros instrumentos típicos da relação entre políticos e burocratas. Portanto, o Ministério Público não é somente um ator jurídico, como defende parcela das análises sobre a organização, mas uma agência estatal, formada por integrantes não-eleitos, com considerável poder discricionário, responsável por regular uma série de aspectos da vida social”.²⁶⁸

Logo, não há como afastar no sistema da democracia representativa o controle que deve haver entre o eleitor e o eleito, os grupos de pressão e os partidos políticos e entre os próprios órgãos públicos, sob pena de se incorrer no seu artificialismo.

A conclusão não afasta a necessidade do que se tem apregoadado ao longo desse trabalho, de que as ações devem ser articuladas, não apenas para entender, investigar e traçar métodos de trabalho, mas também para que se possa atingir resultado, como meta da eficiência a ser obtida.

22. Hipossuficiência do corpo social e Ministério Público

Ao longo dos anos de vigência da Constituição Federal de 1988, com base na qual se afirma vivermos em plena democracia moderna, um fenômeno ainda chama a atenção: a insuficiência dos grupos sociais em dar conta da eliminação das crises de direito material que as atingem diretamente.

No dia-a-dia da Promotoria de Justiça de Direitos Humanos da Capital de São Paulo tem se verificado volume expressivo de ações de reintegração na posse promovidas pelo poder público ou por particulares para a retomada de imóveis desocupados e invadidos pelos “movimentos dos sem-teto”, que não têm poupado esforços em agir com as próprias mãos. Sob o fundamento de que têm direito à moradia popular organizam-se e, sem permissão passam a viver em prédios desocupados, muitos deles no centro da cidade.²⁶⁹

²⁶⁸KERCHE, Fábio. *O Ministério Público no Brasil*. 2002. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 57.

²⁶⁹“A reintegração de posse de edifício invadido por sem teto na av. São João teve confrontos com policiais, disseminando tensão e paralisando a região central da cidade de São Paulo. Na confusão, duas lojas foram saqueadas e houve barricadas e um ônibus queimado. O comércio fechou. A polícia usou bala de borracha e bomba de gás. O prédio estava ocupado havia seis meses por 315 famílias da Frente de Luta por Moradia...”. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 set. 2014.

Se por um lado é desejável que a própria sociedade se organize e busque solução auto ou heterocompositiva para os conflitos²⁷⁰, nessa área da habitação e urbanismo as invasões causam demasiada desestabilização social, pois o cumprimento das ordens judiciais tem sido acompanhadas de manifestações ofensivas à segurança pública, ao transporte público, à liberdade das pessoas, à ordem econômica e social.

Nos anos 2000, a doutrina já apontava como motivo determinante para a forte intervenção do Ministério Público no patrocínio das demandas que veiculam direitos coletivos, a hipossuficiência dos titulares e a indisponibilidade dos direitos, com destaque à disponibilidade de alguns interesses a que o art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor denominou individuais homogêneos, para cuja defesa a instituição deve demonstrar o impacto social que carregam.²⁷¹

Além da relevância social que os caracterizam, permitindo à doutrina elencar várias situações em que se faz presente, como: a) direito à educação, para a defesa da cobrança excessiva de mensalidades escolares; b) ilegalidade da cláusula de reajuste pela faixa etária para as pessoas com 60 anos ou mais nos contratos celebrados com as operadoras dos planos de saúde antes do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03); c) usuários de medicamento que contenha na sua formulação falha do princípio ativo, como o caso das pílulas de farinha que em vez de impedir a gravidez de mulheres a favoreceu, etc., há o risco de se multiplicarem demandas ou a possibilidade de que elas não sejam aforadas pelo diminuto dano causado individualmente a cada um dos lesados levou a jurisprudência a reconhecer a legitimação da instituição para sua defesa pelas ações coletivas, como ocorre no caso das instituições de espécies tributárias inconstitucionais, como a taxa de coleta de lixo, de varrição, de iluminação pública, dentre outras.²⁷²

²⁷⁰“Em linha de princípio, apresenta-se a função judicial em modo substitutivo, por aí se entendendo que, na hipótese de a controvérsia não ter sido auto ou heterocomposta, esse vácuo vem a ser preenchido pela intervenção do Estado-juiz, desde que para tal convocado pela parte ou interessado”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 192.

²⁷¹Nessa linha de raciocínio defende-se: “não é o fato de que (eventualmente) um interesse metaindividual apareça coincidente com o interesse público que o qualifica como tal e assim viabiliza sua apreciação judicial, e sim o fato de que nesse interesse metaindividual concentra-se um valor socialmente relevante, seja concernente a uma parcela da coletividade (ex.: interesse coletivo dos proprietários de automóveis a que estes sejam fabricados com motores bicomcombustível), seja pertinente à sociedade como um todo (ex.: interesse difuso ao efetivo controle, pela agência governamental competente, do fabrico e comercialização dos produtos geneticamente modificados)”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, cit., p. 61-62.

²⁷²GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 817-820; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 108-113.

Nessas e outras situações, como nos exemplos da defesa dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu* ou até mesmo da probidade administrativa, a instituição ainda continua se protagonizando, pois o argumento da hipossuficiência do corpo social e a compreensão de que o sistema da justiça deve operar adequadamente para corrigir as disfunções dos setores público e privado impede que a sociedade se defenda por si própria.²⁷³

Essa constatação deve levar a duas ordens de ideias: a) a desarticulação ou a articulação marginalizada dos grupos e movimentos sociais continuará a exigir da instituição se mantenha ao centro da defesa dos direitos coletivos no Brasil; b) a integração preconizada nesse estudo entre os integrantes do Ministério pode ser insuficiente para a mudança dessa realidade sociológica, sendo necessário que a instituição pratique a informação e o empoderamento dos movimentos sociais e da própria sociedade por seus diversos segmentos, para que autonomamente consigam defender suas prerrogativas.

A mudança de rumo caminha no sentido oposto ao que a doutrina aponta como sendo a da tradição brasileira, qual seja, a recorrente ativação da jurisdição para a solução dos conflitos. Certa vez, em entrevista concedida pelo então Ministro Sydnei Sanchez em programa patrocinado pela Secretaria Nacional de Reforma do Judiciário o magistrado ponderou que a porta de entrada do Judiciário brasileiro era muito larga e a de saída muito estreita, buscando explicar a letargia dessa instituição na produção de julgados.²⁷⁴

23. Acesso à ordem jurídica justa pelos co-legitimados

A expressão “acesso à ordem jurídica justa” merece especial atenção, para adequada exegese. Dela deve ser extraído muito mais do que o simples acesso aos serviços judiciários do Estado, como equivocadamente parece poder se extrair do art. 5º, XXXV da CF. Só recebe o benefício da decisão justa, se o caminho percorrido até o momento final da sentença de mérito e da sua realização obedeceu as matrizes das garantias constitucionais do processo.

²⁷³ ARANTES, Rogério Bastos. op. cit., p. 128.

²⁷⁴ “Pouco se refletiu sobre esse ponto, mas é possível afirmar sem exagero que temos no Brasil uma importante tradição de judicialização de conflitos, que nasce em grande medida pela via da crítica às deficiências do regime liberal-democrático e cujos valores básicos podem ser encontrados, ainda, hoje, na concepção política que orienta o voluntarismo de promotores e procuradores do Ministério Público”. ARANTES, Rogério Bastos. op. cit., p. 131.

A existência de um conflito, caracterizado pela tensão pré-processual regida pelo direito material conduz a uma das maneiras mais comuns e desejáveis de solução: a da submissão do devedor ao interesse do credor à sua satisfação. Em função disso, Celso Neves pontificou que quando o comando do ordenamento é obedecido a pretensão e a ação operam aprocessualmente, “porque atreitas, ambas ao plano do direito material de que resultou a satisfação do credor pela prestação, ou do devedor, ou do responsável.”²⁷⁵

A definição do conflito de interesses vai além do conceito de lide criado por Carnelutti (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida)²⁷⁶, cunhado segundo o direito patrimonial e disponível, inspirado no Direito das Coisas. É possível afirmar que a crise impõe o entendimento de que a relação entre o homem e o bem ou interesse implica em uma relação de complementariedade, no sentido da necessidade não satisfeita. Ao tratar desse relacionamento, o mesmo autor italiano já apontava que tais conflitos podiam dar-se em torno de toda classe de interesses: imediatos ou mediatos, individuais ou coletivos.²⁷⁷

Parte-se do princípio de que o acesso à justiça deve ser excepcional ou residual, conforme aduz Mancuso, devendo-se sobrelevar os métodos alternativos auto e heterocompositivos²⁷⁸, exceto naquelas situações em que a manifestação do Judiciário seja necessária, como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, I, a da CF); nas ações de improbidade administrativa em que se busca a aplicação das sanções previstas pelos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92; penais públicas incondicionadas (art. 121 do CP), dentre outras.

O acesso ao Estado-juiz deverá assegurar a máxima extensão do direito de ação e de defesa, sendo criticável legislação que o restringe a grupos, pessoas ou em razão do valor.²⁷⁹

²⁷⁵ NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 76.

²⁷⁶ “Chamo litígio o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e da resistência do outro – Llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del outro”. CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 1, p. 44.

²⁷⁷ Id. Ibid., p. 16.

²⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*, cit., p. 191.

²⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, cit., p. 35. “Para tornar efectiva a garantia do acesso à via judiciária torna-se, por isso, imprescindível a eliminação de tais obstáculos de ordem económica. Com essa finalidade foi publicada a lei que regula o acesso ao direito e aos tribunais por forma a possibilitar a consulta jurídica e o apoio judiciário a favor de quem se encontre na situação de insuficiência económica. Trata-se da Lei nº 34/2004, de 29 de julho, que foi alterada pela Lei nº 47/2007, de 28 de Agosto”. AMARAL, Jorge Augusto Pais do. *Direito processual civil*, cit., p. 15.

Para o concreto e efetivo acesso aos tribunais não basta que o Estado o preveja no ordenamento jurídico. Deverá assegurar meios reais e concretos que o conduzam a uma efetiva relação com a justiça. Para tanto, está compelido a adotar medidas positivas e não permanecer passivo diante do cotidiano que invariavelmente lhe exige a adoção de ações que assegurem o concreto ingresso do necessitado a um tribunal, incluída a satisfação tempestiva do direito reconhecido pela decisão de mérito. Portanto, a efetividade do direito de acesso à jurisdição principia pelo oferecimento de legislação que a preveja, no efetivo direito de acesso aos órgãos de jurisdição e no tempestivo cumprimento das decisões por eles proferida.²⁸⁰

É um modelo de garantias porque: a) defende a universalidade de acesso à jurisdição; b) afiança o princípio do devido processo legal; c) orienta o contraditório como fio condutor para a formação do convencimento do julgador; d) assegura a participação em diálogo dos sujeitos processuais ao longo do arco procedimental, para a construção de condições suficientes na solução e consequente pacificação dos litigantes.²⁸¹

Tais fundamentos inspiram os que enxergam na enumeração *numerus clausus* dos legitimados para as ações coletivas dos arts. 5º da Lei 7.347/85 e 82 da Lei 8.078/90 (integrantes do microssistema de defesa dos direitos coletivos), a afirmação de que há verdadeiro atentado à garantia do acesso à ordem jurídica justa. Nessa esteira, andou bem o legislador quando integrou a Defensoria Pública ao rol dos órgãos autorizados à defesa dos interesses metaindividuais (Lei 11.448/07), guardados o perfil e as funções constitucionais que lhe foram conferidas pelo art. 134, *caput*, da CF.²⁸²

Talvez, esse defeito pudesse ser amenizado se o indivíduo tivesse legitimidade para as ações coletivas, a exemplo do que sucede na ação popular, na qual o cidadão tem o direito de participar da fiscalização do poder público por esse instrumento de defesa de direitos coletivos.

²⁸⁰ GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 656-657.

²⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, cit., p. 35-36.

²⁸² Nesse sentido, o acórdão proferido pelo STJ, de cuja ementa transcrevo o seguinte trecho: “A Constituição Federal estabelece no art. 134 que ‘A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV’”. Estabelece, ademais, como garantia fundamental o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), que se materializa por meio da devida prestação jurisdicional quando assegurado ao litigante, em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), mudança efetiva na situação material do direito a ser tutelado (princípio do acesso à ordem jurídica justa)”. REsp 1106515/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, 1ª Turma, j. em 16/12/2010, DJe 02/02/2011.

No entanto, não se pode esquecer que apesar da legitimação de que dispõe o cidadão para as ações populares, a doutrina já indicava o uso indevido do instrumento por opositores políticos que se utilizam dele para atacar os que estavam no exercício do poder, levando à instauração de processos para fins egoísticos e reprováveis.²⁸³ Em complemento, no exercício funcional do Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social em comarcas do interior o autor também teve idêntica percepção.

Mesmo assim, no direito processual português a defesa dos interesses difusos, por ação principal ou cautelar, pode ser deduzida por qualquer cidadão no gozo dos direitos civis e políticos, pelas associações e fundações defensoras desses interesses, autarquias locais e pelo Ministério Público, nos termos previstos na lei, conforme dicção do atual art. 31 (ex-art. 26A) do CPC de Portugal, com a reforma trazida pela Lei nº 41, de 26 de junho de 2013. A legislação a que refere o dispositivo em exame é a Lei nº 83, de 31 de agosto de 1995, que dispõe sobre a participação procedimental e a ação popular portuguesa.

Conforme aduz a doutrina lusitana:

“Objectivamente, os interesses difusos, relativos a grupos de extensão indeterminada, estruturam-se como um interesse supra individual pertencente a todos, mas onde também há o interesse que cada indivíduo possui pelo facto de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma que tutela esse interesse.

Qualquer daqueles indivíduos tem legitimidade para sustentar, em juízo, esse interesse, se violado, e dessa violação lhe advierem prejuízos”.²⁸⁴

Ainda que sob o regime do CPC anterior ao Ministério Público não tenha sido conferida legitimidade para o aforamento da ação popular, a reforma processual confirmou tendência apontada pela doutrina pátria no sentido de que já havia leis portuguesas atribuindo legitimidade ao *Parquet* para a defesa de alguns interesses metaindividuais, como os do ambiente - Lei nº 11/87 e os interesses do consumidor – Lei nº 24/96.²⁸⁵

²⁸³“...a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindicta partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa proteger”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 89.

²⁸⁴AMARAL, Jorge Augusto Pais do. op. cit., p. 111.

²⁸⁵COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 91-92.

Até então, porém, a legislação portuguesa prestigiava mais a iniciativa da sociedade civil e da pessoa física, afastando a legitimidade do Ministério Público e de instituições públicas, exceto as autarquias locais para a ação popular.²⁸⁶

A legitimação universal caminha na mão de direção do acesso à ordem jurídica justa.

O acesso dos movimentos e grupos sociais ao Ministério Público – e não deve ser diferente, tem-no levado ao protagonismo, conforme já constou anteriormente.

Não basta, contudo.

Seria desejável que os demais legitimados também se debruçassem mais detidamente sobre os conflitos coletivos e sociais que os atingem, como forma de participação no controle da democracia e daqueles que, em seu nome, representam-nos. Devem buscar soluções junto aos devedores dessas prestações.

A busca por resultados deve ser difundida, cabendo aos integrantes da organização ministerial estimulá-la, pois conforme aduz Dinamarco ao se referir ao sistema judiciário, mas que com uma boa dose de razão se aplica às instituições públicas, dentre as quais o *Parquet*:

“Essas necessidades resolvem-se, resumidamente, num binômio composto pelos elementos quantidade e qualidade. Não basta aumentar o universo dos conflitos que podem ser trazidos à Justiça sem aprimorar a capacidade de produzir bons resultados. Nem basta produzir bons resultados em relação aos conflitos suscetíveis de serem trazidos à Justiça, deixando muitos outros fora do âmbito da tutela jurisdicional”.²⁸⁷

A horizontalização nas atividades dos integrantes da instituição deve ter o escopo de aproximá-los de tais movimentos, de maneira a estimular que busquem a eliminação das crises pelos meios previstos em leis materiais e processuais, sem prejuízo, evidentemente, de que o Ministério Público cumpra sua missão constitucional e atue junto aos demais poderes para a pacificação social; alternativamente como autor ou se posicione como *custos legis* (art. 5º § 1º, da Lei 7.347/85), se de processo judicial se tratar.

O Ministério Público de 1988 não pode prescindir dessa reorganização institucional e cultural, não apenas pelo plexo de atribuições que lhe foram reservadas, mas porque suas

²⁸⁶COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, cit., p. 87.

²⁸⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 114.

funções vão além daquelas que se verifica nos estreitos limites da relação processual, para a subsunção do fato à norma. A conscientização dessa maneira de atuação e a concretização de meios e mecanismos o colocarão em compasso com as inter-relações existentes no meio social e que se espera da sua atuação.

Assim,

“A presença dos grupos de interesse afasta a ideia de uma sociedade atomizada, completando o molde liberal individualista de participação com a possibilidade permanente de ação coletiva, e trazem consigo importantes encargos, como os de coordenação, em meios sociais e abertos, e de legitimação de decisões políticas, pois, além de destinatários, são propulsores de influxos no processo criativo; sendo inerentes ao Estado Democrático de Direito, que, sob um dissenso consentido, reconhece a diversidade de valores, interesses e expectativas que se manifestam e concorrem na esfera pública.”²⁸⁸

24. Estrutura. Órgãos da administração superior. Procuradoria-geral da República. Procuradorias-gerais de Justiça. Colégio de Procuradores de Justiça. Órgão Especial. Conselho Superior do Ministério Público. Corregedoria-Geral do Ministério Público

O estudo da matéria atinente ao Ministério Público implica, necessariamente no conhecimento da sua estrutura organizacional.

Trata-se de saber que há órgãos situados no ápice da sua pirâmide administrativa, enquanto outros se subordinam e são colocados na base dessa estrutura.

Os órgãos da administração superior são os apontados no título do presente item, a saber: Procuradoria-Geral da República e Procuradorias-Gerais de Justiça; Conselho Superior do Ministério Público; Corregedoria-Geral do Ministério Público e o Colégio de Procuradores de Justiça podendo dele ser extraído grupo representativo, pela formação de um Órgão Especial.

24.1. Procuradoria-Geral

A Constituição Federal traça o arquétipo genérico da instituição ao prever a existência de um Procurador-Geral da República nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação do seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado, para mandato de dois anos, permitida

²⁸⁸ SANSON, Alexandre. Os grupos de pressão e a consecução de políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 127.

a recondução, que dirigirá o Ministério Público da União (composto pelo Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e Territórios), na forma do art. 128, I e § 1º, da CF.

A mesma fonte normativa no art. 128 § 3º, da CF estabelece a obrigatoriedade de haver Procuradores-Gerais para os Ministérios Públicos dos Estados, Distrito Federal e Territórios, dentre integrantes da carreira escolhidos em lista tríplice na forma da lei respectiva, nomeado pelo Chefe do Poder Executivo de cada ente político, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Enquanto para o Ministério Público da União é possível a recondução sem solução de continuidade, no plano estadual é prevista apenas uma.

É da Constituição que cada Ministério Público deve ter seu próprio estatuto, como efetivamente ocorre no país (art. 128 § 5º, da CF). A Lei Complementar nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 “Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências”; a Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993, “Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União”. Nos estados cada Ministério Público dispõe de estatuto próprio, cabendo destacar a Lei Complementar Estadual Paulista nº 734, de 26 de novembro de 1993, que “Institui a Lei Orgânica do Ministério Público e dá outras providências”; a Lei Complementar Estadual nº 106, de 03 de janeiro de 2003, que “Institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro e dá outras providências”; a Lei Complementar Estadual nº 08, de 18 de julho de 1983, que “Estabelece a Organização do Ministério Público do Acre e dá outras providências”²⁸⁹, e assim por diante.

O Procurador-Geral é sempre o chefe da instituição, nos ramos federais ou estaduais, a quem compete presentá-la. Essa representação se dá no plano administrativo ou processual, cabendo à lei discriminar as atribuições de cada integrante da organização, inclusive a do seu representante. Importante destacar que a Instituição não ostenta personalidade jurídica própria – é órgão da estrutura do Estado, mas está investida de

²⁸⁹Pelo Ato nº 05/11 o Procurador-Geral de Justiça constituiu comissão para elaboração da nova Lei Orgânica do Ministério Público do Acre, adotando-se como fundamento a necessidade de coerência, sistematização e adequação da legislação estadual à Constituição Federal de 1988. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE. Disponível em: <www.mp.ac.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2014.

personalidade processual.²⁹⁰ Nem seria razoável que não detivesse tal prerrogativa, pois, caso contrário seria facilmente aniquilado por outros interesses, inclusive os do Estado.

O Procurador-Geral da República é o chefe do Ministério da União, do Ministério Público Federal e do Ministério Público Eleitoral²⁹¹ (cf. arts.25, caput; 45 e 73, respectivamente, da LC nº 75/93); o Procurador-Geral do Ministério Público do Trabalho é o chefe do Ministério Público do Trabalho (cf. art. 87 da LC nº 75/93); o Procurador-Geral do Ministério Público Militar é o chefe do Ministério Público Militar (cf. art. 120 da LC nº 75/93); o Procurador-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios é o chefe do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (cf. art. 155 da LC nº 75/93) e os Procuradores-Gerais de Justiça são os chefes dos Ministérios Públicos de cada Estado da federação (art. 10, I da LC nº 8.625/93).

A unidade institucional sobressai da atuação eleitoral dos Promotores Estaduais. Uma vez designados para o exercício dessa função integrante das atribuições do Ministério Público Federal, cada Procurador Regional pode orientar a ação desses membros para o sucesso da delegação, pelos delegatários.

Do extenso rol de competências dos chefes das instituições estaduais é de se observar que o art. 10, IX, d, da LC nº 8.625/93 lhes confere atribuição para oferecer denúncia ou ação civil pública, quando o arquivamento proposto pelo respectivo integrante no inquérito policial, civil ou em peças de informação tenha sido rejeitado pelo próprio Procurador-Geral (art. 28, do CPP) ou pelo respectivo colegiado, órgão de controle interno (art. 9º, §§ 1º e 4º, da Lei 7.347/85).

No Ministério Público da União essa tarefa é reservada às Câmaras de Coordenação e Revisão, ao passo que nos Estaduais aos Conselhos Superiores. Exemplificativamente, no Ministério Público Federal esse colegiado é constituído por três membros integrantes da carreira, um indicado pelo Procurador-Geral da República e dois pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal, mais os suplentes, para mandato de dois anos por procuradores do último degrau da carreira, sempre que possível (art. 62, da LC 75/93).

²⁹⁰ZAVASCKI, Teori Albino. Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os Órgãos do Ministério Público. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 258. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 169-172.

²⁹¹“... não existe um Ministério Público Eleitoral, e sim só há funções eleitorais do Ministério Público Federal”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 513. É inescandível a necessidade de unicidade e integração institucional, diante da previsão do art. 10, IX, h da Lei nº 8.625/93, ao prever a possibilidade de designação de Promotores de Justiça Estaduais para o exercício das funções eleitorais perante Juízes e Juntas Eleitorais.

Segundo art. 62, IV dessa mesma espécie normativa compete a esse colegiado “manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do procurador-geral”.

A sistemática de se reservar a organismo superior a decisão nessas matérias pode ser debitada à unidade institucional e a reminiscências da hierarquia, ordinariamente frequente na administração em geral. Ao prever o plexo de atribuições a diversos órgãos internos, o legislador nada mais fez do que exercer seu poder legiferante, pois em que pese a independência funcional (item 14), há situações em que se faz necessário apurar a expressão da vontade do Ministério Público. Conforme aduz o Procurador de Justiça José Jesus Cazetta Júnior,

“Em tais hipóteses prevalece o último pronunciamento da própria Instituição, porque se trata de técnica especial para a formação da vontade institucional, que nesses casos é enunciada pelo órgão de segunda instância, sem que isto traduza, porém, uma relação propriamente hierárquica”.²⁹²

Nesse sistema de revisão das decisões dos integrantes da instituição se permite afirmar: 1) o legislador previu o controle dos atos institucionais sempre que um dos seus integrantes decidir não promover; 2) apesar da crítica doutrinária a esse sistema, para os inquéritos policiais o ato depende da não confirmação do arquivamento pela respectiva autoridade judiciária, para em seguida exigir decisão das Câmaras de Coordenação e Revisão ou do Procurador-Geral de Justiça; 3) para os inquéritos civis, inquéritos parlamentares e peças de informação a decisão do procurador ou promotor é complexa, pois depende da manifestação do colegiado competente (Conselho Superior ou Câmaras de Coordenação e Revisão) para homologar ou não o arquivamento.

O controle é mais eficiente quando o integrante da organização resolve encerrar a investigação, propondo o seu arquivamento. Se optar por prosseguir na investigação, oferecer recomendação ou demandar não há o mesmo cuidado para a realização do controle interno. Em ambas as situações é respeitada sua independência funcional. Mas, se o arquivamento for rejeitado, o Procurador-Geral demandará no seu lugar, ou seja, designará outro membro para, em seu nome, promover o exercício da atribuição da qual abriu mão. Ao contrário, o controle será *sine die*.

²⁹² CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional. In: ALVES, Airtton Buzzo et al. (Orgs.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 39.

É certo que a Procuradoria-Geral, na pessoa do Procurador-Geral, circunstancialmente ocupante desse cargo ostenta funções administrativas e processuais. Nesse último caso, ora atua como parte de seus próprios interesses quando o órgão se coloca diante de conflitos ou demandas ajuizadas em face ou pela própria organização. Também, quando atua em favor da sociedade como representante autorizado em lei nos interesses individuais indisponíveis e direitos de massa, como previsto pelo art. 29, da Lei Complementar nº 8.625/93.²⁹³

Não é demasiado lembrar que o Procurador-Geral, assim como os outros integrantes da organização também goza da garantia da independência funcional. Do mesmo modo, é preciso destacar que o exercício da Procuradoria-Geral, cujas funções são distribuídas entre inúmeros integrantes da organização na forma do art. 10, IX, *a* e *b* da mencionada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, exige o estabelecimento de uma linha de atuação, verificada na oferta de pareceres processuais, no ajuizamento de ações civis e penais da sua exclusiva atribuição, nos arquivamentos. É indesejável que dita autoridade infirme posicionamentos assumidos anteriormente, na esfera administrativa ou judicial, porque essa conduta estaria a revelar fragilidade institucional, cuja eficiência lhe é exigida pelo legislador constitucional.

Modificações de entendimento são possíveis e desejáveis frente à dinâmica dos fatos. Porém, se dita autoridade deseja uma organização minimamente racional e equânime deve zelar para que tais desvios não ocorram. Em complemento, a adequada compreensão, construção, solidificação e divulgação de posições auxiliará na atuação dos pares. É o que se está a chamar por lógica institucional. A independência funcional também deve obediência a ela, por ser inconcebível que cada integrante da organização construa sua própria política e maneira de atuação, sem se preocupar com os mesmos problemas de causa e efeito apresentados na mesa do colega ao lado.

Nesse sentido, também a linha de pensamento dos que defendem a construção do Ministério Público Europeu, cujos problemas e soluções devem ser compartilhadas entre os diversos estados soberanos participantes desse bloco econômico. Em dissertação de mestrado apresentada no curso de Ciências Jurídico-Criminais da Universidade de

²⁹³“Às atribuições que ao procurador-geral de Justiça foram cometidas no art. 10, soma outras o art. 29 da Lei n. 8.625/93, mais ligadas agora à atividade-fim da instituição”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 393.

Coimbra, sob a orientação da Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, Joana Amaral Rodrigues ponderou:

““Coordenar”, “cooperar” e “harmonizar” são palavras do presente e de um passado recente, que se abrem no futuro. Em síntese, “a globalização é hoje o novo paradigma da política à internacionalização do crime, urge responder com a internacionalização da política de combate ao crime””.²⁹⁴

24.2. Colégio de Procuradores

Trata-se de órgão colegiado constituído por todos os Procuradores integrantes da organização, dirigido e presidido pelo Procurador-Geral. Mas, segundo o art. 13 da LC 8.625/93 para colegiado superior a quarenta nomes poderá ser formado um órgão especial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

Possui importantes atribuições institucionais, operando coordenadamente com outros órgãos da administração superior.

Compete-lhe elaborar listas sêxtuplas para o encaminhamento ao Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, eleger os Subprocuradores-Gerais e quatro nomes para a composição do Conselho Superior, tal como se vê do art. 53 da LC nº 75/93 .

O Colégio de Procuradores de Justiça dos Ministérios Públicos Estaduais também ostentam importantes competências administrativas, tal como se vê do art. 12 e incisos da LC 8.625/93.

Hugo Mazzilli aponta que o legislador federal não previu que a função de rever o arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação criminais da competência originária do Procurador-Geral de Justiça também cabe ao colegiado, como típica função de execução. O art. 12, XI da LC 8.625/93, ainda que sob a vigência das Leis nºs 8.038/90 e 8.658/93 lhe confere essa atribuição se o legítimo interessado o requerer. A compreensão é a de que no exercício de prerrogativas executivas o órgão tem o poder de controlar o que ficou decidido pelo chefe da Instituição. Já o controle dos arquivamentos de inquérito civil foi reservado ao Conselho Superior, conforme dicção da Lei 7.347/85, por seu art. 9 e § 1º.²⁹⁵

Suas competências administrativas operam complementarmente a das funções de outros órgãos da administração, com o nítido propósito de extrair a vontade institucional,

²⁹⁴ RODRIGUES, Joana Amaral. *Um Ministério Público Europeu: algures entre o optimismo e a resistência?*, cit., p. 15.

²⁹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 298-310 e 396-397.

sempre decidida por maioria na forma da legislação correlata, pois será sempre órgão colegiado.

24.3. Conselho Superior

O Conselho Superior é outro órgão da administração superior, de fundamental importância, de atuação originária, integrada e complementar no organograma institucional.

Cada ramo do Ministério Público da União conta com o respectivo órgão, cuja competência foi expressamente fixada pela LC nº 75/93.

Nos ramos estaduais, sua composição e funções foram tratadas pelos arts. 14 e 15 da LC nº 8.625/93. Além do Procurador-Geral e do Corregedor-Geral seus membros natos (cf. art. 14, I), os demais conselheiros, necessariamente Procuradores de Justiça, serão escolhidos mediante voto dos seus pares, na forma do que for estabelecido pelas Leis Orgânicas Estaduais.

Há muito se discute no Ministério Público de São Paulo se é razoável restringir o acesso ao colegiado a apenas integrantes da segunda instância, os Procuradores, pois os Promotores de Justiça, tão ou mais experientes, teriam maturidade suficiente e contribuições a dar, caso fossem autorizados a ocupar as respectivas funções. A resposta me parece afirmativa, sobretudo depois da reforma previdenciária da EC 20/98 que passou a exigir de seus membros requisitos mais rigorosos para a aposentadoria, fazendo com que os optantes em seguir carreira em cidades do interior, sem augurar ascender ao cargo de Procurador de Justiça poderiam trazer importantes experiências para o colegiado, permitindo melhor integração e compreensão da realidade vivenciada no exercício do cargo de base da organização.

O exame de algumas das suas atribuições permite afirmar que a integração com os outros órgãos da administração superior deve conduzir à eficiência e segurança institucionais.

Ostenta atribuições administrativas e de execução.

Compete-lhe decidir sobre proposta do Corregedor-Geral de não vitaliciamento ou propô-la, se assim entender conveniente para que membro da Instituição em estágio probatório seja excluído do seu quadro funcional (cf. art. 17, III da LC nº 8.625/93). Com

isso, é possível buscar maior eficiência da administração, excluindo-se os que não se sujeitarem a respeitar regras mínimas de comportamento e de conduta funcionais.

Como exceção à garantia da inamovibilidade já estudada no item 7.2, a remoção compulsória ou a disponibilidade pode ser decidida por maioria absoluta (art. 128, § 5º, I, b da CF), sempre que o interesse público as recomendar. Esse interesse é definido pela doutrina especializada como “a aspiração de uma coletividade para a obtenção de um bem, de uma atividade ou de um serviço de fruição geral”.²⁹⁶ Observa-se não se tratar de sanção disciplinar, de decisão tomada em virtude de reprimenda a comportamento funcional. O móvel deve ser o interesse constituído por fatos que resguardecem o bom andamento dos serviços e do natural desempenho das funções institucionais. Em acórdão relatado pela Ministra Laurita Vaz, o tema foi assim enfrentado:

“2. Exsurge o interesse da Administração, na remoção de ofício, nos termos do art. 34, inciso I, da Lei Complementar nº 53/2001, em decorrência da deterioração da relação hierárquica entre o servidor e a chefe imediata, fato este amplamente noticiado nos autos pelas partes, de modo a resguardar o interesse público no bom e regular andamento dos serviços administrativos...”²⁹⁷

Da decisão, cabe recurso ao Colégio de Procuradores.

Ainda, com suporte nesse mesmo dispositivo legal, e como exemplo da imprescindível necessidade de cooperação intraorgânica a doutrina traz o exemplo do afastamento cautelar de membro que estiver sendo acusado em processo criminal ou disciplinar. Trata-se de medida de apoio para assegurar a regular tramitação da demanda em que se lhe o acusa de crime ou infração disciplinar.

O art. 14, X da Lei Orgânica Nacional também permite ao colegiado sugerir ao Procurador-Geral a expedição de recomendações, sem caráter vinculativo, aos órgãos do Ministério Público para o desempenho das suas funções e para aprimorar os serviços.

O caráter não vinculante dessas orientações está em sintonia com o princípio da independência, pois caso contrário se estaria sob regime da hierarquia, e, pois, da dependência funcional, como ocorre em vários exemplos já citados alhures de Ministérios Públicos europeus.

²⁹⁶MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., nota de rodapé à p. 119.

²⁹⁷STJ, RMS 25512/RR, 5ª Turma, j. em 06/12/2011, DJe 19/12/2011.

Não se pode, porém, deixar de considerar que se por um lado o integrante da organização deve ter formação e espírito crítico sobre as funções que realiza – não é possível deixar de observar o mandamento constitucional posto no art. 127, *caput* da CF, não pode prescindir da cooperação que lhes é devida pelos órgãos da administração superior, não apenas para o encontro da vontade institucional, mas também para o encaminhamento das melhores posições em benefício dos destinatários dos seus serviços.

Ou seja, existe espaço para a interdependência e atuação racional, sempre em busca da isonomia, da razoabilidade, legalidade e da eficiência, princípios aos quais a Instituição deve obediência.

Para não ficar apenas no plano teórico, lembro ação institucional coordenada pelo Centro de Apoio Cível do Ministério Público de São Paulo na década de 1990, para que os municípios do Estado adotassem medidas legislativas visando a eliminação de barreiras arquitetônicas e a inclusão das pessoas com deficiência. A recomendação contou com o apoio expressivo de parcela dos Promotores de Justiça que atuaram junto aos respectivos Prefeitos, para a mudança do ordenamento normativo local e permitir o rebaixamento de guias para a circulação de cadeirantes, como ocorreu na Comarca onde o autor exerceu as funções do seu cargo.

Medidas como essas vão ao encontro da ordem jurídica, ao interesse público e à imperatividade de se abrir outras portas para a solução das crises de direito material, flexibilizando o arraigado binômio cultura da sentença/cultura da pacificação.²⁹⁸

Mas, também há ações coletivas destinadas aos mesmos fins, nas quais se espera que o Judiciário decida sobre a conveniência, modo, tempo e multa em caso de recalcitrância, com o risco de se violar a separação de poderes (item 32). Foi o que ocorreu na comarca de Taipu, Rio Grande do Norte, onde o Ministério Público local ajuizou Ação Coletiva, cujo pedido principal ficou assim redigido:

“a) (...);

b) seja julgada a presente ação procedente, com a condenação do requerido na obrigação de fazer, consistente em proceder às devidas reformas e adaptações necessárias nos prédios das escolas municipais, na proporção de cinco escolas por ano, de modo que, no prazo máximo de 36 meses, estejam todas as obras concluídas, visando garantir o pleno acesso às referidas edificações, nos termos da legislação vigente, e seguindo as normas da NBR 9050/2004 da ABNT, proporcionando

²⁹⁸ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação, cit., p. 684-690. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 32-94.

condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aula, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários, sob pena de multa diária a ser cominada pessoalmente ao gestor no valor de um salário mínimo por dia de atraso na efetivação das medidas, até o valor limite de dois milhões de reais, devendo esta importância ser revertida para conta própria a ser criada por esse Juízo, destinada à reforma das escolas municipais de Taipu, ou para o Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos”.²⁹⁹

24.4. Corregedoria-Geral do Ministério Público

A Corregedoria-Geral do Ministério Público deve ser preenchida pelo Corregedor-Geral, necessariamente Procurador de Justiça a quem cabe ocupar, como membro nato, uma vaga no Colégio de Procuradores de Justiça (art. 16, parágrafo único da LC 8.625/93). Suas atribuições foram previstas pelo art. 17, dessa espécie normativa. Será assessorado por Promotores de Justiça da mais alta entrância, na forma do seu art. 18 e parágrafo único.

Apesar da crítica doutrinária endereçada a esse texto de lei³⁰⁰, verifico que o legislador quis dizer que o Corregedor, no exercício do cargo como tal, deverá integrar o colegiado, sem o qual seus integrantes não conseguiriam levar adiante suas atribuições institucionais, pois conforme se buscou demonstrar até agora há necessidade de integração e cooperação interna para o bom funcionamento da corporação.

Sustenta-se que a razão que levou a lei a exigir Procurador de Justiça para o exercício das funções do Corregedor repousa no fato de que ele se acha no ápice da pirâmide orgânica, e por esse motivo se sentiria mais à vontade para instaurar processo disciplinar contra seus pares, dentre os quais outros procuradores. Sem querer desviar o foco do presente estudo, não seria desarrazoado pensar que se o cargo de Procurador-Geral de Justiça pode ser ocupado por Promotor de Justiça, como ocorre em vários estados da federação porque a Lei Orgânica Nacional não o impede (cf. art. 9º, *caput*, da LC 8.625/93), por idêntica razão o de Corregedor-Geral também o poderia, sempre mediante o preenchimento de adequados requisitos, como idade, tempo de carreira, entrância, número e período do mandato a ser exercido. Até porque, a exemplo do que prevê o art. 10, XI do

²⁹⁹ Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Disponível em: <www.mprn.mp.br/file/acessibilidade>. Acesso em: 04 out. 2014.

³⁰⁰ “Sendo o Corregedor-Geral necessariamente um Procurador de Justiça, é possível concluir que o parágrafo único do art. 16, ao estatuir ser ele membro nato do Colégio de Procuradores de Justiça, terminou por excepcionar a regra de que a lei não contém palavras inúteis”. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*, cit., p. 223.

mesmo ato normativo ao Procurador-Geral cabe aplicar as sanções administrativas a seus pares.

Como órgão encarregado em orientar e fiscalizar a atuação social e funcional dos promotores, o controle interno deve ter por escopo o aperfeiçoamento da atuação dos integrantes da organização, em primeira e em segunda instância. Tem a possibilidade de instaurar processos administrativos para perseguir os objetivos da Instituição, sendo importante interlocutor entre o cidadão e o membro, cuja atuação contrária à ordem jurídica pode ser sindicada. É destinatário das provocações vindas de outros órgãos internos, na forma do art. 17, V, da Lei Orgânica Nacional.

A Corregedoria-Geral também pode expedir recomendações não vinculantes aos órgãos sob sua fiscalização – Promotores e Procuradores de Justiça (o Procurador-Geral é fiscalizado pelo Colégio de Procuradores)³⁰¹, sempre sob o entendimento de que a independência funcional não pode ser ofuscada, e por isso não tem caráter normativo.

Mesmo sob o sistema da dependência hierárquica vigente no Ministério Público Português, o correspondente Estatuto, por seu art. 79 da Lei nº 47, de 15 de outubro de 1986, prevê limites aos poderes institucionais, sempre que o superior hierárquico expedir diretivas, ordens e instruções contrárias à lei e à consciência jurídica dos procuradores subalternos.

As recomendações dos órgãos superiores do Ministério Público que trouxerem o qualificativo da legalidade e da conformidade à ordem jurídica não podem ser descumpridas, ainda que se alegue haver independência para tanto. O fundamento para essa conclusão se acha na própria Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, das quais não é possível se afastar. Se o seu conteúdo atender ao ordenamento jurídico, creio não ser possível sua inobservância, sob pena de falta funcional (art. 169, *caput*, da LCESP 734/93), exceto se, fundamentadamente, existir outra via identicamente legal.³⁰²

Embora o tema seja objeto de estudo no capítulo IV, importante lembrar que, tanto o art. 6º, XX da LC 75/93, como o art. 113, § 1º da LCE 734/93 do Ministério Público de

³⁰¹Cf. art. 17, II, V, VII, VIII da LC 8.625/93.

³⁰²“Se, dentro dos limites da independência funcional, o agente do Ministério Público escolhe entre caminhos igualmente válidos, sem violar dever funcional algum, ninguém pode censurá-lo, ainda que ele escolha o caminho que o CNMP, o Corregedor-Geral, o chefe da Instituição ou até mesmo a maioria dos membros da Instituição não escolheriam. Agindo dentro dos limites da lei, sua decisão deve ser respeitada”. MAZZILLI, Hugo Nigro. Limites da autonomia e independência funcionais. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel (Coords.). *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2013. p. 255.

São Paulo facultam ao integrante da instituição expedir recomendações “visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover”.³⁰³ Ao se utilizar desse instrumento para determinada conformação é de se esperar que o seu destinatário a cumpra, pois:

“vai ligada à competência outorgada ao MP para expedição de recomendações, por intermédio das quais o agente ministerial recomenda a tomada das providências, tidas pelo Ministério Público como necessárias ao resguardo do interesse por ele tutelado”.³⁰⁴

Assim como a independência funcional, outros princípios de idêntica envergadura foram inscritos na lei fundamental, como a isonomia, a legalidade e a eficiência (arts. 5º, *caput* e 37, *caput* da CF, respectivamente), cuja observância também é obrigatória. Ao examinar o devido processo legal substancial a doutrina assinala que a norma constitucional tem que ser interpretada em conformidade com outra da mesma qualidade, de maneira a haver uma “concordância prática”. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação de interesses se prestará à harmonização desses valores. Portanto, “é princípio que orienta a hermenêutica constitucional, procurando estabelecer um iter procedimental lógico e seguro na tomada de uma decisão, de modo a que se alcance a justiça do caso concreto”.³⁰⁵

Desse modo, se a recomendação dos órgãos superiores trouxerem a carga jurídico-normativa para a qual o integrante da organização está compelido a cumprir, não poderá dela se afastar, pois nesse caso estará operando *contra legem*.

Essa coordenação na interpretação de princípios constitucionais é imprescindível e servirá de parâmetro para o sistema de freios e contrapesos que deve iluminar todos os órgãos e ações, uns para com os outros.

25. Órgãos de execução. Procuradores e Promotores de Justiça

As Procuradorias e as Promotorias de Justiça possuem atribuições administrativas, enquanto aos Procuradores e Promotores são conferidas funções de execução. Esses

³⁰³ Art. 15, da Resolução CNMP nº 23.

³⁰⁴ PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*, cit., p. 170.

³⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 55-57.

últimos é que gozam das garantias institucionais da organização e não aquelas (Capítulo II).³⁰⁶

Os poderes de administração são ínsitos aos encargos atribuídos à Administração Pública, e em última análise aos seus agentes. Devem estar em conformidade com o interesse público e representam verdadeiras ferramentas de trabalho para a consecução das tarefas administrativas entregues a determinado setor administrativo.³⁰⁷

Como instrumento, é possível afirmar que a atuação administrativa é meio para a consecução dos fins institucionais da corporação.

Como órgãos encarregados de concretizar os escopos propostos pelo legislador constitucional e infraconstitucional, a eles cabem promover em juízo e fora dele.

25.1. Procuradores de Justiça

As funções administrativas das Procuradorias foram previstas pelos arts. 19 e seguintes da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

São dignos de nota o § 2º do art. 19 e o art. 20, segundo os quais os Procuradores devem implementar medidas tendentes a fortalecer a unidade com os integrantes da organização que trabalham em primeira instância, os Promotores. Para tanto, não só exercem inspeção permanente sobre eles para fins de encaminhamento ao Corregedor-Geral³⁰⁸, mas também podem se reunir para a definição de orientações jurídicas e sugerir ao Procurador-Geral que expeça recomendações sem caráter vinculativo aos demais membros, em determinado tema de interesse naquele momento histórico.

O mecanismo vai de encontro à racionalização e otimização ora propostas, mas pode ser absorvida pelo excesso de trabalho e por aqueles que resistem em atuar em rede, ao menos em assuntos reiterados e que estão a exigir o mesmo tratamento, assim como uniformidade jurisprudencial.

É imperiosa a aproximação e o diálogo entre a primeira e a segunda instância (incluídos os órgãos superiores), no intuito de se construir um plano de atuação conjunta,

³⁰⁶MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 390.

³⁰⁷MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 118.

³⁰⁸Poderá se resumir ao mérito ou ao demérito do integrante da corporação. Remeto o leitor ao art. 42, § 1º, c e § 2º da LC 734/93 do Ministério Público de São Paulo.

inclusive para permitir a escalada dos recursos excepcionais e viabilizar o posicionamento dos tribunais superiores.³⁰⁹

Esse plano atende não apenas feitos que se resolverão na fase administrativa – com a apreciação dos conflitos de atribuição, indeferimentos de representação, homologação de ajustamentos de conduta, recomendações, mas também em juízo, no processo judicial.

Todos os Procuradores integrantes de uma Procuradoria possuem as mesmas atribuições. O sistema de atribuição, previamente definido é que os habilitará a participar da relação jurídica processual em que o Ministério Público estiver funcionando como parte ou fiscal da lei (capítulos V e VI).

Com a clara preocupação em não se distanciar da planta criada pelo constituinte, Hugo Nigro Mazzilli destaca que a par da gestão é preciso que Promotorias e Procuradorias assegurem o Princípio do Promotor Natural, ou seja, “a existência de um órgão independente do Ministério Público, que possa exercer as atribuições que a lei conferiu à instituição, escolhido sempre por prévios critérios legais e não casuisticamente”.³¹⁰ Sobre o tema remeto o leitor ao Capítulo II, item 15.

Além das funções de administração dos serviços das Procuradorias, em decorrência de alguma descentralização recebida e autorizada por lei³¹¹, os Procuradores desempenham funções de execução, ou seja, as que os ligam a uma situação da vida discutida em um processo e que será baseada em fatos, direitos ou ambos, deles se exigindo a tomada de posição, como elemento colaborador para o alcance dos escopos do processo: social (pacificação e educação), político e jurídico.

Ouvem-se diversas críticas ao *modus operandi* das Procuradorias de Justiça, algumas das quais foram apontadas pela doutrina, para quem:

“Em termos práticos, a realidade forense tem mostrado que os procuradores, no mais das vezes, limitam-se a: a) proferir pareceres em casa, na fase recursal dos feitos em que haja obrigatoriedade da intervenção ministerial, qual verdadeira assessoria jurídica aos tribunais, em processos que vêm ao Ministério Público com vista ao procurador-geral; b) propor raras ações, como, v.g. uma rescisória de iniciativa do Ministério Público, desde que com designação do procurador-geral; c)

³⁰⁹“E ainda, contribuirá para a maior concreção do princípio da isonomia, viabilizando a formação de entendimentos uniformes sempre que estiverem presentes os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos que autorizem a sua incidência, o que evitará a multiplicação de entendimentos contrapostos e aumentará a segurança jurídica dos próprios jurisdicionados”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 229.

³¹⁰MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 389.

³¹¹“Detêm poucas funções administrativas, nenhuma delas comungando de autonomia administrativa ou funcional”. Id. Ibid., p. 388.

interpor alguns poucos recursos especiais ou extraordinários, se encampados pelo procurador-geral de Justiça; d) nos casos mais relevantes, fazer sustentações orais junto às câmaras, apenas se para tanto designados pelos procuradores-gerais; e) dirigir algumas coordenadorias ou centros de apoio operacional, sob escolha de confiança do procurador-geral; f) participar da vida política da instituição (concorrendo a cargos da administração superior)".³¹²

A assertiva funda-se no entendimento de que se faz necessário descentralizar algumas funções exercidas pelo Procurador-Geral mediante modificação legislativa e o consequente aumento de competências dos Procuradores de Justiça. Como fundamento dessa proposta aponta a necessidade de se aperfeiçoar a tutela dos interesses que a Constituição cometeu à Instituição na sua segunda instância, vendo na concentração de poderes e na forma de investidura do seu chefe o inconveniente de se afastar do interesse público e de se aproximar dos interesses do governo ou dos administradores, situação vedada pelo legislador constitucional de 1988.³¹³

A reconfiguração da segunda instância parece fundamental para o aperfeiçoamento institucional.

Quanto mais se conseguir envolver os que promovem em segundo grau, maior racionalização se verificará.

Não faz sentido haver um modelo para a primeira instância e outro para a segunda, especialmente porque a resolução do mérito da demanda apenas se verificará com o encerramento da fase de cognição.

³¹²MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 400.

³¹³Como órgãos agentes, na esfera criminal os Procuradores de Justiça passariam a ter, as seguintes atribuições: "a) propor ou officiar nas ações penais de competência originária dos tribunais (contra prefeitos, juízes, secretários de Estado), já que, para minimizar as influências políticas, não deve o procurador-geral de Justiça absorver todos esses feitos, alguns dos quais sequer precisam ser necessariamente da competência dos plenários dos tribunais; b) trabalhar em equipes ou procuradorias especializadas, desde que com cargos criados em lei e com atribuições previamente definidas (v. g., equipes para propor ou officiar em habeas corpus, mandados de segurança criminais, revisões criminais que a lei ordinária permita); na esfera cível: a) propor ações civis públicas nas quais, por critérios legais, seja conveniente ao interesse público uma atuação abrangente da instituição, como, por exemplo, na proteção do meio ambiente ou ao consumidor, ou ainda naquelas referentes a outros interesses difusos ou coletivos que abranjam mais de uma comarca ou até todo o Estado; b) ação declaratória de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal; c) ações rescisórias etc." Como órgãos intervenientes, nas demandas civis e criminais a legislação local poderia atribuir aos Procuradores participação ativa nos julgamentos realizados pelo Tribunal de Justiça, não apenas através de pareceres, mas com sua presença e sustentação oral na sessão de julgamento. O mesmo autor ainda sugere a criação de outras e novas funções a tais agentes, como as que teriam em caso de demanda ajuizada em face de autoridades estaduais ou regionais; de ombudsman em que passaria a atuar em razão de omissões verificadas nos serviços públicos regionais ou a todo o Estado; para investigações civis e criminais em situações assemelhadas. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 402-403.

O Promotor de Justiça deve assistir a todas as fases e atos do processo. O Procurador de Justiça não precisa estar presente nas sessões de julgamento dos processos em que funcionou como parecerista. Em primeiro grau, o Ministério Público pode fomentar mecanismos para a solução alternativa dos conflitos, como se verá adiante. Em segunda instância não se verifica idêntica iniciativa.

Não há porque distinguir o papel dos que atuam em primeiro grau junto aos juízes de primeira instância, da dos Procuradores que exercem suas funções em segundo grau perante os tribunais de segunda instância.

Para Antonio Cláudio da Costa Machado não há razão para que se altere o posicionamento dos que atuam na procuradoria porque o processo passou a uma nova fase procedimental, a do julgamento do recurso. Nessa esteira, se o Ministério Público é autor ou *custos legis*³¹⁴, essa situação se protrairá até julgamento final, pois a *ratio* da sua intervenção é a defesa do interesse público ou interesse indisponível.³¹⁵

Nessa linha de raciocínio, Sérgio Nogueira de Azeredo, Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro ao tratar do comportamento da Instituição na fase do recurso propõe que se dinamize o ofício dos seus membros, impedindo a duplicidade de manifestações, exceto quando para o desempenho da função jurisdicional sobre determinado tema, o órgão de primeiro grau seja chamado a atuar. Caso contrário, a manifestação de mérito já oferecida na fase do conhecimento será suficiente para orientar o procurador em segundo grau, a quem competirá prosseguir na promoção do interesse público, subjacente aos interesses individuais indisponíveis, coletivos, difusos e sociais.³¹⁶

Para a melhor compreensão dos escopos do processo, é preciso entender que a ciência processual vai além da sua função jurídica, como entendiam Chiovenda e Carnelutti até meados do século passado. Para esses processualistas italianos a jurisdição

³¹⁴“Essa expressão latina deve ser entendida, literalmente, como ‘guarda’, ‘guardião’, ‘guardiã’, ‘defensor’, ‘protetor’ da lei. É de uso generalizado, entre nós, a ideia de fiscal da lei, o que não apresenta qualquer contrariedade com as traduções identificadas. (...) Trata-se daqueles casos em que a lei prevê a intervenção do Ministério Público para atuar de forma reconhecidamente desvinculada do interesse individual, subjetivado, trazido ao processo. De uma forma, para nos valermos de um só palavra, imparcial. Para empregarmos outra, que nos parece bastante reveladora de muitas informações úteis para o desenvolvimento do nosso trabalho: uma atuação que transcende o interesse subjetivado, próprio, de cada uma das partes que estão na relação processual perante o Estado-juiz”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 372.

³¹⁵MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, cit., p. 599-602.

³¹⁶Da controvérsia quanto à apresentação de parecer recursal pelo Promotor de Justiça, in ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (AMPERJ). Disponível em: <www.amperj.org.br/artigos>. Acesso em: 12 out. 2014.

tinha por fim a atuação concreta da lei material, vedado ao julgador a criação do direito, o que se acabou revelando posteriormente com a função dos precedentes (Chiovenda). Para o outro autor, a fórmula disuasiva para a composição da lide era a sentença, pois operava como verdadeira obra de acabamento para sua superação.³¹⁷

Da revisitação dessas duas teorias surge a necessidade de se buscarem os escopos do processo civil, lançando sobre eles a necessidade de se conjugarem elementos fundamentais para a aplicação dos princípios, regras e modo de ser dessa ciência, qual seja, processo e paz social como instrumento de pacificação ou escopo social. Com isso, abandonam-se métodos exclusivamente jurídicos para transformá-lo em meio e não em um fim em si mesmo. Daí o fortalecimento dos mecanismos alternativos para a solução de conflitos, como a via pacificadora.

Nessa mesma trilha social, o posicionamento do Judiciário frente aos conflitos submetidos ao seu conhecimento e decisão também servirá como importante parâmetro de aferição daqueles que desejam se portar conforme o direito e o justo.

A teoria também se apoia em fundamentos políticos, segundo os quais a busca pela estabilidade das instituições, segundo a qual se espera dos órgãos públicos se conduzam segundo padrões predeterminados, jurídicos e éticos e a possibilidade de participação dos cidadãos nos assuntos do Estado, mediante instrumentos abertos às minorias, como a ação popular e a ação direta de inconstitucionalidade. A eles, é de se agregar os instrumentos de salvaguarda das liberdades públicas na tutela dos direitos de primeira geração.

Por fim, os escopos jurídicos conduzirão o julgador a valorar o fato segundo o direito substancial, reconhecendo que sua atividade submete-se a algo que precede a decisão judicial, cabendo-lhe atuar a vontade concreta da lei – teoria dualista do ordenamento jurídico.³¹⁸

³¹⁷“A sentença, em geral, é a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou a existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Livr. Acadêmica – Saraiva, 1942. v. 1, p. 232. “Se observa a tal fin que el juicio pronunciado por el juez interviene para resolver el disentiimiento entre las partes: la hipótesis del litigio de pretensión discutida ..., que requiere la jurisdicción ..., se identifica precisamente por las cuestiones ... sobre las que opera el juez declarando su opinión” (“Se observa que o juízo prolatado pelo juiz intervém para resolver o conflito entre as partes: a hipótese do litígio da pretensão discutida..., que exige a jurisdição..., se identifica precisamente pelas questões... sobre as que opera o juiz ao declarar sua opinião”). CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de derecho procesal civil*, cit., p. 316-317.

³¹⁸“Nos últimos tempos, vem ganhando força a convicção do poder que o juiz tem de adaptar seus julgamentos às realidades sociais, políticas e econômicas que circundam os litígios postos em juízo – e

Os fins acolhidos pela ciência processual devem operar como elemento catalisador para os integrantes da organização, de quem se espera a necessária compreensão e envolvimento na busca de soluções que previnam ou corrijam as crises de direito material, com suporte em princípios, meios e metas a atingir.

É intuitivo que as ações devem ser integradas, e até acredito que muitos dos seus membros assim desejam e até mesmo as realizam.

Não basta que um grupo de procuradores se proponha a agir em rede, busque soluções com base no conhecimento, experiências e sucesso das suas ações para os desafios e problemas comuns. É necessário que esse movimento alcance todos os membros da organização, atuantes nas mesmas causas.

Assim como no plano jurisdicional, a aplicação do direito ao caso concreto vem se movimentando há anos para a criação de *standards* para o julgamento das causas repetitivas em especial na Justiça Federal, mas também na Justiça Estadual. Na esfera extrajudicial, em que os integrantes da Instituição se acham, apesar de integrarem o sistema da justiça com outros importantes protagonistas (refiro-me à Advocacia Pública, Privada e à Defensoria Pública), não pode ser diferente.

A necessidade de se firmarem posições internas, a exemplo das Súmulas de entendimento criadas pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, são importantes vetores de orientação para o deslinde dos conflitos que chegam ao conhecimento e que impõem posicionamento e decisão.

Esse movimento não deve implicar na imposição, a exemplo do que sucede nos regimes autoritários em que a obrigatoriedade de se seguirem precedentes atende a interesses escusos e de poder.

A *contrario sensu*, quando o sistema convive com o acesso à ordem jurídica justa no Estado de Direito a jurisprudência se transforma em importante instrumento de trabalho para todos os seguimentos do Sistema da Justiça, pois:

“a) opera como uma segura diretriz para o Poder Judiciário, funcionando como importante subsídio para a subsunção dos fatos ao Direito, na medida em que sinaliza a interpretação predominante em casos análogos;

cresce com isso a impressão de que a sentença criasse o direito do caso concreto ao inovar em relação aos julgados anteriores e aos próprios textos legais. Mera ilusão. Se isso fosse verdade, aberto estaria o caminho para o arbítrio, numa verdadeira *ditadura judiciária* em que cada juiz teria a liberdade de instituir normas segundo suas preferências pessoais. Tal seria de absoluta incompatibilidade com as premissas do *due process of law* e do Estado-de-direito, em que a legalidade racional e bem compreendida vale como penhor das liberdades e da segurança das pessoas”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 125-136.

b) contribui para a consecução da ordem jurídica justa, ou isonômica, ensejando que casos semelhantes recebam respostas judiciais qualitativamente uniformes; c) complementa a formação da convicção do magistrado, seja atuando como fator de atualização do Direito Positivo, seja como elemento moderador entre o fato e a *fria letra da lei*".³¹⁹

A reorganização institucional, nos parâmetros conformadores do Ministério Público de 1988, está a exigir sua integração e interdependência, ainda inexistente nos Ministérios Públicos do Brasil (considerados os seus diversos ramos, cada qual com atribuições próprias). Tais medidas lhe assegurarão se desincumbir adequadamente das missões constitucionais que lhe foram reservadas pelo legislador constitucional.³²⁰

25.2. Promotores de Justiça³²¹

As Promotorias de Justiça foram previstas nos arts. 23 e 24 da LC 8.625/93.

Com atribuições de administração muito limitadas, a Promotoria deve ter por fim organizar seus serviços para a concretização das finalidades institucionais, conforme já estudado (Capítulo I). Seus integrantes podem se reunir periodicamente (a cada mês, por exemplo, como ocorre em São Paulo por força do art. 47, V da LC 734/93), discutem temas organizacionais e institucionais que os afetam, de maneira que a organização interna levará em conta a congregação dos órgãos de execução, como importante meio de integração e persecução dos interesses comuns. A partir disso, os órgãos de cúpula terão conhecimento de suas necessidades e aspirações, cabendo ou não o seu acatamento.

Interessante destacar que segundo o art. 23 § 1º dessa mesma espécie normativa as Promotorias podem ser judiciais e extrajudiciais.³²²

³¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 48-49.

³²⁰ "... de uma efetiva configuração dos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional depende a realização das incumbências de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis; e, via de consequência, das funções correspondentes a este núcleo essencial que constitui a natureza do Ministério Público no Brasil". ALMEIDA, Fernanda Leão de. *A garantia institucional do Ministério Público em função da proteção dos direitos humanos*, cit., p. 251.

³²¹ A denominação promotor de Justiça, uniformizada no País a partir da Lei Complementar n. 40/81, tem tradição nas Ordenações Manuais. Na atual Constituição, acolheu-se a denominação 'Promotor de Justiça'. Entretanto, a denominação promotor público ainda é bastante difundida, sendo por nós preferida, por ligar a essência da função à prestação de misteres ao povo, enquanto a denominação legal induz à ideia incompleta de prestação de atividade junto à distribuição de Justiça". MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 404.

³²² DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 127-128.

Significa que no organograma da Instituição é possível que alguns sejam incumbidos de atuar em momento diverso à formação da relação processual angular, que se dá inicialmente entre o autor e o juiz após a distribuição da demanda, quando se examinam os pressupostos da inicial (art. 284 do CPC). O processo “instaura-se com a inicial, pela qual o autor solicita do órgão jurisdicional a declaração da vontade da lei contra ou em relação a alguém (o réu)”.³²³

Os Promotores recebem atribuições extrajudiciais e judiciais para o cumprimento do mister dos seus cargos. Mais do que nunca, as primeiras permitem que se alcance solução mais rápida para os conflitos reclamados pelos interessados, sem a necessidade de se socorrer ao Estado-Juiz para tanto.

Geralmente, tais funções são acumuladas em um mesmo cargo, de maneira que ao mesmo tempo em que o seu integrante tem a função de procurar a justa composição da lide, também pode exercer o direito público de ação para que o Judiciário certifique o direito aplicável à determinada crise de direito material.³²⁴

Como exemplo da atuação extrajudicial indica-se o inquérito civil, instrumento da competência administrativa do Ministério Público (Capítulo IV); a apresentação do adolescente infrator ao Promotor de Justiça para que ele adote algumas das medidas do art. 180 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); a proteção da pessoa idosa que estiver em situação de risco social, conforme autoriza o art. 45 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Digna de nota a criação do setor de mediação na Promotoria de Justiça Cível de Santo Amaro, com atribuição na zona sul da Capital de São Paulo, com o escopo de buscar a pacificação na esfera administrativa.

Em evento comemorativo dos dez anos do Estatuto do Idoso, o Projeto de Mediação para Idosos foi apresentado na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo a setores públicos e privados, dentre os quais outros promotores com atribuição na mesma área.

³²³SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 277-279; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, cit., p. 290-293; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 3, p. 8-10.

³²⁴PASSOS, José Joaquim Calmon de. op. cit., p. 182.

Com início em 01 de abril de 2011, o trabalho extrajudicial se apresenta como importante e interessante ferramenta de eliminação dos conflitos, sobretudo intrafamiliares, quando ocorre o abandono da pessoa idosa, em uma fase da vida em que ela mais precisa de amparo ou até mesmo de amor, mas por desconhecimento, desavença entre os filhos e até mesmo por contarem com outros afazeres, suas necessidades deixam de ser atendidas.

Com a mediação, aqui entendida no contexto geral de acesso à ordem jurídica justa pelo Ministério Público, reafirma-se a ideia do eficiente ou adequado tratamento das controvérsias.³²⁵ Em virtude disso, as responsáveis pelo Setor de Mediação da Promotoria de Justiça de Santo Amaro (mediadoras e promotoras) testemunharam que:

“Após um ano de Projeto, constatamos que os combinados que surgem com a intervenção da mediação têm maior condição de se sustentar ao longo do tempo na medida em que as soluções encontradas foram construídas colaborativamente por todos os envolvidos. Em alguns casos, observamos uma mudança relacional dos familiares no sentido do fortalecimento de seus laços e a capacitação dos mesmos para a resolução de suas diferenças”.³²⁶

Em 2009, após diversas reuniões realizadas pelos Grupos de Estudos dos Membros do Ministério Público de São Paulo, uma das propostas finais indicadas sobre as novas formas de organização institucional foi a de uma atuação focada na solução extrajudicial dos conflitos. Não se pode deixar de lembrar a experiência da Promotoria Comunitária³²⁷, ferramenta de fundamental importância para a aproximação entre integrantes da Instituição e a comunidade. Nesse caso, a atuação favorecerá o controle social sobre os representantes do Ministério Público, possibilitando o realinhamento dos trabalhos da Promotoria com base nas demandas da comunidade.³²⁸

O fortalecimento desses métodos de trabalho vem ao encontro às manifestações doutrinárias e ao próprio Código de Processo Civil projetado, no qual se reforça a necessidade de haver outras e novas portas ou vias não apenas para a pacificação

³²⁵TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 32.

³²⁶MARTINS, Alessandra Negrão Elias; LEIFERT, Maria Gabriela Mantaut; PEREIRA, Mônica Lodder de Oliveira. *Mediação para idosos em situação de risco*. Trabalho realizado no Ministério Público. *Nova Perspectiva Sistêmica*, ano 21, n. 44, dez. 2012.

³²⁷“A Promotoria Comunitária tem como objetivos a implementação de políticas públicas pelos órgãos governamentais, maior atuação na prevenção e redução da criminalidade, atuação em parceria com entidades sociais e públicas, formação de liderança comunitária, capacitação e orientação jurídica e de cidadania de agentes sociais e outras ações para a melhoria da qualidade de vida da população”. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza et al. *Promotoria Comunitária no Juri de Santo Amaro: seu surgimento, situação e perspectivas*. *Justitia*, São Paulo, v. 198, p. 2-9, jan./jun. 2008.

³²⁸Id. *Ibid.*, p. 340.

(composição), visando acelerar a prestação jurisdicional, mas também para a prevenção das crises de direito material, que podem se apresentar atomizadas ou molecularizadas.

Vejo um princípio de consciência institucional de que a eliminação das crises não prescinde apenas da atuação na fase extrajudicial.

A par da louvável iniciativa de Santo Amaro, baseada no esforço, no preparo e em um verdadeiro pioneirismo individual, a experiência deveria triunfar entre as inúmeras promotorias do Estado, cujos conflitos surgidos no cotidiano estariam a ensejar idêntico tratamento extrajudicial. Ao contrário, a desintegração baseada na independência, a ausência de unidade funcional (item 11) ou a falta de meios contribui para que o público não seja tratado em igualdade de condições.

Por isso, espera-se que os órgãos superiores dotem as Promotorias e as Procuradorias de meios suficientes e eficientes nesse caminho, fundamentalmente importantes para desafogar o Judiciário e buscar estabelecer trilhas possíveis para o manejo dos conflitos sociais e de interesse público.³²⁹

Muito embora me pareça importante reforçar a existência de novas fronteiras e a adoção de outros caminhos para a eliminação das crises, com o fortalecimento das funções extrajudiciais, ocorrerá que o promotor de justiça recorra ao Estado-juiz para o cumprimento da lei. Os crimes de ação penal pública incondicionada (em que se prescinde da manifestação da vítima para se instaurar a ação penal através da denúncia); o reconhecimento e a imposição das sanções por improbidade administrativa; a interdição do incapaz; a aplicação de medidas socioeducativas aos adolescentes infratores são exemplos de situações em que não se prescinde da manifestação jurisdicional.

Nessa esteira, os promotores de justiça têm ao seu dispor, mediante autorização legislativa, de todos os meios lícitos a eles dispostos para se desincumbirem dos misteres do cargo, dentre os quais se incluem o *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, Agravo por Instrumento, Correição Parcial. Embora sejam instrumentos jurídico-processuais da competência dos tribunais, a lei lhes deferiu a possibilidade de irem diretamente à segunda

³²⁹“Os conflitos de interesse público ou estratégicos são os que se destinam à implementação de direitos fundamentais coletivos, implicando colocar em debate a atuação de grandes instituições ou serviços públicos – como sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, instituições e organismos destinados à saúde pública, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana. Derivam daí os litígios de interesse público, desenvolvidos a partir da década dos '50' do século passado no direito norte-americano”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*. Trabalho apresentado nas Jornadas de Direito Processual, em Campos do Jordão, 2014. p. 17.

instância e promovê-los, para o exercício pleno das funções institucionais (art. 32, I da Lei 8.625/93), cabendo aos Procuradores oficiarem em segundo grau, na sequência.

No sistema vigente, cada integrante da organização decide o que deve fazer desde que esteja amparado por lei.

Ainda que a doutrina majoritária insista nesse modelo, volto a insistir ser fundamental apurar a vontade institucional, com a abertura contínua de debates locais, regionais, estaduais e até mesmo nacionais para se descortinar a melhor estratégia em determinada matéria ou assunto específico.

A autonomia do membro é inquestionável, até porque se deve instigar sua criatividade e prestigiar seu preparo. No entanto, o incremento das relações interpessoais; a constante exigência prestacional dos direitos sociais e a complexidade dos conflitos de interesse público sugerem a exata compreensão das questões necessárias para a composição ou o julgamento, em juízo ou fora dele.

Há quem refute os planos e programas gerais de atuação da lei complementar paulista dos arts. 97 e seguintes da LC 734/93, sob o fundamento de que o perfil constitucional do Ministério Público os repelem. Acresce-se que por se constituir em órgão independente de Instituição autônoma não faz sentido que o membro da organização os acolha, em detrimento do ordenamento jurídico ao qual deve obediência. Conclui que as prioridades são as da lei, não as dos planos.³³⁰

Com o acatado respeito, é tempo de avançar para aperfeiçoar.

Tais planos mostram-se interessantes, na medida em que se consiga incluir na sua discussão os membros da instituição. Do contrário, eles se transformarão em peças de mera exposição.

Dentre os inúmeros tópicos que tais programas podem conter, se a organização entender que o momento sugere a implantação de Setores de Mediação em cada região ou promotoria, como ocorre em Santo Amaro, ainda que cada integrante possa se socorrer da independência para dirigir o processo administrativo segundo sua consciência e a lei, é certo que os benefícios a serem auferidos dessa nova sistemática também passarão a fazer parte da sua esfera de interesses.

³³⁰MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 390-391.

A definição de teses para conflitos antigos não solucionados, como ocorre com a ocupação irregular das áreas de mananciais ou com o adensamento de parcela da população em áreas de risco, com a formação de verdadeiras cidades – comunidades ou favelas - sem a infraestrutura adequada é outro ponto a ser resolvido.

Todos esses conflitos são acompanhados por importante difusão de subconflitos, não sendo crível que em determinada parte do Estado ou do País se possa dirimi-los em detrimento da isonomia.

Frise-se que o cumprimento da igualdade não se resume exclusivamente à previsão da lei; mais do que isso espera-se a prática da isonomia material, transformada em benefícios àqueles que se encontram nas mesmas condições. Destaca a doutrina que os direitos fundamentais em espécie foram propositalmente inseridos no diploma fundamental logo após a inserção genérica do princípio da igualdade (art. 5º, da CF), pois “o pressuposto básico é o de que esses direitos são sempre reconhecidos a todos, em igualdade de condições; nunca, pois, a alguns apenas, ou a uns mais do que a outros”.³³¹

Embora a independência guarde relação direta com a ordem jurídica, deve haver equilíbrio entre os vários direitos fundamentais traçados na Constituição, sobre os quais a vontade institucional se mostra imprescindível.

Por conseguinte, a exemplo do que também sustenta outra corrente doutrinária, o balizamento da independência funcional instrumentaliza a busca pelos escopos institucionais, segundo a Constituição e as leis. O que não se pode admitir é que interesses estranhos a tais escopos impeçam que a organização seja o que o constituinte lhe planejou: órgão autônomo dos demais poderes do Estado.³³²

Em agravo a essa linha de entendimento, há também quem sustente a injuridicidade/ilegalidade da atuação extrajudicial do Ministério Público quando desviada do conjunto de normas que regem determinado assunto, dentre as quais a normatização interna oriunda dos órgãos de controle e revisão (Conselho Nacional do Ministério Público, Procuradoria-Geral, Conselho Superior do Ministério Público, Câmaras de Coordenação do Ministério Público da União).³³³

³³¹COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*, cit., p. 48.

³³²GARCIA, Emerson. op. cit., p. 63-65.

³³³“Qualquer conduta do agente do Ministério Público que extrapole ou não observe os limites da legalidade/juridicidade, é, em verdade, atuação arbitrária”. RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *As funções extrajudiciais do Ministério Público: natureza jurídica, discricionariedade e limites*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 152.

III. POLÍTICAS PÚBLICAS

26. Introdução

O tema em debate não representa o único dentre a universalidade de assuntos que chegam ao conhecimento e ensejam o manejo de esforços contidos nas funções dos integrantes da Instituição.

Entretanto, em virtude de sua atualidade, medidas extrajudiciais, ações judiciais, da busca pelo necessário aperfeiçoamento dos temas nelas contidos e do objetivo desse estudo em propor a reorganização e a racionalização institucional, não é possível passar ao largo do seu exame.

Na Itália, nos idos de 1970, ao anteciparem o Congresso de Pávia de 1974, Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoritti e Trocker apontaram a existência dos interesses coletivos ou difusos, caracterizados pela indeterminabilidade do seu titular, indivisibilidade do seu objeto e colocados entre os interesses públicos e privados. Aqueles inseridos na relação entre o indivíduo e o Estado, como pessoa jurídica de direito público e esses caracterizados pelos direitos subjetivos dos indivíduos frente às suas relações interpessoais.³³⁴

Viam-se novos interesses/direitos chamados sociais, comuns ao grupo ou a um grupo, tão fundamentais como as liberdades públicas de primeira geração, em relação às quais se espera o comportamento do Estado em se abster de violá-las. A comunhão e a envergadura social de tais interesses parece ser o seu ponto alto, a partir das quais vieram os mecanismos jurídico-processuais de proteção, caso falhassem as fórmulas de gestão pelo setor administrativo do Estado.

Mesmo antes de 1988, quando sobreveio a nova ordem constitucional, o sistema da justiça já experimentava a interferência dos conflitos de massa nas relações sociais, políticas e econômicas, o que no Brasil pode ser confirmado com a edição da Lei 6.938/81, que “Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”, cujo art. 14, § 1º conferiu legitimação

³³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 132-136, jan./mar. 1977.

ao Ministério Público para o ajuizamento de ações civis (baseadas na culpa objetiva) e penais para a responsabilização do poluidor.³³⁵

A doutrina lembra que ao definir a Política Nacional do Meio Ambiente essa legislação abriu, pioneiramente, a possibilidade do ajuizamento das ações civis públicas ambientais, cujos interesses são típica e marcadamente difusos, se comparados a quaisquer outros.³³⁶

Esse caminho foi secundado pela criação da Lei 7.347/85 e algum tempo depois pela Lei 8.078/90, a partir do que se verificou a inserção de instrumentos para a defesa coletiva dos direitos de massa, deixando para trás a ideia do ordenamento calcado na defesa de interesses individuais, egoísticos muitas vezes, para se preocupar com a participação da sociedade na resolução dos conflitos transindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos, mediante a legitimação dos corpos intermediários, além dos entes políticos e dos órgãos públicos, incluído o Ministério Público.

Necessário lembrar que a defesa dos direitos metaindividuais já havia sido prevista pela Lei da Ação Popular nº 4.717/65, modificada em 1977 pelo advento da Lei 6.513, que definiu o que se deveria entender por patrimônio público. Ainda, o art. 5º, LXXIII da CF previu a utilização do mesmo instrumento – ação para a anulação, por lesividade ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe.

É certo que toda essa modificação estrutural no processo civil brasileiro acabou coroada pela superveniência da Constituição Federal, ao conferir legitimidade ao *Parquet* para a promoção da defesa dos direitos difusos e coletivos, ou seja, os direitos sociais, o patrimônio público e social, o meio ambiente, dentre outros, na forma dos arts. 127, *caput* e 129, III, ambos da CF.

Nessa perspectiva, ao lado do fortalecimento da importância da Instituição, surgiu a responsabilidade pela tomada de decisões para o cumprimento do mandamento constitucional.

³³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 782-784.

³³⁶ MILARÉ, Édis. Tutela processual civil do ambiente. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Manual prática da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, 1999. p. 405-406.

Nessa esteira, a alteração estrutural foi tímida³³⁷ e acabou sendo ultrapassada por múltiplos fatores, como a insuficiência de recursos materiais e humanos – anualmente controlados pelo Executivo e Legislativo na Lei Orçamentária (item 06); o crescente aumento da demanda; a multiplicidade e a complexidade das crises de direito material e a insuficiência do próprio setor judicial, combalido pela estrutura arcaica, ultrapassada e cada vez mais exigida por uma visão ultrapassada de acesso à justiça - ao que se denominou por cultura da sentença – subentendida como a única porta para o enfrentamento das crises de direito material.

E, conforme já constou alhures o controle exercido sobre os agentes do Ministério Público, ocorre sempre que decidirem não promover. Ao contrário, quando promoverem o controle será exercido por meios externos, não internos.

Surge, então, a obrigatoriedade de ação, como de regra ocorre na esfera do Direito Público, cujos órgãos não podem simplesmente entender lhes ser facultado agir. Ao contrário, têm esse dever.

Para a ação civil pública vigora o sistema da obrigatoriedade temperada, do dever-poder, do dever-direito.

Após apurarem não haver fato da vida a ensejar o tratamento coletivo de direitos, por inexistirem as condições da ação – interesse/adequação, legitimidade e possibilidade jurídica da demanda (capítulos capítulo IV e VI) o inquérito civil será arquivado fundamentadamente, inaugurando-se, a partir daí, a fase de controle a ser realizado pelos órgãos internos superiores competentes.³³⁸

Para melhor condução aos fins a que esse estudo se destina, é preciso considerar que os critérios de racionalização deverão levar em conta essa indisponibilidade dos direitos tuteláveis pelas ações coletivas, sobretudo porque se conectam à defesa da ordem pública, a respeito da qual não cabe a um único integrante decidir. Ele tem autorização

³³⁷O art. 8º da LC 8.625/93 previu como órgãos auxiliares do Ministério Público: I- Centros de Apoio Operacional; II- Comissão de Concurso; III- Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional; IV- Órgãos de apoio administrativo; V- Estagiários.

³³⁸Como exemplos da ilegitimidade acima citada, reconhecida pela jurisprudência incluem-se as ações coletivas em matéria tributária. Nos precedentes pesquisados, tanto o Pretório Excelso como o Superior Tribunal de Justiça já entenderam que o Ministério Público não possui legitimação para impugnar a cobrança e pleitear a restituição de tributos considerados inconstitucionais, por não haver relação jurídica de consumo entre o sujeito ativo e o sujeito passivo tributário, nem se tratarem de interesses sociais e individuais indisponíveis. Confira-se, a respeito: RE 195.056-1/PR, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 09/12/1999, DJ de 17/12/1999; STJ, AgRg no AREsp 289788/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 07/11/2013, DJe de 16/12/2013.

constitucional para detectar sua presença para, livre e independentemente promover. Porém, depende da certificação dos órgãos de controle para não agir, para confirmar seu posicionamento em não pleitear.

Os precedentes internos formados a partir de decisões dos órgãos superiores – Procuradoria-Geral, Conselho Superior e Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público da União - devem operar como verdadeiros vetores na orientação das funções de execução. Para tanto, devem ser fundamentados, convincentes e finalmente suficientemente divulgados para toda a classe para que também possam sofrer o necessário controle (freios e contrapesos).

Como sustenta Ricardo Aprigliano, a ordem pública e os direitos indisponíveis sustentam o interesse público, cuja titularidade condiciona a liberdade individual das partes, impõem conduta modelo, sancionam com a nulidade se não forem observados. Esse interesse-padrão possui a gênese estrutural a ser observada pelo setor público, em relação à qual não cabe disposição.³³⁹

A legitimação do *Parquet* para pleitear a concretização ou a correção das políticas já existentes é vista como base para o fortalecimento da democracia e realização do estado de direito. Sustenta-se ser esse o caminho pretendido para a concretização das três ondas renovatórias do processo, a saber: 1) assistência jurídica aos necessitados; 2) tratamento molecular dos direitos transindividuais; 3) acesso à Justiça.³⁴⁰

Por outro lado, a doutrina admite que para a esmerada compreensão dessa área de interesses, é necessário ter em conta os limites do razoável e do não razoável, a respeito do que se deve recorrer à proporcionalidade.

E, segundo Ada Pellegrini Grinover:

³³⁹Esse entendimento não impede que alguns aspectos circunstanciais aos direitos indisponíveis possam ser objeto de composição, como os patrimoniais, pois “no universo de direitos indisponíveis haverá, em muitas situações, componentes que se revelam disponíveis, e tal disponibilidade está, no mais das vezes, atrelada à sua expressão econômica, de forma que o modo de fruição destes direitos admite composição, transação, e até renúncia, em cada caso e individualmente considerados. Entretanto, isto não significa dizer que tais direitos possam ser a priori suprimidos, justamente porque possuem esta natureza de ordem pública”. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 17-21.

³⁴⁰GODINHO, Robson Renault. A admissibilidade da tutela jurisdicional e a efetividade dos processos envolvendo políticas públicas. In: VILLELA, Patrícia (Coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 189-190.

“A proporcionalidade, utilizada para a solução de colisão de princípios, deve advir de um juízo de ponderação entre os valores em jogo, mas há de ser sempre entendida como justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”.³⁴¹

A matéria sobre políticas públicas deve ser inserida nesse contexto, ao mesmo tempo ser imperativo que se busque ações racionais dos membros da Instituição ou a adoção de verdadeiras políticas públicas internas nesse segmento, pois caso contrário o não fazer pela administração implicará no fazer pelo Ministério Público, e, por conseguinte pelo julgador, em um sistema pouco eficiente e perverso, em que não se consegue traçar quem sairá beneficiado, quais fins são pretendidos por esses difíceis caminhos e se os primados constitucionais, tais como os da legalidade, igualdade, eficiência e proporcionalidade serão atendidos.³⁴²

27. Conceito

Segundo a doutrina, é possível definir políticas públicas como “programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados”.³⁴³

Esse programa pode ser criado pela legislação infraconstitucional, caracterizando-se como projeto de futura implementação de determinada política – podendo se apresentar como verdadeira planta jurídico-arquitetônica por meio da qual “*fins, objetivos, princípios, diretrizes, instrumentos e sistema*” podem ser encontrados em uma espécie normativa. A Lei 6.938/81 figura entre os exemplos, mas nela não houve previsão de meios financeiros ou metas a atingir.³⁴⁴

Outra fonte normativa das denominadas políticas públicas é a Constituição Federal. Nela, encontram-se estruturados diversos planos e ações para que o estado se desincumba da sua missão institucional.

³⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, cit., p. 12.

³⁴² “Destarte, o que se propõe é que o passo inicial para tal redimensionamento bem poderia ser uma maior interação supra-institucional entre os diversos atores políticos no diagnóstico da real demanda social, de sua evolução esperada e dos meios necessários e disponíveis para que a efetividade e a continuidade do serviço público sejam mais do que princípios constitucionais abstratos, mas também direitos cívicos em sua verdadeira acepção”. CAMPOS, Fernanda. O Ministério Público como Ator político na implementação de políticas públicas: uma visão sociológica. In: VILLELA, Patrícia (Coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 87.

³⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

³⁴⁴ Id. Ibid., p. 11-12.

A Seção I, do Capítulo I, do Título VI, inicia por cuidar dos princípios gerais da atividade tributária do estado, de maneira a deixar expressa sua histórica vocação da necessidade arrecadatória para fazer frente às despesas do custeio da máquina pública, nos seus quatro níveis: federal, estadual, municipal e distrital. Com isso, pode-se adiantar que sem recursos as ações podem sofrer decréscimo de qualidade e/ou de quantidade.

Sobre o assunto, em reiteração à possibilidade de controle judicial das políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal observa ser necessário vincular dada realização às possibilidades orçamentárias do Estado. A incapacidade econômico-financeira do ente estatal impede a realização imediata do comando constitucional.³⁴⁵

A doutrina assinala – e a Constituição Federal prevê que a Seção II do Capítulo II estabelece ser necessária a elaboração das seguintes leis: plano plurianual, diretrizes orçamentárias e lei dos orçamentos anuais, cujo exame fornece subsídios para se aferir quais políticas públicas foram ali consideradas. Prossegue, apontando para os Títulos VII intitulado “Da Ordem Econômica e Financeira” e VIII, chamado “Da Ordem Social da Constituição Federal”, em que princípios e políticas também foram previstos.³⁴⁶

No caso do Sistema Único de Saúde, contudo, o que se verifica é a completa reestruturação, sem que implique no alcance de “objetivos sociais em tempo e em quantidade previamente determinados”.³⁴⁷ Ao que parece, entendeu o legislador constitucional que a saúde pública do ponto de vista estrutural e a saúde do cidadão deveriam caminhar em tempo real. Ou seja, demandas e soluções seriam o verso e o reverso de uma mesma moeda. Nesse sentido, para cada problema do indivíduo, o estado deveria ser apto a solucioná-lo, quer em nível da baixa complexidade, quer da alta complexidade. Não é o que se verifica no Brasil, após cerca de duas décadas e meia da vigência da Constituição.

Seria de pouca utilidade que o sistema constitucional previsse princípios e políticas, sem que se assegurasse aos seus destinatários meios e instrumentos aptos à sua defesa. Assim como os direitos de primeira geração podem ser preservados por meio do *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e pela própria ação direta de

³⁴⁵ Informativo nº 582, STA 175.

³⁴⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. op. cit., p. 15-16.

³⁴⁷ Id. Ibid., p. 17.

inconstitucionalidade nos países de concepção *kelseniana*, os direitos sociais também estão a exigir instrumentos jurídico-processuais suficientes e aptos à sua realização.³⁴⁸

A isso se acrescente que durante anos a população brasileira viveu inaceitável e acentuada diferença, o que acarretou uma espécie de *apartheid social* entre os que tinham ao seu alcance bens e benefícios de todas as ordens, e os que apenas sonhavam em conquistar uma vida melhor para seus filhos e descendentes.

Para o Ministro Celso de Mello:

“O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”.³⁴⁹

A doutrina busca classificar as políticas em dois níveis: políticas de governo e políticas de estado. A primeira integra a programação de um plano maior, alcançável em um curto espaço de tempo, enquanto a segunda propõe sua realização para o futuro, *sine die*.³⁵⁰

Sustenta-se que, do ponto de vista estrutural apenas as políticas de estado deveriam estar previstas no texto da constituição, pois como documento fundamental inspirador de todo ordenamento jurídico deve gozar de certa estabilidade.

³⁴⁸Por essa razão, seria absolutamente frustrante, do ponto de vista político, aceitar a inexecutabilidade dos direitos sociais. Do ponto de vista jurídico, isso representaria tornar inócuo o qualificativo de ‘Estado social de direito’ afirmado no art. 1º da Constituição. Partindo da conhecida máxima de interpretação de que a lei não contém palavras inúteis, não se pode tomar tal locução como sinônimo de ‘Estado de Direito’, omitindo a carga finalística do adjetivo ‘social’ num Estado em que as tarefas sociais ainda estão por ser feitas”. BUCCI, Maria Paula Dallari. op. cit., p. 10.

³⁴⁹RTJ 175/1.212-1.213.

³⁵⁰“Se adotássemos o critério do suporte normativo das políticas, tenderíamos a dizer que as políticas constitucionalizadas seriam com certeza políticas de Estado, enquanto as políticas meramente legisladas seriam provavelmente políticas de Estado e as políticas com suportes infralegais seriam políticas de governo. Mas esse critério, é força reconhecer, é um tanto falho”. BUCCI, Maria Paula Dallari. op. cit., p. 19.

Esse documento apresentaria linhas gerais do modelo e da conformação desejada pelo constituinte em determinado momento histórico do país, deixando ao legislador complementar e ordinário integrar o sistema infraconstitucional.

Essa crítica não contou com a adesão de José Afonso da Silva, para quem o conceito de Direito Constitucional também se ampliou, de maneira que os objetivos a serem realizados pelo estado contemporâneo indiscutivelmente podem fazer parte do texto da constituição de um país, porque integram os elementos essenciais que o constituem.³⁵¹

Sem embargo desse respeitável posicionamento, a investigação científica aponta no caminho de que essa concepção dependerá do juízo da pré-compreensão constitucional. O que deve ou não constar da lei fundamental dependerá de vários fatores e exigirá do legislador avaliar a situação vivenciada por determinado país, quais objetivos a novel norma buscará alcançar, que deficiências o corpo social vivenciou ao longo do modelo constitucional anterior, enfim apontará a conveniência jurídico-estrutural-teleológica que atenda aos anseios dos cidadãos.³⁵²

Ao optar pelo estabelecimento de políticas públicas, a Constituição do Brasil abre a possibilidade do controle jurisdicional pela via processual, do qual por força das atribuições que lhe foram conferidas pela lei fundamental o Ministério Público é

³⁵¹“A ampliação do conteúdo da constituição gerou a distinção, já vista, entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal. Segundo a doutrina tradicional, as prescrições das constituições, que não se referiam à estrutura do Estado, à organização dos poderes, seu exercício e aos direitos do homem e respectivas garantias, só são constitucionais em virtude da natureza do documento a que aderem; por isso, diz-se que são constitucionais apenas do ponto de vista formal. Quase a unanimidade dos autores acolhe essa doutrina. A despeito disso, permitimo-nos ponderar que esse apego ao tradicional revela incompreensão das dimensões do Direito Constitucional contemporâneo. Tal fato se verifica, além do mais, em consequência de não se arrolarem os fins e os objetivos do Estado entre os elementos essenciais que o constituem. Ora, concebido que a finalidade (fins e objetivos a realizar) se insere entre os elementos constitutivos do Estado e, considerando a ampliação das funções estatais atualmente, chegaremos à conclusão inelutável de que o conceito de Direito Constitucional também se ampliou, para compreender as normas fundamentais da ordenação estatal, ou, mais especificamente, para regular os princípios básicos relativos ao território, à população, ao governo e às finalidades do Estado e suas relações recíprocas. Diante disso, perde substância a doutrina que pretende diferenciar constituição material e constituição formal e, pois, direito constitucional material e direito constitucional formal”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 43.

³⁵²“Posta a questão em termos de pré-compreensão constitucional, o primeiro e radical problema, cuja solução condicionará tudo o mais, consiste em sabermos como há de ser concebida a Lei Fundamental, se devemos considerá-la apenas como Constituição jurídica, simples estatuto organizatório ou mero instrumento de governo, no qual se regulam processos e se definem competências; ou, pelo contrário, se devemos admiti-la mais amplamente, como Constituição política, capaz de se converter num plano normativo-material global, que eleja fins, estabeleça programas e determine tarefas”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 4-5.

importante protagonista, haja vista o número de demandas por ele patrocinadas, individuais ou coletivas.³⁵³

Importante lembrar que a mesma fonte normativa, pelo art. 5º, XXXV, é expressa ao não excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O controle judicial das políticas públicas não encerra qualquer inovação do sistema processual, pois consoante aponta a doutrina, se for entendida como atividade administrativa não se fará outra coisa senão controlar os atos que o constituem, com a atenção voltada aos entraves opostos pelo controle da discricionariedade administrativa.

Embora este seja tema para outro item, a doutrina estuda a possibilidade dessa intervenção para assegurar ao administrado, destinatário da atividade estatal, o mínimo necessário à vida com dignidade. Entre o ter alguma coisa e não ter nada se sustenta que o sacrifício para o enfrentamento do tormentoso tema das políticas públicas é totalmente salutar.

É inescandível que pela via jurisdicional se permite a participação do administrado na gestão da coisa pública – entendida a parcela dos bens a serem realizadas em seu benefício, o que também do ponto de vista do processo democrático se afigura perfeitamente desejável. Nem sempre o mais vulnerável consegue acessar e debater com o administrador. Não raro é mal tratado e não consegue obter solução ou justificativa que atenda sua justa expectativa. Nesse sentido, o compartilhamento da atividade estatal – executiva/judiciária - serve para alcançar esses fins.

Inserido nesse contexto, o Ministério Público se tornou o grande portador das demandas individuais e coletivas no cenário processual brasileiro, para as quais foi legitimado.

Para tanto, cada um dos seus integrantes foi dotado de garantias que lhe permitem agir segundo sua própria consciência, sob o primado da lei.

Não há diferença no *modus operandi* de ações. Geralmente, instaura sob sua presidência processo administrativo para apurar os fatos contidos na representação

³⁵³“Ao Poder Judiciário brasileiro, como consequência da assunção de novas atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, dentre as quais se inclui o controle de constitucionalidade das leis, atos e atividades de todos os órgãos do Estado, incumbe proceder ao controle das políticas públicas, com o exame de sua implementação, adequação ou correção, na conformidade dos mandamentos constitucionais”. WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 216.

(Capítulo IV), cujo resultado, na maioria das vezes, culminará com a propositura da demanda ou com o arquivamento do inquérito civil. Quando intervém em processo alheio, na qualidade de *custos legis*, também deverá se posicionar de acordo com o seu entendimento e o ordenamento jurídico.

Propõe-se uma guinada da maneira de agir, sobretudo na área das políticas públicas.

Não é possível enfrentá-las com os mesmos recursos e metodologia utilizados para os conflitos em geral. Mais do que eliminar as crises que a envolvem é preciso abordá-las com outro olhar, fundado na preocupação de que sua realização, sempre que possível, deverá se estender a todos os que estejam na mesma situação de igualdade.

O tratamento individual de crises coletivas não atende aos propósitos da ciência processual, cujos fins incluem a molecularização dos conflitos e solução por meio de uma única decisão, sem os riscos do surgimento de posições diametralmente opostas.

28. Direitos sociais

Conforme se buscou demonstrar até agora, a Constituição de 1988 inaugurou nova fase do Estado brasileiro. Não apenas pela criação de direitos sociais, ao lado dos direitos fundamentais universais – direitos de primeira geração, mas também porque passou a exigir das suas instituições novo comportamento e, mais do que isso ações adequadas e comprometidas com a nova concepção democrática.³⁵⁴

Sob esse interessante enfoque é que se busca, por meio da prestação jurisdicional, a concretização dos direitos postos à disposição da população, insertos em um primeiro momento no documento fundamental. Tais garantias devem ser retiradas das leis e postas em prática na administração dos interesses da população. Caso isso não ocorra estar-se-á diante de inconstitucionalidade, o que autoriza a ativação dos necessários instrumentos e mecanismos para sua correção.

Não satisfaz o princípio da igualdade formal proposto pelo legislador como garantia fundamental com a qual todos aceitam, sem tergiversar sua natureza universal. É

³⁵⁴“Os direitos representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais”. BUCCI, Maria Paula Dallari. op. cit., p. 2-3.

necessário que esse primado ganhe materialidade e opere verdadeiro instrumento e guia de justiça social.³⁵⁵

No continente europeu, séculos XVII e XVIII, a proteção dos necessitados encontra raízes na atuação de movimentos religiosos organizados, consistente na prática da caridade àqueles que não tinham emprego ou apesar dele não conseguiam prover suas necessidades básicas.

Por meio das Leis de Pobreza Isabelinas criadas no Reino Unido em 1572 e 1601 o Estado se obrigou à proteção social a quem não podia trabalhar e que se apresentava em condições muito desfavoráveis.

Na Suécia, o sistema de bem estar social sofreu influência da França, lugar onde esses benefícios faziam parte do contrato social, cabendo ao poder público garantir aos cidadãos existência segura, nutrição, roupa adequada e saúde. De maneira alguma esses benefícios deveriam ser confundidos com a caridade, pois integravam a atuação administrativa francesa.³⁵⁶

O primeiro ato normativo sueco que previu direitos sociais foi a Lei dos Hospitais de 11 de abril de 1763, quando se estabeleceu a obrigação estatal de atendimento aos pobres necessitados, enfermos e doentes mentais, assegurando-lhes alimentação por meios públicos. No mesmo período foram criados os centros de trabalho públicos para o emprego das pessoas que não conseguiam obtê-lo no mercado. Vislumbrava-se a responsabilidade da sociedade por um padrão mínimo de existência às pessoas necessitadas, como enfermos, anciãos, pessoas com deficiência, menores e desempregados, criando-se a obrigação de uma prestação positiva por parte do Estado.

³⁵⁵“Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”. SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 50. “(...) os direitos sociais, típicos do século XX, que aparecem nos textos normativos a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919 (entre nós, com a Constituição de 1934), são, se assim se pode dizer, direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. Como poderia, por exemplo, um analfabeto exercer plenamente o direito à livre manifestação do pensamento? Para que isso fosse possível é que se formulou e se positivou nos textos constitucionais e nas declarações internacionais o direito à educação. Na mesma linha, como pode um sem-teto exercer o direito à intimidade (art. 5º, X, da Constituição brasileira)? Isso será uma ficção enquanto não lhe for assegurado o direito à moradia, hoje constante do rol de direitos sociais do art. 6º da Constituição. E assim sucessivamente”. BUCCI, Maria Paula Dallari. op. cit., p. 3.

³⁵⁶SARDÀ, Clara Marquet. *Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico sueco*. Barcelona: Atelier, 2010. p. 25.

Nesse mesmo país, no final do século XIX com a tardia industrialização (até então era um país eminentemente agrícola) formaram-se os grupos de trabalhadores, cujos interesses passaram a exigir o fortalecimento econômico do indivíduo e de se reduzir o risco da pobreza, criando-se ambiente favorável ao surgimento de estabelecimentos privados, como bancos e caixas econômicas, fundos de pensão, fundos de seguro-doença ou de desemprego. Esse sistema se articulou com a rede pública da assistência social, com o escopo de evitar que o indivíduo necessitasse retornar ao sistema público de proteção.

No século XX, a doutrina elencou quatro fases pelas quais passaram os direitos sociais na Suécia: 1ª) uma inicial, do princípio aos anos 30, quando tais bens foram regulamentados; 2ª) de 1930 até a II Guerra Mundial, ocasião em que se desenvolveram as bases para o desenvolvimento do Estado de bem-estar social; 3ª) do pós-guerra até os anos 70 em que se expandiram os direitos sociais; 4ª) a partir de 1980 houve o retrocesso ou a queda desses direitos.³⁵⁷

De 1980 para cá, a crise internacional fez com que o mesmo país sofresse consequências econômicas e reduzisse a oferta dessas prestações em virtude da escassez de recursos, passando a elegê-las com maior rigidez.

Esses breves apontamentos no estudo do direito comparado devem servir de orientação e até mesmo de contenção para o ímpeto que porventura possa interferir no manuseio das questões ligadas ao interesse público/social pelos integrantes da Instituição.

O agente do Ministério Público deve ter consciência do custo desses direitos, da preexistência do sistema prestacional, da sua ausência e possível deficiência para avaliar qual instrumento jurídico-processual será necessário para a eliminação da crise ou mesmo para concluir em sentido oposto.

Tais afirmações me permitem aduzir quão fundamental e urgente se apresenta a institucionalização dos mecanismos alternativos ou adequados para a solução dos conflitos. A inovação acolhida pelo Código de Processo Civil projetado não impede, mas estimula, que na fase extrajudicial a Instituição se comporte da mesma maneira, fortalecendo esses mecanismos internos, criando a cultura da pacificação e fortalecendo a função do defensor do povo ou do ombudsman do direito escandinavo.³⁵⁸

³⁵⁷SARDÀ, Clara Marquet. op. cit., p. 30.

³⁵⁸Sobre o tema, após reconhecer a importância da função institucional prevista no art. 129, II da CF, a doutrina aduz: "... somente se forem conferidos efetivos instrumentos de trabalho e garantias concretas ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, aperfeiçoando ao extremo essas instituições voltadas à proteção

Nesse sentido, o § 3º do art. 3º do PL 8.046/2010 da Câmara dos Deputados Federais prevê que tais mecanismos, como a conciliação, mediação e outros meios consensuais para a solução de conflitos sejam estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo. Com isso, resta claro que se trata de providência antecedente ao aforamento de qualquer demanda e atende ao princípio do art. 5º, LXXVIII da CF, que trata da duração razoável do processo e dos meios à sua realização.

Cassio Scarpinella Bueno lembra que essas providências estão na mão de direção do que se deve entender por acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF) e devem ser cada vez mais incentivadas, tanto pela legislação vigente como pelos projetos.³⁵⁹

Nada impede que a organização construa uma política de atuação para esse modelo de bem estar, permitindo aos seus integrantes as acompanhem junto aos setores do Estado.

Ada Pellegrini Grinover destaca:

“a transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder Judiciário se amplia”.³⁶⁰

Essa mudança de paradigma pretende um estado mais atuante, em que os interesses altruísticos façam parte constante das ações do governante, não se admitindo que os bens e recursos públicos sejam contingenciados para a satisfação de propósitos egoísticos, quase sempre em benefício de quem se dispõem a voltar as costas para o bem comum.

São antagônicas essas duas premissas. Se, por um lado o administrador tem de desenvolver planos e ações para permitir a efetividade dos direitos devidos e conquistados

das liberdades e direitos individuais e coletivos, e retirando ainda a excessiva concentração de poderes nas mãos do procurador-geral, é que serão coibidos os abusos por violações de direitos do cidadão e do homem”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 311.

³⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

³⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126. BUCCI, Maria Paula Dallari. op. cit., p. 3.

pela população, de outro qualquer desvio de finalidade que importe em transgressão legal, esvaziamento dos cofres públicos e sacrifício às prerrogativas anteriormente referidas sujeitam seus infratores a sanções pessoais (sem prejuízo de medidas dirigidas à respectiva pessoa jurídica de direito público para a satisfação do seu débito administrativo).

29. Custo dos direitos. Reserva do possível

É incorreto imaginar que os direitos nada custam.

A doutrina e a jurisprudência da mais alta corte do país confirma que toda prestação positiva, assim como a garantia dos direitos a uma prestação negativa implica na realização de despesas por quem tem essa incumbência, em geral o Estado.³⁶¹

Para sua adequada compreensão, basta lembrar que segundo o art. 144 § 5º da CF, às polícias militares foram conferidos o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. Assim, para que o cidadão se abstenha de infringir os interesses pertencentes ao corpo social, é preciso despender com o pagamento dos soldos, aquisição de equipamentos, armamentos, manutenção dos quartéis, bases militares e assim por diante.

A fonte de custeio é a dos tributos.

Diz-se que em virtude da finitude dos recursos públicos para o pagamento dos direitos fundamentais, é lícito afirmar que a própria sociedade deveria ser submetida a um processo de escolhas, para dizer o que é mais importante ser fornecido em dado momento histórico. Acresça-se a possibilidade fática, a viabilidade para a concretização desses direitos.

De qualquer maneira, apesar da necessidade de se aferir tais pressupostos para que se pleiteie a prestação dos direitos sociais, a doutrina afirma não se poder fundar sua realização exclusivamente no custo. Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada para a dolosa exoneração do Estado da sua missão de prestar, de realizar os direitos para os quais a Carta da República lhe mandou prestar, sob pena de inconstitucionalidade.³⁶²

O funcionamento dos poderes, em especial a intervenção provocada pelo Ministério Público para que o Judiciário determine ao Executivo determinada prestação, tem sido insistentemente estudada do ponto de vista do que é possível assegurar. Se os recursos

³⁶¹KELBERT, Fabiana Ockchstein. *Reserva do possível*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2011. p. 65-69.

³⁶²Informativo nº 582, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.

públicos são finitos as receitas também os são. Dessa maneira, nem sempre se conta com suporte financeiro para que o Executivo vá além ou atenda ao comando do Judiciário. Ao fenômeno chamou-se *reserva do possível*.³⁶³

A expressão foi utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão – *Der Bundesverfassungsgericht* – quando do exame de restrições impostas para a admissão de candidatos ao curso de medicina nas Universidades de Hamburg e da Baviera, nos anos de 1969 e 1970.

Adotado como parâmetro o art. 12, I da Lei Fundamental da Alemanha, segundo a qual todos os alemães têm o livre direito de escolher os locais de ensino para sua formação, assim como para eleger livremente sua profissão e o lugar de trabalho, com apoio na igualdade e nos fundamentos do Estado Social decidiu que determinados direitos ficam sob a reserva do possível, ou seja, o que é permitido ao indivíduo exigir da coletividade. Para tanto, deve haver autorização legislativa, deve estar de acordo com a administração do orçamento, deve atender aos demais interesses da coletividade e estar conforme a harmonização econômica geral. Somente assim é possível falar na expansão de programas, como o do ensino superior, que também deverá levar em conta o aumento da demanda.³⁶⁴

A busca pela concretização de determinado direito pelo processo judicial deve levar em conta a obtenção do provimento realizável, passível de produzir resultados na vida das pessoas, conforme corrente doutrinária hodiernamente difundida, a da instrumentalidade do processo.³⁶⁵

Deve ser utilizado como instrumento de paz social, o que apenas se alcançará com a apresentação de demanda calcada na existência de conflito a decidir, elementos probatórios claros e suporte jurídico-normativo que permitam ao julgador proferir decisão voltada aos escopos do processo.

³⁶³“A implementação de uma política pública depende, em primeiro lugar, de disponibilidade financeira – a chamada reserva do possível”. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, cit., p. 138.

³⁶⁴KELBERT, Fabiana Ockchstein. op. cit., p. 69-78. SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Orgs.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 663.

³⁶⁵“O processualista, sem deixar de sê-lo, há de estar atento à indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico. Há de estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências lhe possam fornecer e conhecer a vivência do processo como instrumento, conhecer a sua potencialidade a conduzir a resultados, ter sensibilidade para as suas deficiências, disposição a concorrer para seu aperfeiçoamento. A percepção e exame ordenado de todos os escopos que animam a instituição e exercício da jurisdição como expressão do poder político e a bem do harmonioso convívio social constituem fator de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou na generalização legislativa”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 188.

Conforme Bedaque, o direito processual tem a dimensão de

“instrumento voltado para fora do sistema, pois tem o escopo de conferir eficácia a outro direito – o material (jurídico), para, a final, atingir seus escopos últimos (social e político). Parece que o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-los através de suas atividades. Pode-se afirmar que o escopo jurídico absorve o social e o político. Daí as decisões proferidas em conformidade com as regras de direito material serem aptas a pacificar e afirmar a autoridade do Estado, salvo nos casos excepcionais em que o próprio ordenamento substancial não corresponda à realidade social de seu tempo. Também por isso parece correto afirmar que o direito processual, como ramo do Direito, não tem por objetivo apenas a paz social, mas o acesso efetivo a valores jurídicos: paz social legítima é aquela obtida segundo os valores jurídicos da sociedade”.³⁶⁶

De qualquer maneira, o processo não se realiza por si mesmo, e sim pela produção de julgados aptos a serem cumpridos. Isso porque entre a autoridade da coisa julgada e a atuação do direito material há uma relação de meio e fim. “A coisa julgada se concebe apenas como meio para afastar a incerteza do direito e como maneira de torná-lo obrigatório nos casos de resistência ou omissão no seu cumprimento”.³⁶⁷

Percebe-se clara modificação dos parâmetros de atuação do Judiciário, pois não raro se vê às voltas com o poder público – em geral a Fazenda Pública - no polo passivo de uma demanda coletiva ou mesmo individual, cuja pretensão se relaciona com a busca de direitos fundamentais, das espécies sociais não prestados espontaneamente pelo administrador. Em um passado próximo as demandas individuais é que preenchiam a maior parte dos escaninhos dos cartórios judiciais e as decisões consistiam em realizar o direito entre particulares, cujo sacrifício de um levava ao benefício do outro.

O tema é instigante, mas ao mesmo tempo exige do operador do direito extrema prudência no manuseio das denominadas demandas que veiculem pretensões sobre políticas públicas, conflitos estruturais ou de interesse público.

Não raro, o administrador em sede de contestação suscita defesa de mérito no sentido de que não há verba para determinada política, determinado benefício.

³⁶⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, cit., p. 59-60.

³⁶⁷“La cosa juzgada se concibe sólo como medio de despejar la incertidumbre del derecho y como forma de hacerlo coactivo em los casos de resistencia u omisión de su cumplimiento”. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 33.

Ao argumento, Ada Pellegrini Grinover registra que a mera alegação não é suficiente, porque a comprovação de que o orçamento já está comprometido com outros bens e serviços deve ficar suficientemente comprovada, lembrando que nessas demandas funciona a regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor), aplicável por analogia, mas também a da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o art. 333 do CPC para atribuir a carga à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade em comprová-los”.³⁶⁸ O tema será especialmente tratado no item 04, quando do estudo da investigação realizada pelo Ministério Público.

A essa solução perfeitamente plausível, a doutrina acrescenta outra já utilizada em diversas demandas promovidas pelo Ministério Público em caso de comprovada escassez. O Executivo se obrigaria a prever na proposta orçamentária seguinte verba necessária à realização da obrigação determinada pelo Estado-juiz. Outra solução proposta é a da transposição de recursos no orçamento vigente, o que encontraria suporte no art. 461, § 5º, do CPC.³⁶⁹

Ademais, tais entraves parecem representar verdadeiros requisitos do Direito Público, já que ao administrador é dado fazer apenas o que a lei manda e a não fazer o que ela não prevê. Essa premissa não pode deixar de ser observada pelo Judiciário, mas também deve ser levada em conta pelo integrante do Ministério Público.

Ao lado de tais pressupostos o Estado-juiz também não pode ignorar que determinada decisão só se torna passível de cumprimento se garantir prazo e planejamento ao administrador. Para tanto, a incursão dos reais problemas e entraves para a consecução de determinada política torna-se fundamental. E, o *locus* apropriado para a maturação desse conhecimento pode ser mesmo o inquérito civil. Sobre ele se discorrerá mais adiante.

A teoria de que se ocupa o presente tópico está diretamente ligada à escassez de recursos. Não se vê sentido nessa discussão acaso houvesse disponibilidade econômico-financeira para fazer frente a toda e qualquer prestação. A partir dessa premissa, exige-se ampla discussão, e, pois, integração sobre a destinação das verbas públicas. Merece revisão o sistema em que se postula e se obtém determinação em desfavor do prestador, sem que se

³⁶⁸GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, cit., p. 138.

³⁶⁹“Desse modo, frequentemente a ‘reserva do possível’ pode levar o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações de fazer a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação”. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, cit., p. 138.

busque alicerçar o Estado do bem estar social em pilares firmes e viáveis economicamente para o seu sustento.

A essa limitação fática agrega-se a da dimensão jurídica, segundo a qual o administrador deve alocar recursos segundo autorização normativa e dirigir a administração de acordo com a lei fundamental do país. Discordo do posicionamento segundo o qual tais limitações são dirigidas ao gestor e não ao juiz. Para essa corrente ele deve proferir decisões supondo a existência da disponibilidade material, ficando a cargo do chefe do Executivo aferir as limitações orçamentárias.

Ora, tais limites são opostos em lei. Não é possível ignorá-los, pena de se afastar das suas balizas, para as quais todos devem obediência.

Outra dimensão apontada pela doutrina é a da falta de recursos suficientes para a concretização de todos os direitos fundamentais. Diante de quadro de insuficiência e da necessidade de se fazer escolhas para sua concessão é preciso se valer de vetores constitucionais, como o da proporcionalidade.

A respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade, André Ramos Tavares, com base em lição de Willis Santiago Guerra Filho, afirma que:

“em sentido estrito, por sua vez, significa a relação entre meios e fins que seja, ‘juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (Wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individualmente ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens”³⁷⁰.

Em outro trecho da mesma obra, o mesmo autor destaca:

“entre as emendas emanadas do Superior Tribunal de Justiça, o critério da proporcionalidade, como critério de balanceamento de valores, fundamentando decisões: ‘Penal. Processual. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores. Prova lícita. Princípio da proporcionalidade. Habeas Corpus. Recurso. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. Precedentes do STF. Recurso conhecido

³⁷⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 677.

mas não provido (STJ, Recurso em Habeas Corpus, DJ de 25.5.1998, relator: Edson Vidigal)".³⁷¹

Mas, lembrando decisão do Supremo Tribunal Federal³⁷², Ada Pellegrini Grinover sustenta que “nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito”.³⁷³

É o que se passará a estudar no item seguinte.

30. Mínimo existencial

Conforme constou, para a consecução dos fins sociais do Estado, a Constituição da República lhe impõe uma série de deveres, ou seja, distribuições, ações e prestações. São diversas as exigências para a vida digna, de maneira que o acionamento do poder público para tais prestações é demasiadamente variado.

Significa que se se traçar uma linha imaginária horizontal, tudo que estiver nesse limite se tratará do mínimo para uma vida com direitos.

A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) é o seu alicerce, dela devendo irradiar os direitos fundamentais, a organização e o funcionamento da máquina estatal, a consagração do Estado de Direito democrático e social e a previsão de direitos e prestações. Dão-lhe supedâneo a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade social.³⁷⁴

Poderia elencar uma série de benefícios esperados pela população para a satisfação das suas necessidades e regulação da igualdade social.

A flagrante ausência de moradia popular leva o poder público não só a assumir a construção dessas habitações, mas também a criar mecanismos de diminuição desse impacto negativo na vida das pessoas. O programa da parceria social da Secretaria Municipal de Habitação de São Paulo é um deles, pelo qual o poder público paga parte do aluguel de imóvel locado pelo próprio munícipe, para auxiliá-lo nesse pesado item do seu

³⁷¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 681-682.

³⁷² RE 482.611/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 23/03/2010.

³⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, cit., p. 139.

³⁷⁴ KELBERT, Fabiana Ockchstein. op. cit., p. 102.

orçamento familiar. A gratuidade da passagem ao idoso nos transportes coletivos urbanos a partir dos 65 anos³⁷⁵ é outro benefício que lhe assegura a inserção social, pois é sabido que o desestímulo na velhice é fator que agrava as condições dos que integram esse grupo. A exigência de vagas em creches e em pré-escolas até os cinco anos de idade em endereço próximo à residência ou ao do local do trabalho dos pais das crianças também é outra vantagem que o Estado não pode descurar. O fornecimento de remédios para os que deles necessitam também integra o direito à vida dos destinatários das ações do estado.

O leque de deveres imposto pela Constituição tem exigido uma série de providências administrativas e judiciais, sobre as quais o *Parquet* está legitimado, em nível individual ou coletivo. Todavia, como já constou as medidas exigem adequada ponderação por parte de quem as toma, seja na fase prejudicial, seja na fase judicial.³⁷⁶

Em função disso, a doutrina destaca que é preciso avaliar se há justiciabilidade ou acionabilidade dos direitos fundamentais. Isso em nada se confunde com o direito constitucional do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da CF, mas com a efetiva possibilidade de que determinado direito fundamental possa ser deferido pelo Estado-juiz.³⁷⁷

Portanto, não basta a existência do conflito entre os interesses do credor do direito social e os do Estado. Nessa área, no exame das condições da ação é preciso aferir se o objeto mediato e imediato de determinada demanda é passível ou não da prestação jurisdicional. A tarefa é das mais difíceis, pois muitas vezes vêm atrelados aos interesses egoísticos das pessoas, o que o operador do direito precisa coibir.

Busca-se estabelecer uma espécie de piso de direitos sociais em relação aos quais o Estado não está autorizado a se omitir. Mais do que isso, está constitucionalmente

³⁷⁵O art. 230, § 2º, da CF faz referência aos maiores de 65 anos. Penso que o texto constitucional se satisfaz com o requisito nessa faixa de idade. A expressão que aparentemente exige que tais indivíduos tenham idade cronológica superior não tem razão de ser, pois não há *discrímen* razoável que autorize interpretação diversa. Portanto, ter 65 anos é o que basta.

³⁷⁶Por isso, a doutrina lembra que “a grande dificuldade do Judiciário, diante da existência de inúmeros direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição, está em saber se cabe, em relação a todos eles, o seu controle sob a ótica da constitucionalidade. Vale dizer, se todos eles são dotados da possibilidade de tutela jurisdicional, ou alguns deles dependem de prévia ponderação de outros Poderes do Estado, consistente em formulação específica de política pública para sua implementação”. WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, cit., p. 216.

³⁷⁷“O que se quer explicitar com ele não é o requisito para acesso à justiça ou para o exame do mérito da ação, e sim o requisito para o acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, ou seja, a efetiva existência do direito fundamental social tutelável jurisdicionalmente”. WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, cit., p. 216.

vinculado a concedê-los à população, pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão.

Esse plexo de benefícios constitui o mínimo existencial. Nesse patamar o administrador público deve agir. Nessa esfera de direitos estão incluídos a saúde, educação, habitação, transporte público³⁷⁸, assistência social, habitação, etc. Sobre o tema, a doutrina apresenta a seguinte definição: “A adoção do conceito de ‘mínimo existencial’ é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem a sujeição à cláusula da ‘reserva do possível’”.³⁷⁹

No mesmo julgado da nota de rodapé antes citado, o Ministro Celso de Mello pontuou:

“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da Jurisdição Constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da

³⁷⁸“Além do mínimo existencial, há outros direitos fundamentais sociais que, apesar de sua relevância, não são dotados do mesmo grau de essencialidade para a efetividade do princípio da dignidade humana. Alguns desses direitos, porém, estão definidos em normas constitucionais com **densidade suficiente** para poderem ser havidas como explicitadoras de política pública de implementação obrigatória pelos órgãos do Estado, independentemente de prévia ponderação complementar, seja do Legislativo, seja do Executivo. Ao descumprimento deles, em consequência, será perfeitamente cabível a postulação de tutela jurisdicional (um bom exemplo de norma dessa espécie é a inscrita no art. 230, § 2º, CF, que assegura aos maiores de 65 anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos; também podem ser mencionados alguns direitos dos trabalhadores urbanos e rurais enumerados no art. 7º, CF (excluindo-se, evidentemente, aqueles que, essenciais à dignidade humana dos trabalhadores, integram o conceito de ‘**mínimo existencial**’”). WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, cit., p. 220-221.

³⁷⁹WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, cit., p. 218. A mesma orientação foi dada pelo Supremo Tribunal Federal, consoante fundamento, em parte, colacionado: “Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o legítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004)”. STF, ARE 639337/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 29.6.2011, Informativo nº 632.

intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘Mínimo Existencial’. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos Constitucionais de Segunda Geração)”.³⁸⁰

No mesmo sentido é o posicionamento de Eurico Bitencourt Neto, para quem os direitos fundamentais, em especial os sociais, são compostos por elementos básicos de subsistência que conduzem ao mínimo existencial.³⁸¹

A doutrina busca traçar o conceito com base em elementos mínimos que permitam ao indivíduo viver, conviver, sobreviver com dignidade. Apesar da vantagem que a definição traz para o enfrentamento do tema – pois não se há de esquecer que na prática a matéria representa ponto de tensão entre Executivo, Legislativo e Judiciário, há quem argumente que o mínimo pode variar, não se apresentando como um conceito estático e de aplicabilidade automática. Depende de ponderação.

Nessa linha de raciocínio, o intérprete deverá avaliar qual o grau da necessidade e excepcionalidade de determinada pretensão, pois o mínimo estaria atrelado à indispensabilidade da vantagem em determinada situação de fato. Pode ocorrer que um acidente natural, como um terremoto ou uma enchente devastadora, leve o administrador a reavaliar o conceito de mínimo para determinada comunidade.³⁸²

Nessa esteira, o essencial também estará sujeito à ponderação e à reserva do possível.

³⁸⁰ ADPF nº 45/DF, Informativo nº 345/2004.

³⁸¹ “Os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais diretamente ligados à garantia de meios mínimos de subsistência, são parâmetros vinculantes da definição do conteúdo do direito ao mínimo existencial. Reconhecer este direito significa deixar claro que determinadas dimensões de direitos a prestações têm aplicabilidade direta, e, em regra, não se condicionam pela reserva do caixa financeiro do Estado, quando esteja em risco uma existência humana digna, ou o respeito pela dignidade inerente à vida humana”. BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2010. p. 98.

³⁸² “A exigibilidade não decorre apenas de características ônticas da necessidade, mas também da excepcionalidade da situação concreta. Um cataclismo, natural ou social, pode momentaneamente tornar inexistente algo que pouco antes o era. Nos parece que esta posição acaba por não evidenciar o conflito ínsito entre necessidades e possibilidades.

(...)

O grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana, Quanto mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será seu grau de essencialidade. Não empregamos a expressão ‘mínimo existencial’ porque nos parece um tanto contraditório estabelecer gradação do superlativo absoluto sintético de pequeno.

Veja-se que quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119-120.

Para outra corrente, porém, o mínimo existencial não pode faltar e ficar atrelado à suficiência de recursos. Cabe ao Estado-juiz assegurá-lo por meio de decisões de urgência ou definitivas para a proteção da dignidade da pessoa humana, inclusive em detrimento da legalidade orçamentária.

Esse pensamento reforça a ideia do piso de direitos sociais.

É claro que onde o abastecimento de água potável – bem essencial à vida – estiver comprometido, cabe ao estado fornecê-lo em condições tais que permitam manter o *status* da vida humana. Nessas condições, não poderá haver qualquer desperdício. Onde o Estado não puder manter uma unidade hospitalar, não poderá se omitir em pôr veículos à disposição da população para seu transporte aos centros onde o serviço é oferecido. Não é porque em determinado município não existe um batalhão, e sim um destacamento da Polícia Militar, que o estado não estará prestando o serviço de segurança pública.

Para Kazuo Wanatabe, a definição do mínimo existencial existe justamente para que o Legislativo e o Executivo não se amparem em critérios de conveniência e oportunidade para negar determinada vantagem ao cidadão.³⁸³

Embora os fatos da vida sempre estejam sujeitos à ponderação, não há como recusar que certas situações devem ser protegidas incondicionalmente. Ainda que se queira dar conteúdo aberto a essa garantia, o dinamismo dos fatos recomenda que outras prestações sejam consideradas diante do acaso ou de situações de indignidade.

Em consequência, os direitos fundamentais sociais que não integrarem o mínimo existencial dependerão da avaliação de conveniência e oportunidade pelo Legislativo e Executivo na criação de determinada política pública, com o afastamento do Judiciário nesse debate.

³⁸³“A adoção do conceito de ‘mínimo existencial’ é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da ‘reserva do possível’”. WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, cit., p. 218.

31. Mínimo existencial e fins institucionais

Se há um piso de direitos fundamentais prontamente devidos pelo Estado, os quais não lhe cabe ignorar sob o fundamento da falta de recursos (reserva do possível), compete ao Ministério Público zelar por sua observância.³⁸⁴

Consoante já constou alhures os fins da instituição se perfazem tanto na defesa de direitos coletivos, sociais, quanto dos individuais indisponíveis. Também, está vinculado à observância da ordem jurídica e do regime democrático, como previsto no art. 127, *caput* da CF.

A doutrina lembra a existência de críticas à recriação do *Parquet*, como ocorreu em 1988 no Brasil para a defesa dos direitos metaindividuais. Para alguns se trata de instituição comumente voltada à persecução de fatos penais, menos interessada com os ilícitos civis porque vocacionada para aquela área de atuação. Sua vinculação com o Executivo³⁸⁵ e a falta de infraestrutura necessária ao enfrentamento das questões afetas à Administração Pública o impediria de enfrentar adequadamente esses conflitos.³⁸⁶

Mancuso, todavia, posicionou-se contrariamente a tais críticas, ao lembrar que frente aos demais legitimados no Brasil, o Ministério Público desenvolve superiormente seu papel demandista na defesa dos interesses coletivos, constatação acompanhada da especialização dos seus órgãos, realização de congressos e simpósios para o estudo do tema.³⁸⁷

Particularmente, no Brasil, o modelo social democrático de 1988 trouxe um Ministério Público destinado à preservação dos fundamentos e valores constitucionais. Lembra-se que pouco após a promulgação do texto constitucional, falava-se que a instituição se assemelhava ao *ombudsman* de origem sueca, a quem se entregou o controle da função administrativa do estado.³⁸⁸

³⁸⁴STF, ADPF nº 45, rel. Ministro Celso de Mello, j. em 29/04/2004, Informativo nº 345.

³⁸⁵De fato, como lembra Geisa de Assis Rodrigues “se consagraram no texto constitucional alguns pontos negativos, como a investidura do Procurador-Geral da República pela mera nomeação do Presidente da República, sem a consulta aos membros do Ministério Público Federal como ocorre nos demais ramos do Ministério Público, inclusive nos outros integrantes do Ministério Público da União, e a possibilidade de sua eterna recondução; a admissibilidade dos membros que ingressaram na Instituição antes de 1988 exercerem a advocacia privada”. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 61.

³⁸⁶MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, cit., p. 120-121.

³⁸⁷Id. *Ibid.*, p. 121-122.

³⁸⁸“Surgido na Suécia há quase dois séculos, o *ombudsman* tem no controle da função administrativa do Estado seu campo de atuação originário. Nasce como uma instituição independente do Poder Executivo, mas ligada ao Parlamento, atuando extrajudicialmente para dar respostas às reclamações dos cidadãos

O modelo escandinavo permite a esse agente público encarregado pelo Legislativo (daí porque denominar-se ombudsman parlamentar) supervisionar os serviços públicos do país, sob três aspectos: 1) cumprimento das obrigações pelos agentes que ocupam cargos públicos; 2) observância do princípio da objetividade e imparcialidade; 3) respeito aos direitos dos indivíduos pela Administração Pública.³⁸⁹

E a prática permite afirmar que a instituição deixou de atuar nos quadrantes do processo civil tradicional e passou a atuar na resolução de conflitos na fase política, administrativa e extrajudicial, o que de certo modo alterou significativamente sua conformação e realçou a característica de agentes políticos dos seus membros.

Diante desse quadro, parece não haver dúvidas de que a instituição tem fortes compromissos com a consecução dos direitos fundamentais, como também já tinha com os direitos de primeira geração, a respeito dos quais, como constou, o Estado assume um papel negativo, qual seja, o de se abster de violá-los, pena de sofrer demandas constitucionais para sua prevenção ou restabelecimento (Habeas Corpus Preventivo e Liberatório, Mandado de Segurança, Ação Popular, etc).

A assunção dessa competência constitucional com o mínimo desejável em um Estado de Direito tem levado a um sem número de embates, e à tentativa do legislador em refrear a missão ministerial.

E, o destinatário das ações do Estado, outorgante do mandato popular muita vez enxergou nos membros do *Parquet* verdadeira tábua de salvação para a conquista e preservação dos seus direitos, invariavelmente único interlocutor entre ela e a administração ou a classe política.

contra a ineficiente prestação de serviços públicos ou a adoção de práticas administrativas incompatíveis com o interesse público. Nesta concepção primeva o *ombudsman* apenas atua na esfera não jurisdicional, e suas deliberações não vinculam o Poder Público, mas já conta com poderes de requisição de informações e oitiva de pessoas para que possa instruir suas investigações.

Mais recentemente vivemos o fenômeno da multiplicação do *ombudsman*, tanto espacial, uma vez que vários são os países que passaram a adotar a instituição, quanto material, pois a esfera de atuação do *ombudsman* se ampliou significativamente para abranger relações de consumo, liberdade econômica, imprensa, serviços bancários etc. Assim, o termo ombudsman significa hoje *the grievance man, l'uomo dei reclami*, cuja função é a de examinar as querelas contra sujeitos públicos e privados, e apresentar uma forma de solução de controvérsia alternativa, mais rápida, econômica e facilmente acessível. Ademais, já se admite que suas decisões sejam imperativas, ou, eventualmente, que possa postular em juízo em favor do reclamante. O *ombudsman*, com ou sem poder decisório vinculante, exerce um importante papel na solução extrajudicial dos conflitos, atuando como mediador entre as partes. A sua atuação mais intensa é na composição de litígios individuais, mas é comum que ao detectar a incidência social do conflito o *ombudsman* expeça recomendações de caráter mais genérico, ou proponha alterações legislativas que possam erradicar o conflito transindividual". RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit., p. 57-58.

³⁸⁹SARDÀ, Clara Marquet. op. cit., p. 179.

No exercício funcional se detectam conflitos entre o administrador e o cidadão, seja em nível individual ou coletivo, cabendo ao órgão ministerial agir para a preservação dos seus direitos fundamentais.

Particularmente, na área da defesa dos direitos da pessoa idosa, tema em crescente e rápida expansão no país, a notícia da vulnerabilidade e da falta de assistência integral muitas vezes chega primeiro ao Ministério Público, a quem cabe curar as desigualdades e enviar medidas preventivas ou repressivas para evitar o risco a que tal grupo fica submetido e defender o mínimo existencial.

Por isso, a doutrina já afirmou que,

“O Ministério Público que emerge da nova ordem constitucional é uma instituição diferente, com novas atribuições, com importantes garantias institucionais e pessoais, aliando a sua histórica tradição de postulação em juízo, seja no âmbito penal, seja no âmbito cível na tutela de direitos transindividuais e individuais indisponíveis, com a possibilidade de uma ampla atuação de defesa extrajudicial da cidadania, e com os poderes de investigação e de utilizar outras medidas extrajudiciais para a defesa do patrimônio público e social. Esse processo de renovação da identidade do Ministério Público não é inédito, já tinha ocorrido nas suas origens, uma vez que os *procureurs du roi* realizaram uma progressiva identificação dos interesses da Coroa com os interesses da nação”.³⁹⁰

É certo que a ordem constitucional de 1988 além de reconfigurar o Ministério Público, trouxe-lhe maiores atribuições para a consecução dos seus fins, tal como se lê no art. 127, *caput* da CF.

A reorganização, baseada na racionalização e na interdependência está a lhe exigir mudança de estrutura e posicionamento.

Se é certo afirmar que no período antecedente a 1988 a Instituição atuava com certa estabilidade e precedência nas lides envolvendo o interesse público que a atraía, mas que se resolvia com a disputa particularizada entre A e B, hoje se põe a participar dos destinos do Estado, em prol da observância dos interesses coletivos, fundamentais, dentre os quais os sociais.

Nos Comentários ao Código de Processo Civil, Pontes de Miranda foi significativo na demonstração de quais eram os pontos de interesse da atuação do *Parquet*. Possuía

³⁹⁰RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit., p. 59-60.

legitimação para as ações penais. Mas, na esfera cível sua atuação foi ilustrada com os seguintes exemplos:

“Nas ações cíveis, cumpre que se mostrem alguns exemplos. Se o pai ou mãe abusa do seu poder, ou falta aos deveres paternos, ou causa danos ao patrimônio do filho, ou dos filhos, pode o Ministério Público exercer a ação para que o juiz decrete a medida adequada à segurança, à saúde, à educação e aos haveres do menor, inclusive a suspensão do pátrio poder. No caso de menores abandonados sem tutores ou curadores e ao Ministério Público toca a missão de pedir ao juiz que os nomeie. As interdições também podem ser promovidas pelo Ministério Público se o caso é de loucura furiosa, se não existem, ou não pedem a interdição o pai, a mãe, o tutor, o cônjuge ou algum parente próximo, ou se os que o poderiam fazer estão incapazes. Em se tratando de ausência, sem notícia da pessoa e sem quem a represente ou dela seja procurador, tem o Ministério Público a função de pedir a nomeação de curador. Esgotado o prazo para que se saiba onde está o ausente, e sem que apareça quem o represente, ou dele seja procurador, e sem alguém que peça a abertura de sucessão provisória, surge para o Ministério Público a legitimação ao pedido...”³⁹¹

Alguns anos mais tarde, sob a vigência da Constituição de 1988, a doutrina especializada apresentou novos pontos de interesse que indicavam a mudança do perfil da organização.

Antônio Cláudio da Costa Machado lembrou que algumas ações foram autorizadas pela própria Carta da República, a saber: Representação do procurador-geral da República ao Supremo Tribunal Federal, para exigir observância dos princípios indicados no art. 34, VII (art. 36, III); Representação do procurador-geral de justiça ao Tribunal de Justiça local, para a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual (art. 35, IV, c.c. o art. 129, IV); Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III); Ação de dissolução de sociedades civis, com atividade ilícita ou imoral (CPC de 1939, art. 670 (...) CPC de 1973, art. 1.218, VII), dentre outras.³⁹²

Se se pode afirmar que sob aquele perfil o Ministério Público também defendia o interesse público, cabendo-lhe ajuizar ações ou mesmo intervir como *custos legis* (arts. 81 e 82 do CPC) para a proteção de certos interesses sobre os quais o Estado tinha interesse direto e imediato para o prevalecimento da lei, os respectivos julgados afetavam a pessoa

³⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 2, p. 143-144.

³⁹² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, cit., p. 87-88.

individualmente considerada. A respeito, a doutrina assinalava que o ofício institucional era, por excelência ativo, sem que isso representasse qualquer significado de coordenação das atividades governamentais. Ou seja, a organização era vista como órgão cooperador.³⁹³

Sob a nova ordem constitucional, contudo, não basta aos integrantes da Instituição trabalharem com os velhos paradigmas. Hoje, muitos dos conflitos que chegam à Instituição, ou são coletivos por excelência (meio ambiente, relações de consumo, patrimônio histórico e cultural, direitos sociais), ou se apresentam como individuais, porém dotados de interesse coletivo a ponto de deverem ser considerados pseudoindividuais.

Um olhar puramente isolado do conflito individual – medicamentos, vagas em creches, ensino fundamental, em unidades de atendimento às pessoas idosas – sem atentar para sua dimensão coletiva não atende suficientemente as funções do *Parquet*.

Portanto, é equívoco e viola as teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, porque invariavelmente ficam sujeitas aos critérios de ponderação. Nesse prisma, o tratamento individual - ainda que se revista de interesse público e recomende a atuação do Parquet, não satisfaz suficientemente a missão institucional.³⁹⁴

O adequado tratamento desses conflitos está a exigir que se conheçam os problemas na sua raiz pelos mecanismos coletivos de investigação, de composição e de ação, sob pena de se frustrar os escopos constitucionais da organização, com o odioso descumprimento da ordem jurídica.

Portanto, no estado do bem estar social todos os que estiverem sujeitos a seus benefícios devem ser atingidos, para o que o Ministério Público deve se obrigar. Para tanto, é preciso que a Instituição sopesse princípios constitucionais, atue em rede, coordenadamente, com fins e propósitos racionais em todos os momentos em que lhe cabe desempenhar suas funções.

³⁹³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, cit., t. 3, p. 139.

³⁹⁴“em qualquer caso, a aplicação dos recursos públicos não há de depender de considerações unicamente individuais, sem que se leve em conta os interesses coletivos”. GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenez; MORAES, Filomeno (Coords.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 121-126.

32. Separação entre os poderes

Embora o assunto não enseje nenhuma novidade na doutrina, não há como excluir sua discussão da esfera de interesses do processo, em especial da atuação, espera-se integrada, dos membros do *Parquet*.

De acordo com a doutrina e a orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, o Judiciário não deve deixar de exercer o controle sobre as políticas públicas, inclusive sobre os atos discricionários do administrador, porque em última análise se estará controlando a aplicação da Constituição. Nesse sentido, aduz o Ministro Celso de Mello que,

“o desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos de patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado”.³⁹⁵

Cabe, pois, investigar até que ponto o juiz, muitas vezes premido pela ação do Ministério Público, está autorizado a agir no lugar das demais funções (poderes) do Estado. Da mesma maneira, até onde pode chegar o pedido deduzido pelo integrante da organização ministerial se a política é ausente ou existindo, é insuficiente. Ao mesmo tempo é preciso investigar se se deve distinguir os processos que portam conflitos de interesse público, como o são os em que se debate as políticas.³⁹⁶

Na obra do pensador francês Montesquieu na qual apontou as três funções do Estado, ou seja, a de fazer leis, a de julgar e a de executar (“fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança, prevenir as invasões”) há expressa afirmação de que a reunião das funções de julgar, fazer leis e executar em mãos de uma mesma autoridade afasta a liberdade, pois há o risco do estabelecimento de leis tirânicas para execução tiranicamente. Se o poder de julgar viesse acoplado ao de legislar, “o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador”. Se o

³⁹⁵ AI nº 598212, Informativo nº 711. No mesmo sentido: “No Estado Constitucional de Direito, ou também chamado Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário tem, não apenas a faculdade senão o dever, de intervir em políticas públicas, por meio das ações e processos que permitem tal possibilidade” (“dentro del Estado Constitucional de Derecho, o también llamado Estado Democrático de Derecho, el Poder Judicial tiene, no solo la facultad sino el deber, de intervenir en políticas públicas, por medio de las acciones y procesos que brindan tal posibilidad”). SEDLACEK, Frederico D. *Nuevas herramientas para la ejecución de sentencias em litígios estructurales: el Case Management anglosajón y la cosa juzgada dinámica*. p. 1. Disponível em: <www.cjprocesalistas.com.ar>. Acesso em: 01 maio 2014.

³⁹⁶ Id. Ibid., p. 1.

poder de julgar se juntasse com o de executar, o juiz possivelmente se tornaria em um opressor.³⁹⁷

Em interessante passagem da mesma obra, o autor lembra que todo aquele que detém poder é tentado a abusar dele, o que apenas pode ser contido se encontrar limites.³⁹⁸

A difusão dessa escola é prestigiada até hoje. A crítica que se encontra quando a repartição de competências é colocada em risco se funda na impossibilidade da quebra desse equilíbrio. Fala-se em ativismo judicial, ao mesmo tempo em que se aponta a impossibilidade de o magistrado, no exercício da judicatura ultrapassar os limites impostos pelo legislador. Durante a tentativa de implantação do modelo estadunidense de controle da constitucionalidade em países europeus, como França, Alemanha e Itália, temeu-se pelo risco de enfraquecimento administrativo e de os juízes ordinários não saberem interpretar o texto constitucional.³⁹⁹ Ainda, falava-se na implantação do Governo dos Juízes nos Estados Unidos da América⁴⁰⁰, motivos tais que levaram os países do velho continente a optarem pelo modelo *kelseniano* de controle da constitucionalidade.

O tema da interferência da magistratura nas demais funções do governo continua atual.

³⁹⁷MONTESQUIEU, Charles de Secondat (1689-1755). *Do Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. Capítulo VI, p. 181.

³⁹⁸Id. Ibid., Capítulo IV, p. 179.

³⁹⁹FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Ed., 2004. p. 18-22.

⁴⁰⁰Segundo Lambert, a expressão Governo do Judiciário não é sua. Esse é o título de um notável estudo de direito constitucional publicado em 1911, por “L. -B Boudin, em 26. *Political Science Quarterly*, 238/270, e escrito sob a influência da campanha de protesto do ex-presidente Roosevelt contra os obstáculos trazidos pelo controle judiciário ao desenvolvimento da legislação social e trabalhista e, deste dirigente, tomou um certo aspecto de combatividade. Esta é uma obra de um jurista que não critica esse princípio de controle, mas apenas a extensão da competência legislativa à da oportunidade das leis. Quase sob o mesmo título, *Government by judges*, que um dos grandes dignatários da magistratura, Sr. Walter Clarck, presidente da Corte Suprema da Carolina do Norte, publicava um discurso feito à Cooper Union em 27 de janeiro de 1914, no qual ele denunciava as novas diretrizes que tomaram o controle judiciário de constitucionalidade das leis como uma perversão da constituição. Cf. também seu artigo: *Some Myths of de law*, na edição de novembro de 1914 no *Michigan Law Review*” (L'étude, si solidement documentée, de L.-B Boudin, dans 26. *Political Science Quarterly*, 238-270, a été sous l'influence de La campagne de protestaion de l'ex-président Roosevelt contre lês obstacles apportés par lê controle judiciaire au développement de la législation sociale et ouvrière et, de ce chef, a pris une certainine allure de combativité. Mais c'est l'oeuvre d'un juriste qui ne critique pás lê principe même de ce controle mais seulement son extension de l'examen de la compétence législative à celui de l-opportunité dès lois. C'est à peu près sous lê même titre, *Government by Judges*, qu'un dès hauts dignitaires de la magistrature, M.Walter Clark, président de La Cour suprême de North Carolina, publiait un discours fait à Cooper Union lê 27 janvier 1914, dans lequel il dénonçait lês directions nourvelles qu'avait prises lê controle judiciaire de constitutionnalité dès lois comme une perversion de La constitution. Cf. aussi son article: *Some Myths of the Law*, dans le numéro de novembre 1914 de *Michigan Law Review*). LAMBERT, Edoard. *Gouvernement des juges et la lute contre la legislation sociale aus États-Unis*, cit., p. 8 e nota de rodapé 1.

Cada um dos poderes é vocacionado para o desempenho de funções específicas, segundo o texto constitucional que os consagra. Ainda que essa especificação não seja encontrada a lacuna será preenchida pela doutrina e operadores do sistema, com fundamento no rol de competências de cada órgão do poder. Não poderá haver, consoante já constou, indevida interferência de um na competência do outro.⁴⁰¹

Por isso Ada Pellegrini Grinover lembrou que os poderes são independentes, mas também devem atuar em harmonia, única maneira de se alcançar os objetivos da República expressamente previstos no art. 3º, da CF.⁴⁰²

O tema não teria tanto interesse se não se estivesse tratando do controle das políticas públicas pelo braço jurisdicional do estado.

Não é incomum a afirmação de que o Estado-juiz não pode interferir nas demais esferas de poder, pena de violação da cláusula da separação entre os poderes.

A multiplicidade de direitos postos à disposição do indivíduo, muitos dos quais entendidos como básicos à vida digna tem ensejado sérios embates no país, a ponto de se deflagrarem projetos de emendas à Constituição para o nítido refreamento do Supremo Tribunal Federal e do Ministério Público.

Refiro-me à Proposta de Emenda Constitucional número 33 que “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”.

Na exposição de motivos que levou o parlamentar do Piauí a propor dita alteração constitucional, destaco o seguinte parágrafo, significativo em termos da tensão existente entre o Legislativo e o Judiciário:

“Além da judicialização, temos a vertente do ativismo judicial. O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador”.⁴⁰³

⁴⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115-116.

⁴⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, cit., p. 4.

⁴⁰³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 29 out. 2014.

O Projeto de Emenda à Constituição número 37, já rejeitado, também teve o escopo de suprimir do Ministério Público a prerrogativa de realizar investigação na área criminal, ao mesmo tempo em que diversos países colocam sob a responsabilidade da organização a direção da polícia judiciária.

O respeito mútuo e o encontro do ponto de equilíbrio entre as três funções do estado é possível. Críticas mútuas são e já foram lançadas pelos chefes dos três poderes da República, algumas vezes pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Joaquim Barbosa, que com destemor, já atacou o modelo político-institucional do país.⁴⁰⁴

Sem abraçar a polêmica, se o Executivo é quem pauta as ações do Legislativo, especialmente porque como se sabe faz muito para manter sua base aliada nas casas legislativas, é bem possível que esse desequilíbrio também exista entre ambos os poderes, em clara violação à Constituição Federal.

Do ponto de vista do presente estudo, a função judiciária deve respeito ao modelo constitucional que a consagrou, porque se a reunião de poderes em uma só pessoa coloca a democracia em risco, o desempenho da atividade judicial deve observar suas linhas divisórias. Caso contrário, haverá invasão das demais esferas de poder, legislativo e executivo, e “até mesmo da função de governo”.⁴⁰⁵

Isso não implica em reduzir a importância desse poder, cuja função de aplicar o direito traduz-se na subsunção do caso concreto à lei, na interpretação da norma e na criação de posições jurisprudenciais que passarão a orientar casos semelhantes.⁴⁰⁶ Até

⁴⁰⁴ Ontem e hoje, os meios de comunicação divulgaram palestra proferida pela mesma autoridade a alunos do Instituto Superior de Brasília, onde é professor. “Segundo o presidente do STF, os partidos políticos do Brasil são de ‘mentirinha’. ‘O grosso dos brasileiros não vê consistência ideológica e programática em nenhum dos partidos’, disse. A manifestação de Barbosa causou mal-estar e provocou protestos no Congresso. Para o presidente da Câmara, Henrique Alves (PMDB-RN), a frase foi ‘desrespeitosa’. Em nota, Barbosa disse que não quis ‘emitir juízo de valor’ sobre o Legislativo e que falou como ‘acadêmico e professor’”. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 maio 2013, p. A1.

⁴⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, cit., p. 116.

⁴⁰⁶ “A discricionariedade judicial, por outro lado, também conhece em si própria uma gradação, pois, conforme aduz Karl Larenz, ‘desde a subsunção simples (lógica) até ao juízo de valor estritamente pessoal do juiz que decide, o qual nos casos-limite substitui a comunidade jurídica, representando-a, desenrola-se um vasto campo de tensão’. Haverá liberdade mínima se o texto normativo for vazado de modo preciso e objetivo e máxima se a solução da espécie demandar a integração de lacuna. Entre esses dois extremos, situam-se, talvez, a maior parte das situações submetidas a julgamento, em que o julgador detém considerável margem de manobra, devido, por exemplo, à existência de programas normativos conflitantes, cada qual atrelado à distinta combinação de métodos de interpretação, ou por se tratar de dispositivo legal que renda ensejo à formulação de um conceito indeterminado”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, cit., p. 124.

mesmo nos países de origem anglo-saxônica, onde vigora o método *stare decisis*, a formulação e a aplicação do direito podem ser distinguidas.⁴⁰⁷

Porém, a doutrina reconhece ser preciso observar o devido processo constitucional, porque para a gestão judicial desses litígios, em especial no momento da execução do julgado será preciso levar em conta a divisão de poderes.⁴⁰⁸

Julgar é ato de inteligência, nos quadrantes da imposição normativa e das fontes do direito. Conforme já constou, o direito de liberdade está intimamente ligado à renúncia de direitos em favor da convivência comum. Julgar nesses limites é prestigiar a segurança jurídica, pois se pressupõe que todos conheçam o que é lícito e ilícito, ou seja, o que é permitido ou proibido fazer.⁴⁰⁹

Não se pode ignorar tais princípios e ideias. É preciso levar em consideração que as demandas nas quais se veiculam conflitos estruturais ou estratégicos, também chamados de interesse público são dotadas de características que as distinguem do processo comum, se é que assim se o pode chamar.

As limitações às demandas nessa área são manifestas.

O Ministério Público tem o dever constitucional de reconhecê-las, mas mais que isso adotar linhas de atuação que conduzam a uma política institucional equânime a ser seguida por seus integrantes.

Portanto, ao se detectar a ausência ou a deficiência de dada política, é imperioso se reconhecer que há uma função pública constitucional para solucioná-la, quem poderá naturalmente supri-la ou assumir o compromisso de realizá-la. Caso necessário, a função jurisdicional do Estado poderá reconhecer a omissão inconstitucional, proferindo decisão.

⁴⁰⁷“...não há que se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal da atividade do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva. Tanto é assim que, mesmo nos casos em que há amplo espaço para a movimentação do juiz, por inexistir precedente aplicável ou por existir um texto legislativo vazado em linguagem da qual decorram conceitos amplos e indeterminados, não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário deste, a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica (escolha de método de interpretação adequado, integração por meio de princípios gerais de direito ou analogia etc.)”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, cit., p. 109.

⁴⁰⁸SEDLACEK, Frederico D. op. cit., p. 1.

⁴⁰⁹LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11. “Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um estado de Direito, afetando-se inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura agressão ao princípio da separação dos Poderes”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, cit., p. 120.

Essa, contudo, deverá zelar pelo critério da razoabilidade, cujo deslinde se alcança através da aplicação do princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso.

Por elucidativo, trago à colação trecho do artigo de Ada Pellegrini Grinover, quando examinou caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em demanda promovida pelo Ministério Público do mesmo Estado:

Tratava-se de Ação Coletiva ajuizada para a contratação ou nomeação de profissionais da saúde – médicos e técnicos para o Hospital Salgado Filho. Improcedente em primeiro grau, o Tribunal deu provimento ao recurso do Parquet e condenou a Fazenda Pública a tais obrigações de fazer, para o que foi compelida, de acordo com relatório da Secretaria Estadual de Saúde a abrir concurso para a contratação de: 79 médicos de várias especialidades; 03 dentistas; 89 enfermeiros e 112 técnicos e auxiliares de enfermagem.

Ocorreu que, o recurso foi julgado com fundamento em dados obtidos doze anos antes, de maneira que

“as circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas e até jurídicas podem ter se alterado, sendo irrazoável que a condenação engesse a atuação da administração conforme se apresentava 12 anos antes, impondo uma obrigação de fazer que pode não corresponder à atual necessidade. Aqui, mais uma vez, vem a pelo a ‘proibição do excesso’, contida no princípio da proporcionalidade”.⁴¹⁰

⁴¹⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, cit., p. 14-15.

IV. MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO

33. Poder investigatório

Há um sistema positivo que orienta a investigação a cargo do Ministério Público.

O próprio legislador racionaliza e otimiza a atuação do integrante da Organização, como de resto se entende deva ser extraído do sistema jurídico-constitucional para idêntica orientação em todas as suas funções.

Nessa esteira, estima-se ser possível estabelecer o regime para a produção da prova na esfera civil ou penal, lembrando-se que tais poderes estão muito mais conectados à defesa e preservação dos direitos fundamentais; individuais e metaindividuais, em relação aos quais os poderes de investigação foram postos à disposição do *Parquet*.

Portanto, os métodos investigativos de reconstrução da realidade devem atender a princípios constitucionais e legais, sem o que a Instituição se arrisca a invadir a esfera da antijuridicidade⁴¹¹ e, até mesmo, eventualmente, da imoralidade, afastando-se da missão para a qual está vocacionada. Ou seja, “em uma metodologia mais consentânea com o Estado Democrático de Direito o que ocorre é o inverso, a liberdade é a regra e sua limitação a exceção”.⁴¹²

A partir do momento em que se instaura o inquérito civil, o encarregado se obriga a obedecer dogmas e princípios fundamentais. Eventual flexibilização pode ocorrer, como no caso das requisições e conduções coercitivas, desde que se apoiem em critérios e fins igualmente legítimos (art. 129 VI da CF e 8º da LC 75/93).

⁴¹¹“...3. O ato judicial praticado pelo recorrido (magistrado estadual) consistiu na decretação de prisão temporária da empregada doméstica que praticou lesões apontadas como graves em um senhor de 87 anos. Os fatos foram denunciados pelos filhos da vítima. 4. As atividades judiciais praticadas pelos empregados não provocam, por si só, improbidade administrativa, mesmo que excessivos. 5. A ação judicial do magistrado recorrido não implicou nenhuma lesão aos cofres públicos, nem lhe rendeu qualquer vantagem financeira e patrimonial alguma. 6. Recurso não-provido” (REsp 910.909/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., j. em 18/12/2007, DJe /03/03/2008). Ainda, extraio acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça que, em Mandado de Segurança decidiu pelo trancamento de Ação Civil Pública baseada em dados colhidos sobre matéria para a qual o Ministério Público não ostentava legitimação: “Não se cuidando de interesses difusos ou coletivos, mas de interesses individuais de um determinado grupo de consumidores, perfeitamente identificáveis, afasta-se a legitimidade do Ministério Público, competindo aos interessados a propositura da ação que entendam apropriada, com invocação dos direitos cabíveis. Recurso a que se dá provimento” (REsp 134.745/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. em 08/11/2005).

⁴¹²AMARAL, Cynthia Pardo Andrade; GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. Inquérito civil: poderes investigatórios e controle interno. In: In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel (Coords.). *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2013. p. 655.

Outrossim, é necessário trazer como ponto de partida das ideias que nesse capítulo passarão a ser expostas, lição de Yarshell para quem, embora a prova encontre regulamentação na legislação processual e tenha base no processo jurisdicional, sua formação pode ser encontrada fora dele, isto é, fora do processo principal definido como o em que se dá a atuação prática do direito.⁴¹³

Em abono a esse ensinamento lembro a existência dos *pre-action protocols* (protocolos pré-ação) do direito inglês, segundo os quais aos possíveis litigantes do processo judicial é permitido que passem a trocar informações e documentos para avaliarem a qualidade do material probatório de que se revestem, e possam encaminhar o conflito à solução consensual, mediante acordo.⁴¹⁴

O poder investigatório da instituição se dá tanto na esfera criminal, quanto civil.

Quanto a essa, Hugo Mazzilli contrapõe-se à solução encontrada pelo Ministério Público de São Paulo para, no lugar de inquérito civil, instaurar processos preliminares para os mesmos fins do primeiro.

Admite, como de regra ocorre que se proceda a esclarecimentos iniciais para se decidir se a representação recomenda ou não o inquérito. Isso se dá em razão da necessidade de se aclarar determinados fatos, quando a incerteza entre a instauração e o indeferimento impede que o Promotor ou Procurador decida num ou noutro sentido.

O sistema, porém, não tolera que se generalize a instauração de outros processos no lugar do inquérito civil, cujo regime encontra base legal conforme adiante se verá. Ou seja, não se concebe se investigue o fato para se saber se é o caso de se investigar esse mesmo fato.⁴¹⁵

⁴¹³“No Direito Francês há o instituto da enquête – originalmente tida como o interrogatório de testemunha, perante comissários que colhiam as declarações de forma verbal. No Direito Alemão, o § 377 da ZPO, com alteração operada em 1990, aceita que o juiz admita declaração feita por escrito (*schriftliche Beantwortung der Beweisfrage*), ficando a seu critério o comparecimento em audiência, levando-se em conta a pessoa da testemunha e o tema da prova. (...) No campo da prova pericial, novamente para ilustrar, lembre-se a regra contida no art. 427 do nosso CPC, que expressamente alude a pareceres técnicos cuja confecção (e, portanto, efetiva produção) as partes podem providenciar de sorte a eventualmente até dispensar a realização da prova pericial, isto é, sua produção dentro do processo judicial”. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 26 e 31-32.

⁴¹⁴SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 18-21. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 118, p. 75-88, nov./dez. 2004.

⁴¹⁵MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 131. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Édís. *Ação civil pública – Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 67.

A necessidade de se adequar as ações do *Parquet* a um regime jurídico que lhe permita investigar e permita ao investigado se defender, ainda que não se esteja em juízo, recomenda a adoção de linhas de atuação, trilhas de entendimento, visando, inclusive a tutela das liberdades públicas.

Recentemente, o Brasil vivenciou forte movimento popular contra a Proposta de Emenda Constitucional nº 37, que visava suprimir do Ministério Público atribuições para a investigação em matérias de cunho penal. Atualmente, essa proposta encontra-se arquivada, porque rejeitada.

Sem adentrar aos aspectos sociológicos, do tema avultam-me os motivos deduzidos na justificativa dessa proposição. Segundo nela se colhe, é preciso sistematizar ou ordenar os métodos de investigação criminal levados a termo pela organização, pois exercem sérios reflexos nos direitos fundamentais do investigado, assim como na regularidade do processo judicial.⁴¹⁶

Dentre as razões oferecidas para o acolhimento do projeto é preciso citar as seguintes: “(a) a Constituição Federal é clara ao atribuir a função investigatória à Polícia Judiciária e o art. 144 § 1º, inciso IV, da Constituição Federal, dá à Polícia Federal a exclusividade da investigação criminal; (b) a investigação realizada pelo órgão do Ministério Público provocaria uma ofensa ao processo de estrutura acusatória; (c) o Ministério Público não está submetido a formas de controle no exercício de suas funções, o que enseja abusos; (d) o Ministério Público faz investigações sigilosas; (e) não existe norma regulamentando o procedimento investigatório a cargo do Ministério Público”.⁴¹⁷

Ainda que no artigo citado tenha havido resposta a todas as assertivas contrariamente às de quem defende a exclusividade da investigação pela polícia judiciária, elas sinalizaram o quão necessário é o estabelecimento do regime jurídico reclamado sob pena de se ver instalada insegurança jurídica, e a qualquer tempo, uma nova tentativa de supressão dessa função, em prejuízo do combate à criminalidade e do público em geral.

⁴¹⁶“(…) A falta de regras claras definindo a atuação dos órgãos de segurança pública neste processo tem causado grandes problemas ao processo jurídico no Brasil. Nessa linha, temos observado procedimentos informais de investigação conduzidos em instrumentos, sem forma, sem controle e sem prazo, condições absolutamente contrárias ao estado de direito vigente. Dentro desse diapasão, vários processos têm sua instrução prejudicada e sendo questionado o feito junto aos Tribunais Superiores. Este procedimento realizado pelo Estado, por intermédio exclusivo da polícia civil e federal propiciará às partes – Ministério Público e a defesa, além de indeclinável robustez probatória servível à propositura da ação penal, também elementos necessários à defesa, tudo vertido para a efetiva realização da justiça”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 08 nov. 2014.

⁴¹⁷SMANIO, Gianpaolo Poggio; MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. A investigação criminal a cargo do Ministério Público. São Paulo: Edições APMP, 2013. p. 73.

34. Inquérito civil. Antecedentes históricos e enquadramento normativo

O inquérito civil foi previsto e criado pelo art. 8º da Lei 7.347/85, ou seja, a Lei da Ação Civil Pública, ganhando posteriormente *status* constitucional, pois foi inscrito no art. 129, III, da CF⁴¹⁸, em capítulo e seção dedicados exclusivamente ao Ministério Público.

Sem embargo da distinção com que o legislador constitucional tratou dos assuntos dedicados ao *Parquet* brasileiro, importante braço do estado na busca da consolidação do estado social democrático de direito (art. 1º, da CF), esse instrumento investigatório é tido como espelho do inquérito policial, cuja responsabilidade está a cargo da polícia judiciária.

Destinado a preparar futura e eventual ação civil pública, é nele que se reunirão os elementos necessários à formação da convicção do membro do Ministério Público.

De origem romana, a investigação preparatória criminal foi prevista pelo Decreto-lei 4.824, de 22 de setembro de 1871, que regulamentou a Lei 2.033, de 20 de setembro do mesmo ano. Sua criação teve em vista impedir a devassa que se fazia na vida privada do investigado, antes que o fato chegasse ao conhecimento judicial. Ou seja, funcionava como procedimento sumário de apuração, de modo que o juiz não participava da sua formulação, antes que a investigação estivesse concluída.⁴¹⁹

Muito embora para o aforamento da ação civil pública existam outros legitimados, o respectivo procedimento investigatório é de uso exclusivo do Ministério Público⁴²⁰, sendo entendido como procedimento de apuração de natureza administrativa, em que serão

⁴¹⁸ Ao lado da inserção constitucional, o inquérito civil está previsto em diversos textos legais: a) art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85; b) art. 6º da Lei n. 7.853/89; c) art. 201 da Lei n. 8.069/90; d) art. 90 da Lei n. 8.078/90; e) arts. 25, IV, e 26 da Lei n. 8.625/93; f) arts. 6º, 7º e 8º da Lei Complementar n. 75/93; g) art. 19, parágrafo único, da Lei n. 9.605/1998; h) art. 74, I, da Lei n. 10.741/2003.

⁴¹⁹ “Essa criação inspirou-se reconhecidamente no inquérito policial, que, por sua vez, como mecanismo investigatório para colheita de uma informação preparatória antes de exercer-se a acusação penal, provinha da tradição da jurisprudência romana, como anotou João Mendes de Almeida Júnior. Já a expressão inquérito policial foi usada pela primeira vez entre nós pelo Dec.-lei n. 4.824, de 22 de novembro de 1871, que veio regulamentar a Lei n. 2.033, de 20 de setembro do mesmo ano. Visava a instituição do inquérito policial a impedir as verdadeiras devassas que, até então, vinham sendo feitas de forma abusiva pelas autoridades policiais: tratava-se ele ‘de um auxílio para esclarecimento, para suprir a ausência do juiz na formação da culpa. É uma inquirição de testemunhas, feita nos primeiros momentos do delito e autuada em sumária informação’. Segundo as palavras do ministro da Justiça da época, referindo-se à instituição do inquérito policial, ‘essa primeira informação é o expediente mais próprio para resolver a dificuldade nascida das nossas condições territoriais desde que tiramos às autoridades policiais a atribuição de formar culpa e desde que não aceitamos a ideia lembrada por José de Alencar, no ano passado, isto é, a ideia de delegar aos juízes de paz a atribuição de inquirir as testemunhas do sumário da acusação’”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 39-40.

⁴²⁰ “O inquérito civil foi concebido na Lei da Ação Civil Pública como um procedimento de investigação de atribuição exclusiva do Ministério Público para a verificação da existência de lesão ou ameaça de lesão a direito transindividual”. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 74.

coletados elementos probatórios, materiais, orais, ao qual se aplicam os princípios da administração, pois considerado processo administrativo.

Portanto, o inquérito civil é a sede investigatória adequada na qual um dos legitimados à propositura da ação civil desenvolverá sua atuação, com o escopo de reunir elementos de convicção.⁴²¹ Sem dúvidas, devido à proximidade com o evento lesivo aos interesses que visa proteger, ele se desenvolve, senão em tempo real, em momento mais próximo do ocorrido. Daí a importância da atuação do membro do Ministério Público, que deverá ser criativo e atento às provas que se farão necessárias à reprodução da realidade.

Nos anos que antecederam a Constituição de 1988, não foram poucas as ações desenvolvidas pelo Ministério Público Brasileiro para a constitucionalização e o fortalecimento das suas bases, cuja experiência negativa já tinha vivenciado na frustrante reforma constitucional de 1977.

O país estava deixando para trás o governo militar, período em que o presidente da república era eleito indiretamente, para ganhar constituição democrática, reorganização da federação e presidente eleito diretamente pelo voto popular. Isso contribuía fortemente para a constitucionalização de uma instituição democrática e voltada para os interesses sociais, o que viria a ser de extrema valia para a transformação do estado e implantação do governo social democrático. Interessante citação apontada por Puoli permite retratar o alcance da proposição liderada pelo então Depurado Plínio de Arruda Sampaio, relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público da Constituinte de 1988, ao afirmar que o Ministério Público se destacava da tradicional tripartição de funções desenhada por *Montesquieu*, razão pela qual se tratava de órgão independente dos poderes do estado, com autonomia financeira, política e administrativa.⁴²²

⁴²¹“Os benefícios extraprocessuais do inquérito civil público não se circunscrevem à colheita de provas e outros elementos de convicção para embasar a atuação funcional do Ministério Público ante fatos merecedores de apuração. Além deste objetivo principal, muitas vezes o inquérito terá o condão de instrumentalizar termos de ajustamento de conduta (§ 6º do art. 5º da Lei 7.347/85), com resultados satisfatórios principalmente no campo reparatório, sendo também através dele expedidas recomendações à Administração Pública objetivando cessar (ou evitar) determinada irregularidade. Mais: Rodolfo de Camargo Mancuso acentua com propriedade também o ‘...papel preventivo ou intimidativo sobre o potencial infrator de uma norma tuteladora de um interesse difuso’”. ALONSO JUNIOR, Hamilton. A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.p. 297-298.

⁴²²PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*, cit., p. 31.

A doutrina recorda que o anteprojeto final preparado pelo próprio Ministério Público, em âmbito nacional, foi batizado com o nome Carta de Curitiba, cujo conteúdo pode ser assim sintetizado:

“a) os principais diplomas legislativos então vigentes (a Carta de 1969 e a LC federal n. 40/81); b) as teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público; c) as respostas dos membros do Ministério Público do País a uma pesquisa, sob a forma de questionário-padrão, elaborada em outubro de 1985, pela então Confederação Nacional do Ministério Público – Conamp; d) o anteprojeto apresentado pelo então Procurador-Geral da República José Paulo Sepúlveda Pertence à Comissão de Estudos Constitucionais, também conhecida como Comissão Afonso Arinos; e) uma consolidação provisória, elaborada por comissão designada pela Conamp, preparatória para a reunião final de Curitiba, realizada em junho de 1986”.⁴²³

Ainda deve ser destacado o escopo do VI Congresso Nacional do Ministério Público realizado em junho de 1985 na cidade de São Paulo, em franco ambiente democrático e que antecedia a eleição dos integrantes da Assembleia Nacional Constituinte, quando promotores de justiça do Brasil se reuniram e aprovaram teses institucionais, de natureza constitucional, como:

“a) posição e organização constitucional do Ministério Público (18 teses); quinto constitucional (1 tese); representação da União (3 teses); interesses difusos (4 teses); direitos humanos (2 teses); direito penal (4 teses); direito processual penal (7 teses); direito do menor (1 tese); direito civil e direito processual civil (5 teses)”.⁴²⁴

A pesquisa da Conamp também permitiu conhecer qual era o posicionamento dos membros do Ministério Público do Brasil, dentre as quais, para os fins preconizados no presente trabalho, destaco as seguintes perguntas:

“a) o Ministério Público deveria figurar em título a parte da Constituição; (...) d) seriam garantias tidas como necessárias a seus membros: nomeação para cargos iniciais de acordo com a ordem de classificação no concurso de ingresso; promoção voluntária, com as mesmas regras da Magistratura; foro por prerrogativa de função; vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos; aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade e voluntária aos trinta anos de serviço, sempre com remuneração integral; paridade remuneratória entre os da ativa e os aposentados, mantida igualdade em relação à Magistratura; (...) f) as principais funções institucionais deveriam constar

⁴²³MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 86.

⁴²⁴Id. Ibid., p. 87.

da própria Constituição (entre elas, a promoção da ação penal e civil públicas) (...)”.⁴²⁵

Por fim, como apontado, todo esse trabalho culminou com a Carta de Curitiba, e em trecho diretamente relacionado ao presente estudo, registro o seguinte ponto do anteprojeto que inspirou o capítulo relativo ao Ministério Público na Constituição Federal⁴²⁶:

“Art. 3º- Cabe ao Ministério Público promover a aplicação e a execução das leis:

§ 1º- São funções institucionais privativas do Ministério Público:

d) promover inquérito para instruir ação civil pública.”⁴²⁷

Sob a força dos dispositivos da Constituição que inspiram toda a legislação que disciplina esse órgão nos seus diversos ramos – Ministério Público da União (Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e Territórios) e dos Estados, o Conselho Nacional do Ministério Público criou a Resolução n. 23, de 17 de setembro de 2007⁴²⁸, que “Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil”.

A respeito, ainda é oportuno registrar que o art. 16, da mencionada resolução impõe a cada Ministério Público adequar seus atos normativos relativos ao inquérito civil e ao procedimento preparatório de inquérito civil aos seus termos.⁴²⁹

O Ministério Público de São Paulo, por seu Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, disciplinou o inquérito civil e o procedimento preparatório de possível inquérito civil pelo Ato 484/06.

Assim sendo, pode-se afirmar: A legislação que disciplina o inquérito civil deve ser extraída da Constituição Federal, da Lei 7.347/85, da Lei 8.625/93 (arts. 25, IV e 26), da

⁴²⁵MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 87-88.

⁴²⁶“Foi considerável a importância da Carta de Curitiba, seja porque significou o primeiro texto de consenso do Ministério Público nacional, seja porque efetivamente inspirou diversos dispositivos da Constituição”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 97.

⁴²⁷Id. Ibid., p. 90.

⁴²⁸Com as alterações determinadas pelas Resoluções nº 35, de 23 de março de 2009 e nº 59, de 27 de julho de 2010), conforme CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Legislação*. <www.cnmp.gov.br/normas/legislacao>. Acesso em: 14 nov. 2012.

⁴²⁹“Art. 16- Cada Ministério Público deverá adequar seus atos normativos referentes a inquérito civil e a procedimento preparatório de investigação civil aos termos da presente resolução, no prazo de noventa dias, a contar de sua entrada em vigor”.

Lei Complementar 75/93 (arts. 6º, 7º e 8º), da Resolução CNMP 23/07 e dos Atos Normativos específicos de cada Ministério Público, além da construção doutrinária e jurisprudencial incidentes sobre o tema, também consideradas fontes do direito.⁴³⁰

Esse minissistema normativo que rege tal instrumento de investigação deve ser seguido pelos integrantes da organização, operando como verdadeiros balizadores da independência funcional.

35. Natureza jurídica do inquérito civil

A doutrina aponta a natureza administrativa do inquérito civil, enquadrando-o entre os procedimentos de que o Ministério Público tem ao seu dispor para, pela consecução de diversos atos, atingir determinado fim, ou seja, a propositura ou não da ação civil pública.

Para Eurico Ferraresi, inquérito civil

“é uma investigação administrativa, de caráter inquisitorial, unilateral e facultativo, instaurado e presidido pelo Ministério Público e destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais”.⁴³¹

Importante notar, até porque a doutrina faz essa necessária advertência, que ele não visa aplicar qualquer sanção ao administrado, a exemplo do que sucede com o processo administrativo utilizado pela administração pública ao buscar punir seus agentes, ou ao confrontar seus interesses com os dos administrados⁴³².

O processo administrativo em geral

“pode ser instaurado mediante provocação do interessado ou por iniciativa da própria Administração, estabelece uma relação bilateral, ‘inter partes’, ou seja, de um lado, o administrado, que deduz uma pretensão e, de outro, a Administração que, quando decide, não age como terceiro estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos por lei. Provocada ou não pelo particular, a Administração atua no interesse da própria Administração e para atender a fins que lhe são específicos. Justamente por isso alguns autores preferem falar em ‘interessados’ e não em ‘partes’; no entanto, partindo-se do conceito de ‘parte’ como aquele que

⁴³⁰ Os arts. 6º da Lei 7.853/89; 201 da Lei 8.069/90; 90 da Lei 8.078/90; 19, parágrafo único da Lei 9.605/98 e 74, I da Lei 10.741/03 também se referem expressamente ao inquérito civil.

⁴³¹ FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 10.

⁴³² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, cit., p. 162.

propõe ou contra quem se propõe uma pretensão, é possível falar em ‘parte’ nos processos administrativos em que se estabelecem controvérsias entre Administração e administrado”.⁴³³

O processo administrativo ostenta múltiplas finalidades, de modo que não é utilizado apenas para fins sancionatórios da administração, mas podem se apresentar com fins alheios a eles.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que apresenta os seguintes sentidos:

“1) num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração; 2) é ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, quando diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa⁴³⁴; 3) em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo; 4) como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração”.⁴³⁵

Hugo Mazzilli preocupou-se com o enquadramento jurídico do inquérito civil, afirmando que é mero procedimento, pois nele não há qualquer acusação que se encerre com a aplicação de uma sanção. Prossegue, ao afirmar que como não há interesses a decidir, e sim se presta a colher elementos ou informações para aparelhar eventual ação civil pública, inexistente processo.⁴³⁶ Muitos

⁴³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 588.

⁴³⁴ Art. 41- São estáveis após 3 (três) anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º- O servidor público estável só perderá o cargo:

I- em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II- mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III- mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”.

⁴³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 588-589.

⁴³⁶ “O fato de ser o inquérito civil um procedimento necessariamente escrito e ordenado, que tem regras de instauração, instrução e conclusão, nem por isso lhe confere caráter de processo em sentido estrito, pois nele não se decidem controvérsias afetas ao poder decisório da administração. Como o inquérito civil se destina apenas a fornecer base para a decisão de um único dos co-legitimados, decisão esta que se resume em propor ou não a ação civil pública, e como essa decisão é apenas *interna corporis* do Ministério Público e não condiciona a ação dos demais co-legitimados, parece-nos mais adequado considerá-lo mero procedimento. A nosso ver, isso não obsta, porém, a que, em sentido lato, seja considerado processo administrativo, inclusive para fins penais (v.g. no crime de falso testemunho)”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 48-49.

outros autores acompanham esse posicionamento, firmando o entendimento de que é mesmo procedimento.⁴³⁷

A propósito, Odete Medauar aduz que, embora a doutrina tenha se debruçado sobre o tema com o propósito de não confundir o procedimento administrativo com o processo judicial, essa confusão não ocorre, “em virtude do acréscimo do qualificativo que identifica a função a que se refere – assim, a locução processo administrativo revela que se trata de processo que existe no âmbito da função administrativa”.⁴³⁸

Para os processualistas:

“a soma dos atos do processo, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação e de sua unidade teleológica, é o procedimento. Dentro deste, cada ato tem o seu momento oportuno e os posteriores dependem dos anteriores para a sua validade, tudo porque o objetivo com que todos são praticados é um só: preparar o provimento final”.⁴³⁹

Por último, registre-se que a Constituição Federal também adotou a locução processo administrativo nos arts. 5º, LV, 37, XXI e 41, § 1º, o que também indica ser o inquérito civil processo administrativo.

Evidentemente, não é do tipo sancionatório. Mas, está sujeito aos princípios administrativos, possui procedimento e fórmulas a serem observadas – instauração, prazo de conclusão e conclusão (propositura da ação civil pública, arquivamento, ajustamento de

⁴³⁷Susana Henriques da Costa afirma que “são processos administrativos, entretanto, somente os procedimentos que possuam acusados (punitivos) ou possibilitem a prolação de decisões aptas a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas (não-punitivos). (...) O mesmo raciocínio do inquérito policial pode ser transposto para o inquérito civil. Nesse sentido, o inquérito civil não se trata propriamente de processo, mas de mero procedimento administrativo, que tem por fim somente formar o convencimento do promotor de justiça sobre a propositura ou não da ação civil pública. Tanto no procedimento penal, quanto no procedimento civil não há a possibilidade de criação, modificação ou extinção de direitos ou mesmo de aplicação de qualquer sanção ao investigado, de forma que não incide no procedimento o mandamento constitucional previsto no art. 5º, inciso LV, que impõe a observância do princípio do contraditório”. COSTA, Susana Henriques da. *A influência do contraditório na valorização dos elementos de prova produzidos em inquérito*. No prelo. No sentido de que se cuida de procedimento, também é a posição de PROENÇA, Luiz Roberto. *Inquérito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 32-33; SILVA, José Luiz Mônaco da. *Inquérito civil*. Bauru: Edipro, 2000. p. 28-29; RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit., p. 73-76 e BURLE FILHO, José Emanuel. A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 56, n. 165, p. 35, jan./mar. 1994.

⁴³⁸“No aspecto substancial, procedimento distingue-se de processo porque basicamente, significa a sucessão encadeada de atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob prisma contraditório”. Direito Administrativo Moderno cit., p. 162. Nesse sentido é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “o procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 589.

⁴³⁹DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, cit., p. 327.

conduta/recomendação), sem falar no controle que sofre pelo Conselho Superior do Ministério Público, o que também está devidamente regulamentado. Portanto, assemelha-se aos processos administrativos não punitivos.

Como disse, para sua correta e eficaz atuação a administração pública está sujeita à observância de alguns princípios, e, para tanto deve aplicá-los aos processos administrativos, porquanto fica sujeita ao controle jurisdicional. Tal se dá em virtude do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que consagra a inafastabilidade da jurisdição.

Valendo-me, vez mais, dos publicistas, colho da doutrina os seguintes princípios informadores dessa modalidade de processo, alguns comuns ao jurisdicional, outros não. Para aqueles: publicidade, ampla defesa, contraditório, impulso oficial, obediência à forma e aos procedimentos estabelecidos em lei. Para estes encontram-se os princípios da oficialidade, da gratuidade e o da atipicidade.⁴⁴⁰

Conforme já constou alhures, o inquérito civil foi previsto na legislação ordinária federal e estadual, está regulamentado em resolução do Conselho Nacional do Ministério Público e por atos expedidos pelos Ministérios Públicos do Brasil. Neles, se encontram expressos ou implícitos alguns desses princípios, como publicidade, oficialidade⁴⁴¹, impulso oficial, obediência à forma e aos procedimentos⁴⁴², pluralidade de instâncias⁴⁴³. Os princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa por suscitarem vivas discussões, serão tratados no item seguinte.

⁴⁴⁰Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta o art. 2º, da Lei 9.784/99, quanto aos princípios por ele expressos: “A Lei nº 9.784/99 menciona, no artigo 2º, *caput*, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Além disso, embora não referidos especificamente nesse dispositivo, outros princípios decorrem implicitamente da lei, como o da impessoalidade e o da participação do administrado nos atos do processo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 593.

⁴⁴¹“No âmbito administrativo, esse princípio assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração, independentemente de provocação do administrado e ainda a possibilidade de impulsionar o processo, adotando todas as medidas necessárias a sua adequada instrução. Essa executoriedade, sendo inerente à atuação administrativa, existe mesmo que não haja previsão legal; como a Administração está obrigada a satisfazer ao interesse público, cumprindo a vontade da lei, ela não pode ficar dependente da iniciativa particular para atingir os seus fins”. Id. Ibid., p. 594.

⁴⁴²“(…) sua aplicação é muito mais rígida no processo judicial do que no administrativo; por isso mesmo, em relação a este, costuma-se falar em princípio do informalismo. Informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas. Às vezes, a lei impõe determinadas formalidades ou estabelece um procedimento mais rígido, prescrevendo a nulidade para o caso de sua inobservância. Isso ocorre como garantia para o particular de que as pretensões confiadas aos órgãos administrativos serão solucionadas nos termos da lei; além disso, constituem o instrumento adequado para permitir o controle administrativo pelos Poderes Legislativo e Judicial”. Id. Ibid., p. 595.

⁴⁴³“Levando em conta que é dado ao superior hierárquico rever sempre os atos dos seus subordinados, como poder inerente à hierarquia e independente de previsão legal, haverá tantas instâncias administrativas quantas forem as autoridades com atribuições superpostas na estrutura hierárquica”. Id. Ibid., p. 598-599.

A natureza administrativa dessa peça investigatória parece não suscitar maiores digressões na doutrina, pois todos estão de acordo que o Ministério Público, órgão do Estado, age nessa via com autorização constitucional e legal, mas para tanto não pode descurar da observação dos demais princípios constitucionais para o alcance de seus fins institucionais.

Mas, em que pese posicionamento majoritário de que o inquérito civil é mero procedimento, possível entendê-lo como processo administrativo em sentido lato, através do qual não há punição, criação, modificação ou extinção de direitos, porque seu escopo é o de obter informações para eventual ação civil pública.⁴⁴⁴

36. Princípios informadores do inquérito civil

36.1. Publicidade

A publicidade, devidamente inscrita no art. 37 da Constituição Federal impõe à administração assegurar amplo acesso ao processo administrativo, devendo permitir que qualquer um, representante da coletividade ou do público em geral possa peticionar se tiver algum interesse atingido, em cumprimento do direito à informação previsto pelo art. 5º, XXXIII, desse mesmo diploma legal.

O inverso também é possível, ou seja, o presidente do inquérito civil – membro do Ministério Público, portanto – poderá decretar o sigilo da investigação, analogamente ao que se faz na esfera processual penal, se a publicidade for considerada prejudicial à investigação.

A Resolução CNMP nº 23/07 no seu art. 7º, confirma a aplicação do princípio da publicidade ao inquérito civil⁴⁴⁵, salvo se o caso exigir a decretação do sigilo legal ou em

⁴⁴⁴Para Daniel Amorim, é verdadeira cautelar probatória *sui generis*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 244.

⁴⁴⁵Art. 7º-

§ 1º- Nos requerimentos que objetivam a obtenção de certidões ou extração de cópia de documentos constantes nos autos sobre o inquérito civil, os interessados deverão fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido, nos termos da Lei nº 9.051/95.

§ 2º- A publicidade consistirá:

I- na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial;

II- na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão;

que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, situação a ser devidamente motivada pelo presidente do inquérito.⁴⁴⁶

Portanto, a garantia da publicidade do inquérito civil contrapõe-se ao processo secreto, típico de estados autoritários. O estado democrático de direito não se satisfaz com esse tipo de regime de exceção, e por isso deve ser severamente combatido. A solução para os casos em que a regra geral deva ser excepcionada é a decisão fundamentada e sua aplicação se protrairá no tempo até que cesse a causa que a ensejou.

Nesse sentido, afirma Hugo Mazzilli:

“No inquérito civil deve prevalecer a regra da publicidade dos atos da administração, que, naturalmente, só se excepciona se o inquérito civil contiver informações que a lei considere sigilosas ou se nele deverem ser colhidas informações que possam vir a ser prejudicadas com a prévia publicidade. No primeiro caso, ‘o princípio do estado de Direito, consagrado pela CF, não admite apurações clandestinas, consentindo excepcionalmente na preservação do sigilo de determinadas informações, somente para proteger a intimidade, a honra e a imagem dos cidadãos, no caso, os próprios investigados’. E, no segundo caso, por analogia ao sistema do inquérito policial, admite-se o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.⁴⁴⁷

Por ser público, parece não haver dúvidas de que qualquer pessoa pode ter acesso aos autos do inquérito, solicitar cópias e mesmo peticionar, quando tiver alguma informação que possa colaborar para sua conclusão. A esse respeito, Geisa Rodrigues aduz:

“como todo procedimento administrativo o inquérito civil se caracteriza pela nota do informalismo. Não existe um rito a ser observado na condução dessa investigação, embora deva ser sempre escrita, sendo que as atividades orais devem ser reduzidas a termo. Deve, contudo, observar

III- na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento e extratos dos atos de conclusão;

IV- na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito civil;

V- na concessão de vista dos autos, mediante requerimento fundamentado do interessado ou de seu procurador legalmente constituído e por deferimento total ou parcial do presidente do inquérito civil.

Art. 8º- Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para a apuração de fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas”. Conforme CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. <www.cnmp.gov.br/normas/legislação>. Acesso em: 14 nov. 2012.

⁴⁴⁶Art. 7º - (...)

§ 4º- A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, periódicos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou”. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. <www.cnmp.gov.br/normas/legislação>. Acesso em: 14 nov. 2012.

⁴⁴⁷MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 181.

uma lógica mínima que garanta o seu sucesso, como uma fase de instauração, outra probatória e uma conclusiva”.⁴⁴⁸

De fato, com a instauração do inquérito civil, abre-se para o seu presidente um leque de opções para a reconstrução dos fatos objeto da apuração, tudo a depender do maior ou menor domínio do fato por seu investigador, da sua criatividade e até mesmo dos meios de que dispõe. Resposta a pedido de informações, oitivas, obtenção de documentos, perícias podem formar o material probatório para a convicção do presidente do inquérito.

Recomenda-se, contudo, sempre buscar conhecer os fatos de parte do investigado, porque não é incomum o membro do Ministério Público ser usado pelo representante, ou seja, por quem deduziu a representação⁴⁴⁹ para satisfazer interesses escusos ou mesquinhos, o que nem sempre se percebe ao primeiro contato com tal requerimento.⁴⁵⁰

Em determinadas situações, é necessário dar sigilo ao inquérito, porque outros bens, igualmente protegidos pela Constituição – intimidade, segurança, ordem pública – recomendam sejam preservados.

Assim, a juntada de imagens que invadem o direito constitucional da intimidade do investigado pode dar ensejo à proteção; depoimentos de quem conhece fatos de interesse ao inquérito também podem correr em sigilo, pois muitas vezes tais testemunhas manifestam temor ou são ameaçadas pelo próprio acusado ou terceiros com interesse no desfecho da investigação, etc.

O sigilo pode se restringir a apenas parte do conteúdo investigatório e não se estender a todo o inquérito, consoante se vê da redação do § 4º, do art. 7º, da Resolução CNPM nº 23/07. O Ato 484/06 - CPJ do Ministério Público de São Paulo também contém regra semelhante.⁴⁵¹

⁴⁴⁸RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit., p. 76.

⁴⁴⁹“A representação nada mais significa do que um escrito encaminhado ao Promotor de Justiça para que tome providências a respeito de determinado fato que constitua lesão a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos”. FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 41.

⁴⁵⁰“No nosso entendimento, todos os procedimentos administrativos utilizados pelo Ministério Público para a investigação de fatos relacionados ao exercício de direitos transindividuais devem ser considerados inquéritos civis, inclusive porque a disciplina legal é sempre a mesma. Assim, não importa o nome que se dê à investigação, se dossiê, peças de informação, representação, procedimento administrativo – PA, ou inquérito civil, existem sempre os mesmos poderes, as mesmas limitações e a mesma necessidade de controle por parte de órgãos superiores da Instituição”. RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit., p. 76.

⁴⁵¹Art. 8º- A publicidade consistirá na divulgação oficial com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial e, facultativamente, em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar:

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela mitigação do princípio da publicidade, em julgado assim ementado:

“1. Recurso ordinário em que se discute o acesso do Diretório Central dos Estudantes da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – DCE/UFRGS aos autos do inquérito civil instaurado pelo Ministério Público para apurar irregularidades nos contratos da Fundação Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FAIRGS com o Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. (BANRISUL).

2. O inquérito civil, procedimento administrativo, de natureza inquisitiva e informativa, destinado à formação da convicção do Ministério Público a respeito de fatos determinados, deve obediência ao princípio constitucional da publicidade.

3. Porém, o princípio da publicidade dos atos administrativos não é absoluto, podendo ser mitigado quando haja fatos ou atos protegidos pelos direitos relacionados à intimidade e a privacidade do investigado, a exemplo do comando inserto no § 2º do art. 8º da Lei n. 7.347/85.

4. No caso dos autos, o acesso ao inquérito civil foi obstado por conta do conteúdo dos dados coletados pelo *parquet*, que são protegidos pelo direito constitucional à intimidade e à privacidade, a exemplo dos dados bancários dos investigados, conseguidos, judicialmente, por meio da quebra de sigilo.

5. De outro lado, não há nos autos qualquer indício de que o Diretório Central dos Estudantes da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – DCE/UFRGS possa, institucionalmente, utilizar os dados constantes do inquérito civil nas atividades inerentes ao seu objeto social.

6. As informações do inquérito civil não podem ficar à mercê daqueles que não demonstram interesse direto nos fatos apurados, ainda mais quando tais informações estão protegidas por sigilo legal.

7. Recurso ordinário não provido”.⁴⁵²

Destaca a doutrina que o sigilo pode se estender até mesmo ao advogado do investigado, nos casos em que o sigilo imposto determinar que as diligências não sejam acompanhadas por terceiros, senão as pessoas designadas pelo presidente da investigação. Como fundamento, aponta-se o art. 7º, XIII, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).⁴⁵³

§ 4º- A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa jurídica que a motivou”. Nesse sentido: “Nos casos em que seja imposto sigilo às investigações, caberá ao presidente do inquérito civil delimitar seu alcance, de forma que as peças e informações que não estejam alcançadas pelo sigilo poderão ser divulgadas”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 189. FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 14.

⁴⁵²RMS 28989/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., j. 23/03/2010, DJe 26/08/2010.

⁴⁵³“Art. 7º- São direitos do advogado:

Evidentemente, pode haver situações em que o sigilo seja a cautela necessária que assegurará o sucesso de determinada diligência. Nesse caso, deverá ser invocado até mesmo contra o investigado e seu patrono. Fora dessas situações, a publicidade deve ser assegurada, sob pena de violação a direito líquido e certo, passível de correção pela via do mandado de segurança.⁴⁵⁴

Importante registrar que o sigilo é devido não apenas pelo presidente do inquérito, que o decreta, mas pelos funcionários que secretariam e de modo geral tem contato com o inquérito, pena de infração funcional e penal. Caso a investigação tenha que se estender em outra Comarca, em decorrência da expedição de carta precatória, ou mesmo exigir a atuação de membro do Ministério Público de área distinta, igualmente o sigilo continuará sendo devido, e nesses casos os destinatários das medidas a ele também estarão vinculados (Ato 484/06 CPJ do Ministério Público de São Paulo).⁴⁵⁵

36.2. Contraditório e ampla defesa

Apesar dos fins a que o inquérito civil se propõe, ou seja, o de reconstruir os fatos sem a possibilidade de se impor sanção, há posições defendendo a necessidade do contraditório.

Ao discorrer sobre a jurisdição, Dinamarco afirma que essa atribuição estatal tem o escopo de realizar um dos fins do processo. É desempenhada pelos juízes, com o seguinte mister:

“...solução imperativa de conflitos interindividuais ou supra-individuais e aos demais escopos do sistema de atuação processual. Entre esses escopos está o de atuação do direito material, tradicionalmente apontado como fator apto a dar à jurisdição uma feição própria e diferenciá-la conceitualmente das demais funções estatais – pois nenhuma outra é exercida com o objetivo de dar efetividade ao direito material em casos concretos. Conceitua-se jurisdição, a partir dessas premissas, como

XIII- examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurando a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos”.

⁴⁵⁴FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 16.

⁴⁵⁵“Art. 8º - (...)

§ 5º - O membro do Ministério Público é pessoalmente responsável, nos termos da lei, pela determinação da preservação e decretação do sigilo e pelo uso adequado das informações sigilosas obtidas para fins de interesse público.

(...)

§ 7º - Na consecução das finalidades da Instituição e considerando o princípio da unidade do Ministério Público, os dados de natureza sigilosa poderão ser enviados a outro membro do Ministério Público, observado o § 5º deste artigo”.

função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.⁴⁵⁶

Ainda que o Ministério Público, como órgão do Estado, também esteja vinculado à promoção do bem comum (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis), é certo que o inquérito civil tem vocação para apurar, conhecer, esclarecer e por isso não se reveste de qualquer definitividade. Até quando se encerra com o ajustamento, eventual execução não prescinde do exercício jurisdicional, sem falar que seu conteúdo não está imune ao controle judicial.

Mesmo assim, há quem sustente ser necessário esse exercício para que o investigador legitime o seu resultado. Nesse sentido, em situação totalmente anômala o membro do Ministério Público deveria assegurar a participação do investigado, testemunhas e outros, posicionando-se como sujeito interessado e ao mesmo tempo árbitro do conflito de interesses existente entre a coletividade que representa e os interesses egoísticos do imputado.

A respeito, Edgard Fiore afirmou:

“Isto significa dizer que o resultado das investigações no âmbito do inquérito civil só é legítimo na medida em que seja verdadeiro, isto é, inserido na realidade, considerando-se todos os seus aspectos. Assim, será necessário discernir onde estará a verdade e, para tanto, conhecer objetivamente todos os aspectos da realidade que se ligam ao fato que se procura conhecer.

Vale dizer que o olhar daquele que conhece deve abarcar os mais variados pontos de vista, despojando-se do apego vaidoso a um modo de ver próprio e subjetivo, que lhe predispõe o espírito para, a partir da contraposição de elementos concordantes e contraditórios, alcançar a síntese, o único sentido possível: a verdade do fato que procurou conhecer.

Por essa razão é que ganha relevo o papel do contraditório, visto que tem a função de fornecer, àquele que preside a produção de provas, outros pontos de vista que não só o seu, mas das partes e/ou dos interessados, propiciando-lhe, assim, mais eficazmente, sobriedade e equilíbrio de julgamento, seja para concluir pelo arquivamento dos autos, pela tentativa de obter compromisso das partes, ou pela propositura da pertinente ação civil”.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 305.

⁴⁵⁷FIGORE, Edgard. O contraditório no inquérito civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 811, p. 37, maio 2003.

A maior parte da doutrina refuta a aplicação dessa garantia constitucional ao inquérito civil.

Os fundamentos para o seu afastamento estão na ausência de acusados e na impossibilidade de se aplicar qualquer sanção. Todavia, entende-se fundamental trazer para os autos a versão e eventuais documentos daqueles que poderão ser considerados responsáveis pelo ato lesivo.⁴⁵⁸

Essa prática parece inerente à própria dinâmica investigativa, pois desconheço inquérito em que não seja necessário ouvir o implicado (salvo se notificado não compareceu, não foi localizado ou não é localizável), ou mesmo testemunhas, se obter documentos, etc., com o que se conseguirá chegar ao convencimento ou não da existência do fato, da sua autoria e até mesmo da inocência do que poderia ser acusado em eventual demanda coletiva.⁴⁵⁹

Portanto, também discordo dos que aduzem ser preciso aplicar o contraditório, a exemplo do que sucede no processo judicial, no processo administrativo punitivo ou que vise criar, modificar e extinguir direitos do administrado (não punitivo), mas vejo como prudente e até mesmo imprescindível oportunizar ao futuro e possível demandado reais chances para trazer sua versão, facultando-lhe a respectiva prova. A investigação se caracteriza pela inquisitorialidade, não sendo crível que se instale verdadeiro diálogo ao longo do procedimento, pena de tumulto e procrastinação.

⁴⁵⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit., p. 75-76. Nesse sentido, também anota Hugo Mazzilli: “Enfim, o que ocorre no inquérito civil é o mesmo que se dá no inquérito policial. Como já decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal, tem o inquérito policial o caráter inquisitório por ser peça meramente informativa, unilateralmente conduzida com o único fito de habilitar o Ministério Público a instaurar a *persecutio criminis in judicio*; por isso, é inaplicável a garantia constitucional do contraditório ao procedimento investigatório que antecede a ação penal”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 193. COSTA, Susana Henriques da. *A influência do contraditório na valorização dos elementos de prova produzidos em inquérito*, cit., p. 8.

⁴⁵⁹ Hugo Mazzilli parece discordar desse posicionamento ao afirmar: “O que pode ocorrer, não de forma necessária, mas apenas se convier, é que o presidente do inquérito resolva facultar ao investigado uma bilateralidade consentida em alguns atos determinados. Tomemos estas hipóteses como exemplo: o Ministério Público não está bem instruído se é ou não caso de propor a ação civil pública, se houve ou não o dano, se a fundamentação do autor do requerimento de instauração do inquérito civil procede ou não. Nesses casos, como em outros, ouvir o requerido e facultar-lhe a produção de provas pode ser extremamente conveniente ou às vezes até mesmo necessário”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 193-194.

Puoli não discorda da ausência do contraditório, destaca ser ele mitigado, pois sustenta ser necessário franquear ao investigado efetivas chances para acompanhar o caminho trilhado pelo investigador.⁴⁶⁰

Apesar da divergência sobre a aplicação do contraditório, parece-me desejável que a apuração seja conduzida com cautela, e nesta deve estar contida a possibilidade de oitiva do investigado, com a vinda de documentos que pertinem à investigação e que ainda não estejam nos autos do inquérito. Tais elementos, aliados a outros que serão colhidos por iniciativa do representante ou por outras pessoas chamadas pelo presidente do inquérito, permitirá maior alcance e serenidade no momento do seu deslinde.

36.3. Exclusividade

Consoante já constou alhures, o inquérito civil é instrumento exclusivo do Ministério Público. Ou seja, tanto o legislador constitucional quanto o ordinário, lhe conferiram esse instrumento para apurar lesão ou ameaça de lesão aos interesses ou direitos metaindividuais.⁴⁶¹

Como já visto, o deferimento desse meio de investigação ao Ministério Público exclui o de outros legitimados, especialmente da Defensoria Pública, a quem a Lei 11.448/07 atribuiu legitimação ativa para as ações coletivas, nos limites da sua missão constitucional e institucional.

Nada impede que esse órgão instaure processo administrativo para colher informações para se desincumbir de seu mister legal, mas lhe faltará os poderes de que

⁴⁶⁰De todo modo, ainda que não seja diretamente aplicada sanção por intermédio de tal procedimento, certo é que, hoje, cada vez mais cresce a importância desta atuação extrajudicial do Ministério Público, motivo pelo qual, se por um lado é certo que o contraditório e ampla defesa não poderão ter a mesma dimensão daquela devida no processo judicial, por outro há que se afirmar ser devida no inquérito civil, embora de modo mitigado, a concessão de chance de participação do investigado na caminhada do procedimento, devendo-lhe ser abertas, por exemplo, oportunidade de vista e de obtenção de cópias (ressalvados os casos nos quais o sigilo se justifique por circunstâncias do caso concreto), oportunidade de apresentação de arrazoado firmado pelo investigado ou por advogado, tudo como modo de ampliar o horizonte de informações do Ministério Público e, respectivamente, de legitimação de sua deliberação sobre o caso e, até mesmo, de realizar-se concretamente o objetivo assinalado por Mancuso, no sentido do inquérito realmente servir como instrumento de triagem dos casos”. PUOLI, José Carlos Baptista. op. cit., p. 167.

⁴⁶¹“Como instrumento preliminar ao processo coletivo, o inquérito civil é deferido exclusivamente ao Ministério Público, como previsto na Constituição Federal e na legislação de regência. Os demais co-legitimados para as ações coletivas não podem se valer deste meio de investigação. Poderão, no exercício do direito constitucional de petição, solicitar informações às autoridades públicas, que deverão ser prestadas por meio de certidão e no prazo de quinze dias, de forma a subsidiar o ajuizamento da demanda coletiva. O exercício da petição para fins de obtenção de tais informações configura direito líquido e certo. Se não atendida no lapso temporal previsto no ordenamento, viável será a utilização do mandado de segurança para a sua obtenção”. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 313-314.

dispõe o Ministério Público para poder investigar, quais sejam requisição, condução de pessoas, fiscalização de entidades, etc.

Tanto o Ministério Público quanto os co-legitimados também poderão e algumas vezes deverão se valer da via judicial para a obtenção de provas úteis à propositura da demanda coletiva, o que de certo modo acaba por contornar a impossibilidade de obtenção direta da prova, como se permite ao primeiro na maior parte dos casos.⁴⁶²

Registre-se, contudo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que certas garantias só podem ser quebradas por ordem da autoridade judiciária competente, como é o caso do sigilo bancário ou fiscal. Fruto da interpretação dos arts. 5º, X e 129, VIII, o então Ministro Carlos Velloso decidiu que para a requisição de tais informações diretamente ao seu detentor, no caso o estabelecimento bancário, o texto constitucional deveria conter expressa ressalva nesse sentido, o que inexistia.⁴⁶³

36.4. Facultatividade

A exemplo do que sucede no inquérito policial, o Ministério Público não se obriga a instaurar inquérito civil para obter provas. Se estas já chegaram às suas mãos, de maneira suficientemente necessária para a formação do seu juízo de convicção, está habilitado a ajuizar a demanda coletiva com base nas peças de informação de que dispõe.

Isso pode ocorrer a partir de peças extraídas de outros autos, como por exemplo, criminais, nos quais já houve produção de provas, até mesmo sob o crivo do contraditório, o que acaba por dar maior conforto ao seu convencimento.⁴⁶⁴

⁴⁶²“Não podendo fazer uso do inquérito civil, mas necessitando se preparar para a ação civil pública, os co-legitimados à propositura de tal demanda deverão ingressar com uma ação cautelar preparatória probatória, única forma de seguramente conseguirem produzir a prova. Essa circunstância, em nosso sentir, é mais um indicativo da proximidade do inquérito civil do processo cautelar probatório, já que os legitimados à ação civil pública que não puderem instaurar o inquérito civil, utilizar-se-ão do processo cautelar probatório, que fará, portanto, as vezes do inquérito civil nesses casos”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. cit., p. 233.

⁴⁶³Confirmam-se RE 215.301, j. em 13/04/1999, DJU 28/05/1999 e YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 217.

⁴⁶⁴“O inquérito civil pode ser dispensado em várias hipóteses, como em caso de: a) urgência (como no ajuizamento de medida cautelar); b) existência prévia de peças de informação suficientes (documentos extraídos de outros autos; processo administrativo; autos ou peças recebidas do tribunal de contas etc.). (...) Entretanto, ao menos em questões que possam ensejar a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, sem dúvida é o inquérito civil o sistema próprio de investigação, sujeito a um saudável sistema de controle de arquivamento”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Questões controvertidas sobre o inquérito civil*. In: ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasques; SILVA, José Antonio Franco da (Coords.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 405.

O contrário também é possível, ou seja, no decorrer de investigação civil, no bojo do inquérito surgem provas da prática de determinado ilícito penal, em que a autoria e a materialidade são ligadas ao investigado ou a terceira pessoa. Nada impedirá que o membro do Ministério Público, com atribuição criminal ofereça a competente denúncia. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“1. É descabido discutir a legitimidade do Ministério Público para presidir inquérito penal se este não existiu, e o procedimento instaurado pelo *Parquet* cuidava de inquérito civil público.

2. Embora o inquérito civil público tenha por objetivo apurar fatos que poderão ensejar a propositura de ações de natureza civil, v.g., ação civil pública e ação de improbidade administrativa, não há empeco a que, caso posteriormente se entenda haver indícios da prática de infração penal, seja ele utilizado como suporte probatório de eventual ação penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3. Alegação de falta de justa causa para a propositura da ação penal afastada.

4. Ordem Denegada”.⁴⁶⁵

Não há como negar que no caso sobressaiu a unidade em detrimento da independência. Daí a importância da atuação coletiva e integrada.

Nos casos em que os documentos demonstrarem ou ao menos sinalizarem o interesse da Instituição em outras áreas ou mesmo em outras comarcas ou seções judiciárias, compete ao observador provocar seus integrantes para conhecimento e providências.

36.5. Formalidade restrita

O inquérito civil se reveste da característica do informalismo, ou seja, não há fórmulas rígidas a serem observadas, como ocorre no processo judicial. Conforme já constou anteriormente (item 34), os processos administrativos apresentam esse traço distintivo, não ficando sujeitos ao decreto de nulidade. Não tendo o fim de limitar direitos ou punir os agentes públicos não se lhe aplica o sistema de nulidades.

As fases pelas quais esta modalidade processual deve passar são dissociadas da sua realização. Assim, a instauração, o arquivamento, a ação civil pública, o ajustamento de

⁴⁶⁵HC 123855/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 22/05/2012, DJe 04/06/2012.

conduta e a recomendação (confirmam-se adiante) pressupõem sua conclusão, mas dele independem devido a sua dispensabilidade.

É um instrumento extremamente simplificado, mas deve ser escrito. Conforme já constou tem o escopo de informar o Ministério Público.⁴⁶⁶

36.6. Inquisitividade

Essa peça de investigação apresenta-se com a marca da unilateralidade, e, portanto é inquisitivo. É o que está inscrito no art. 1º da Resolução CNMP nº 23 e no art. 2º, *caput*, do Ato Normativo CPJSP nº 484/06.

Tal característica permite, desde logo, verificar que não se está diante de modalidade processual em que a cada ato a parte contrária deve ser intimada, pena de nulidade, e sim que há séria desconfiança de que o investigado agiu em desconformidade com o direito, e, portanto deve sujeitar-se ao império do estado.

É verdade que por intermédio dele se está gestando possível ação civil pública caso ao final se conclua que há omissão inconstitucional, responsabilidade a punir ou dano a reparar. Nem por isso o instrumento deixa de ser autoritário. Como os fins da instituição a quem o inquérito foi confiado é a realização do bem comum, não interessando a qualquer dos seus membros praticarem injustiças, inevitavelmente o imputado será comunicado da existência da investigação, sendo notificado a prestar declarações ou informações.

Mas, proposta a demanda, com a formação da relação processual, o então investigado, agora réu terá reais oportunidades para se defender e contestar a prova produzida no inquérito civil, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa.

É que todo material probatório reunido ao longo da investigação sofrerá controle jurisdicional, e precisará ser ratificado em juízo.

⁴⁶⁶Como todo procedimento administrativo, o inquérito civil se caracteriza pela nota do informalismo. Não existe um rito a ser observado na condução dessa investigação, embora deva ser sempre escrita, sendo que as atividades orais devem ser reduzidas a termo. RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit., p. 76. “...é instrumento dotado de formalidade restrita. As normas que disciplinam a sua instauração e tramitação têm apenas um caráter administrativo, de organização interna da própria Instituição do Ministério Público. A forma como se dará a colheita dos documentos e informações não oferece decorrências em relação à validade de ação civil pública ajuizada com base no inquérito, podendo, se muito, invalidar a força probante do elemento de convicção em si (como ocorreria no caso de obtenção de provas por meios ilícitos)”. PROENÇA, Luiz Roberto. op. cit., p. 34.

Há quem afirme que mais do que se convencer sobre a necessidade da propositura da ação, o inquérito tem a finalidade de reduzir o campo probatório na esfera judicial, porquanto como o material contido no inquérito foi tomado por órgão oficial, desde que respeitado o contraditório na fase investigativa, o juízo já teria melhores condições de conformar-se e proferir julgamento antecipado.⁴⁶⁷

Essa assertiva pode estar correta, mas não é apenas isso.

Como já visto, conforme entendimento majoritário, o contraditório é indevido no inquérito civil. Há a recomendação de que se colha a versão do investigado, aceitem-se documentos por ele exibidos, ouçam-se as testemunhas que indicar, mas tudo isso não garante sua plena realização, (o presidente pode indeferir prova que repute desnecessária, o que poderá não coincidir com o entendimento do magistrado) ou se realizada não fica livre de apreciação isenta, porque apesar de estar comprometido com o bem comum, o presidente do inquérito inevitavelmente terá visão própria e unilateral, o que não ocorrerá com o magistrado que deve guardar distância com a parcialidade.

É verdade que determinadas provas produzidas no inquérito, provenientes de órgãos oficiais a quem elas foram requisitadas, poderão ser aproveitadas, a teor do que dispõe o art. 427, do CPC. Nunca, porém, se deverá dispensar dúvidas fundadas suscitadas pelo réu, se ele não teve oportunidade de participar da sua realização.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷Se as partes, na inicial e na contestação (ou em qualquer outro momento, e não apenas naquelas oportunidades) apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos, ou documentos, que reputarem suficientes para elucidar questões que, sem eles, demandariam perícia, pode o juiz dispensar a prova pericial porque, aí, já terá encontrado subsídios de que necessita para o julgamento. FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 21.

⁴⁶⁸Se a prova pode ser produzida extrajudicialmente, o ponto central reside na sua valoração (carga valorativa). Deve-se diferenciar a produção da prova da sua valoração. FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 21. “Embora não haja nulidade no inquérito civil e as irregularidades não gerem sanção de invalidade da prova oral, documental ou pericial ali colhida, a questão será examinada pelo magistrado quando da sentença. Na análise do material probatório, o ‘indiciário’ poderá receber maior ou menor consideração no desfecho da demanda, dependendo do modo como tenha sido produzido. Assim, a prova ilícita originariamente ou por derivação, e prova ilegítima, não comportam aceitação como fundamento para a decisão judicial a respeito da situação posta em juízo. O exame é o mesmo ordinariamente realizado no processo civil ortodoxo. Não haverá nulidade do procedimento investigatório, mas a prova nele produzida terá sua admissibilidade submetida à avaliação das condições e circunstâncias em que foi formada”. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 319-320. Em julgado do Superior Tribunal de Justiça, o tema foi assim decidido: “(...) o inquérito civil possui eficácia probatória relativa para fins de instrução da ação civil pública. Contudo, no caso em tela, em que a prova da irregularidade da dispensa de licitação é feita pela juntada de notas de empenho diversas, dando conta da prestação de serviço único, com claro fracionamento do objeto, documentos estes levantados em inquérito civil, não há como condicionar a veracidade da informação à produção da prova em juízo, porque tais documentos não tiveram sua autenticidade contestada pela parte interessada, sendo certo que, trazidos aos autos apenas em juízo, não teriam seu conteúdo alterado”. REsp 1280321/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 06/03/2012, DJe 09/03/2012.

Mas, não é demais lembrar que a produção e o devido acompanhamento da realização de provas pelo investigado e seu advogado, fará com que o conjunto probatório obtido no inquérito civil se revista de sério elemento de convicção, o que também ocorre na esfera penal, transformando a peça administrativa em importante passo a favor do acolhimento da pretensão deduzida na inicial.

A assertiva não conta com o apoio daqueles que vêem o inquérito como *locus* para a prática da imparcialidade por seu presidente, para a quebra da paridade de armas (pela falta de instrumentos similares a quem se investiga) e em que a autoincriminação do investigado deve ser impedida. Por isso, defende-se a instauração da instância jurisdicional, única maneira de se exercer o controle sobre os atos de investigação.⁴⁶⁹

Não é o caso de se discordar totalmente com esse posicionamento, mas ao mesmo tempo com o devido respeito se discorda.

A criação e o exercício do inquérito civil devem atender aos fins a que se destina.

Os meios empregados pelo investigado para não colaborar com a produção da prova pode implicar no enfraquecimento do respectivo conjunto e levá-lo ao arquivamento, consoante se verá adiante, em eventual prejuízo ao interesse público.

Mas, também é possível compreender que o fortalecimento desse mecanismo poderá operar como importante e rápida via de solução dos conflitos.

37. Instauração

O campo de incidência do inquérito civil dividiu opiniões.

Embora criado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), o que pode levar à ideia de que sua utilização se destina exclusivamente à apuração de lesão ou ameaça a lesão aos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), uma segunda corrente o estende à apuração da violação ou ameaça de lesão a direitos ou interesses individuais, para os quais está legitimado o Ministério Público.

⁴⁶⁹“(...) não é possível supor que o Ministério Público, por seus membros, atue com a imparcialidade que se espera e se exige do magistrado. É oportuno, a respeito, lembrar antiga advertência no sentido de que a suposta imparcialidade dos órgãos de investigação pode, às vezes, ser contaminada pelo interesse profissional (repita-se, sem que daí se extraia qualquer nota de ilicitude ou de improbidade)”. YARSHELL, Flávio Luiz. op. cit., p. 222-231.

De fato, a Instituição é constantemente procurada por indivíduos em busca de solução para suas agruras individuais e indisponíveis, pois no atendimento ao público – momento em que o indivíduo se reúne com o membro da instituição para salvaguardar direitos – surgem um sem número de problemas, alguns de extrema gravidade e que exigem solução imediata.

Medicamentos na área da saúde pública, proteção de idosos em situação de risco, guarda de menores carentes são alguns dos inúmeros exemplos que constituem o cotidiano das Promotorias de Justiça e que invariavelmente exigem a instauração de processos administrativos para conhecimento e encaminhamento de soluções adequadas. A respeito confirmam-se o art. 201, V, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); art. 74, I da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso); art. 25 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93) e art. 6º, VII, da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

Apesar dessas duas linhas de pensamento, há nítida preferência pela mais abrangente, ou seja, a que utiliza o inquérito civil para a dupla proteção: interesses transindividuais e individuais indisponíveis.⁴⁷⁰

No Estado de São Paulo, com a superveniência do Ato Normativo PGJ/CPJ/CGMP nº 619/09, que “Disciplina o atendimento ao público e o procedimento administrativo de apuração a lesão ou ameaça de lesão a direito individual e dá outras providências”, se previu a instauração de procedimento administrativo destinado a apurar danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses individuais.⁴⁷¹

Por conseguinte, toda apuração tendente a conhecer ameaça de lesão ou lesão a direito ou interesse individual indisponível (onde cabe à Instituição atuar – art. 127, *caput*, da CF), se dará nos quadrantes deste processo administrativo até final solução, com o ajuizamento de demanda individual (nomeada civil pública por seu art. 19) ou com o arquivamento. Segundo o art. 4º, III, dessa espécie normativa o membro do Ministério

⁴⁷⁰Esta última é a solução preferível, não apenas por interpretação analógica com o sistema da LACP, mas em decorrência do alargamento do objeto do inquérito civil, trazido pelo CDC (art. 90), pela própria CF (art. 129, III) e pelas Leis Orgânicas do Ministério Público (LONMP, art. 26, I; LOMPU, arts. 6º, VII, c e 38, I). É o posicionamento que temos defendido, com endosso da doutrina de Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e de Nelson Nery Junior e Rosa Nery, para quem o inquérito civil pode, eventualmente, até mesmo servir de base para a propositura de ação penal”. MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões controvertidas sobre o inquérito civil, cit., p. 406. Em sentido contrário FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 35.

⁴⁷¹“Art. 3º- O procedimento administrativo de que trata este Ato tem caráter inquisitorial e unilateral, instaurado e presidido pelo Ministério Público e destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais ou interesses individuais, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais”.

Público poderá “propor à autoridade administrativa competente a instauração de sindicância ou processo administrativo para a apuração de falta disciplinar ou ilícito administrativo”. Mas se arquivado for, o processo não necessitará ser submetido ao Conselho Superior, nos termos do que dispõe seu art. 19, assim como a Súmula 38, do mesmo Colegiado.⁴⁷²

Feitas tais considerações, voltemos ao inquérito civil para a apuração de lesão ou ameaça de lesão a interesses metaindividuais.

Pode ser instaurado: 1) de ofício; 2) mediante provocação; 3) por ordem do Conselho Superior do Ministério Público, do Procurador-Geral de Justiça ou Órgãos da Administração Superior.

A doutrina aponta que a instauração do inquérito civil deve preencher dois pressupostos, um material, outro formal. Material, porque há necessidade de notícia ou da própria constatação pela autoridade competente de que determinado fato violou ou pode violar interesses metaindividuais. Outro de ordem formal, em que o membro do Ministério Público manifestará por escrito estar instaurando tal peça investigatória para apurar determinado fato, sobre o qual tomou conhecimento. Ao mesmo tempo, determinará providências a serem adotadas no intuito de chegar à conclusão, seu objetivo, escopo institucional.

Há justa preocupação a respeito da delimitação dos fatos a investigar. Tal peça investigatória é poderoso instrumento de pressão na vida do investigado, sendo desejável que se indique qual o objetivo a ser atingido. Não pode se transformar em um veículo sem controle, o que tornaria o instrumento extremamente autoritário e não compatível com o estado de direito.⁴⁷³

Diz-se de ofício, quando a instauração se dá pelo membro do Ministério Público que diretamente tomar conhecimento do fato. Evidentemente, a instauração e o processamento da investigação deverão ser submetidos à distribuição, onde houver mais de

⁴⁷²“Art. 19- Esgotadas todas as diligências, ou não havendo necessidade de sua realização, o Promotor de Justiça, convencendo-se da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil pública ou para qualquer outra medida legal, promoverá o arquivamento dos autos do procedimento administrativo, fundamentadamente, não sendo necessário seu encaminhamento ao Conselho Superior do Ministério Público (Súmula nº 38 do CSMP)”.

⁴⁷³ “Outro aspecto a considerar vai ligado à necessidade de haver critério, também, no concernente à própria instauração do inquérito civil. Ou seja, em vista das graves repercussões deste instrumento, há que se ter fatos claramente definidos para iniciar-se tal investigação, sob pena de não se justificar a abertura deste procedimento inquisitivo e a possibilidade da prática de atos tão incisivos quanto os que nele podem ser praticados”. PUOLI, José Carlos Baptista. op. cit., p. 167.

um integrante com a mesma atribuição. Com isso, se estará preservando o Princípio do Promotor Natural.⁴⁷⁴

Mas, e como comumente acontece, a instauração pode ser provocada por qualquer interessado, ou até mesmo por quem não se ligue com a relação de direito material, mas pretende que determinada lesão ou ameaça seja apurada e eliminada. Na esfera da proteção aos direitos individuais indisponíveis da área do idoso essa notícia é muito comum, porque não raro, pessoas se preocupam ou se comovem com a situação de risco ostentada por tais vulneráveis, levando ao conhecimento do Ministério Público.

Mas, o inquérito civil também pode ser instaurado por determinação de órgãos da Administração Superior. É o que se vê do art. 2º, da Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público.⁴⁷⁵ Semelhantes disposições são encontradas no art. 11 do Ato 484 do Ministério Público Paulista.⁴⁷⁶

A instauração concretiza-se com a elaboração da portaria, na qual se exporá o fundamento legal e a descrição do fato que constitui o objeto da investigação; o nome e a qualificação possível da pessoa física ou jurídica contra quem o fato é atribuído; o nome e a qualificação do possível autor da representação (instauração provocada) – a menos que se trate de notícia anônima, o que é frequente, caso em que nada impede se prossiga, pois a seriedade da provocação será conhecida com a investigação; a data e o local da instauração e a determinação de diligências iniciais; a designação do secretário, mediante termo de compromisso, quando couber; a determinação de afixação da portaria no local de costume, bem como a de remessa de cópia para publicação.⁴⁷⁷

É possível que no decorrer da investigação surjam fatos não abrangidos pela portaria. Nesse caso, nada impede que a mesma seja aditada, observando-se os pressupostos antes mencionados no que couber, ou extraídas peças para a instauração de novo inquérito, a critério do órgão ministerial com a respectiva atribuição. Evidentemente,

⁴⁷⁴“Esta garantia social e individual permite ao Ministério Público cumprir, livre de pressões e influências, a sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 53.

⁴⁷⁵“Art. 2º- O inquérito civil poderá ser instaurado:

(...)

III- Por designação do Procurador-Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público, Câmaras de Coordenação e Revisão e demais órgãos superiores da Instituição, nos casos cabíveis”.

⁴⁷⁶“Art. 11- O inquérito civil poderá ser instaurado:

(...)

IV- por determinação do Procurador-Geral de Justiça ou do Conselho Superior do Ministério Público, nos termos da lei”.

⁴⁷⁷V. art. 4º, da Resolução CNMP nº 23/07.

se se tratar de fato conexo ao investigando, o melhor caminho será o aditamento. Isso permitirá o aproveitamento das provas já produzidas e evitará soluções eventualmente antagônicas.

Segundo a doutrina, o inquérito civil também poderá ser instaurado mediante despacho lançado na representação ou requerimento.⁴⁷⁸

Também é necessário destacar que qualquer um do povo pode provocar a atuação do Ministério Público, com fundamento no direito constitucional de petição. O servidor público, contudo, tem esse dever (art. 6º, da Lei 7.347/85).

Todas as manifestações ao longo do procedimento de investigação devem ser motivadas, em especial as decisórias. É que a motivação é um dos elementos dos atos administrativos.

Apesar do informalismo de que o instrumento se reveste, como já constou alhures, é possível identificar três fases que se sucedem: instauração, instrução e conclusão.

Durante o seu desenvolvimento o presidente do inquérito poderá expedir notificações, requisitar informações, documentos, exames, perícias, consoante autoriza o art. 129, VI, da CF, na forma da lei complementar. É o que foi inscrito nos arts. 26, I, II, III, IV e VII, da Lei 8.625/93 e 104, I, II, III, IV, V e VI, da Lei Complementar Estadual Paulista 734/93.⁴⁷⁹

Sua instauração tem o efeito de obstar a decadência do direito pertencente ao consumidor de reclamar pelos vícios ligados ao serviço ou produto, segundo a regra do art. 26, § 2º III, do Código do Consumidor. Outro efeito citado pela doutrina é o de legitimar as notificações e requisições expedidas, o que deverá ocorrer na vigência do inquisitório.⁴⁸⁰

Contra o indeferimento da instauração do inquérito civil ou contra a decisão que a deferiu, prevê a Lei Complementar Estadual paulista o cabimento de recurso ao Conselho Superior do Ministério Público (arts. 107 e 108, da LC 734/93). O art. 5º, § 1º, da

⁴⁷⁸LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 315. “As legislações e os diversos atos normativos de cada Ministério Público não são harmônicos quando disciplinam os modos pelos quais os interessados podem provocar a iniciativa do Ministério Público na instauração do inquérito civil. Todavia, pouco importa a diferença terminológica (delação, requerimento, petição, representação etc.); quando encaminhadas ao órgão de execução do Ministério Público, pleiteando sua atuação na proteção de direitos que lhe incumba proteger, apresentam o mesmo denominador comum; exercício do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, a, CF/88)”. FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 40.

⁴⁷⁹“Sendo essa a regra geral, importante lembrar que em alguns casos específicos se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário para que determinações do presidente do inquérito civil sejam efetivamente cumpridas e assim se obtenha o resultado almejado”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. cit., p. 224.

⁴⁸⁰FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 47.

Resolução CNMP n° 23/07 prevê seu cabimento na primeira hipótese. Também, fica sujeito a controle jurisdicional através do mandado de segurança.

De acordo com o art. 9° da Resolução CNMP n° 23/07 o procedimento deverá ser concluído em um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes for necessário, mediante decisão fundamentada de seu presidente, desde que imprescindível à continuidade da investigação, comunicando-se determinados órgãos da Administração Superior. Seu parágrafo único também prevê que cada Ministério Público poderá estipular prazo inferior, bem como limitar a prorrogação mediante ato administrativo da Administração Superior.

Com isso, deve-se evitar o prolongamento da duração de tais processos, o que representa sério constrangimento para o investigado, bem como porque o atraso conspira contra a adequada e oportuna solução do conflito, quer através do ajustamento, quer por meio do processo judicial, quando aforada a demanda coletiva.⁴⁸¹

38. Arquivamento

Se apesar das diligências encetadas durante a investigação o presidente do inquérito não se convencer da existência de lesão a interesses ou direitos metaindividuais promoverá o arquivamento, em decisão motivada.

Em três dias, os autos deverão ser encaminhados para o órgão superior competente, para o exercício do controle interno, pena de falta grave (art. 9°, § 1° da Lei 7.347/85). O art. 100 do Ato CPJ n° 484/06 do Ministério Público Paulista determina que esse encaminhamento ao Conselho Superior ocorra em três dias da promoção de arquivamento. Mas, o art. 10, § 1°, da Resolução CNMP n° 23/07 prevê que o envio se dê no mesmo prazo, contado da comprovação da efetiva cientificação pessoal dos interessados, por publicação na imprensa oficial ou da lavratura do termo de afixação de aviso no órgão do Ministério Público, quando não localizados os que devem ser cientificados.

⁴⁸¹“Parece ainda que deve haver responsabilidade patrimonial do Ministério Público (ou melhor, do Estado) pelos prejuízos causados aos investigados em razão de abusos cometidos pela demora na finalização do inquérito civil. Muitas vezes, a investigação fica parada por meses ou até anos, sem que qualquer providência seja tomada. Enquanto isso, os investigados suspendem investimentos ou certas condutas, com temor de virem eventualmente a ser punidos. Quando, finalmente, o inquérito é concluído e arquivado, o investigado pode ter acumulado graves prejuízos ou então deixado de obter lucros. Seria justo não ser indenizado por esses danos? Se a resposta pudesse ser negativa, seria até preferível, para o investigado, que já tivesse sido ajuizada a demanda e concedida liminar com comando inibitório, pois ao menos teria direito objetivo ao ressarcimento (CPC, art. 811). DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 240-241.

Quatro possibilidades se abrem ao órgão superior de controle:

“1) homologar o arquivamento; 2) rejeitar o arquivamento e determinar o ajuizamento da ação civil pública; 3) determinar a instauração de inquérito civil, quando se tratar de peças de informação, e ainda não haja base para propositura de ação; 4) determinar a conversão do julgamento em diligência, com o prosseguimento no inquérito civil já instaurado, indicando de forma expressa as providências necessárias”.⁴⁸²

Enquanto o órgão revisor não realizar o exame do arquivamento, nada impede que outros interessados façam chegar a ele razões de amparo ou de repúdio à solução proposta. De qualquer maneira, a homologação do arquivamento não impedirá a propositura da demanda por outro co-legitimado.

Confirmado o arquivamento, a investigação estará mesmo encerrada, apenas podendo ser reaberta com novas provas. Se for rejeitado, porém, outro membro do Ministério Público será designado para promover a demanda. Nesse caso, em virtude do posicionamento adotado pelo presidente das investigações, entende-se que não haverá como obrigá-lo a ajuizar a ação, em respeito à independência funcional.

Se o membro do Ministério Público sequer instaurar inquérito e arquivar peças de informação⁴⁸³, ou mesmo indeferi-las, é possível ao Conselho Superior determinar a instauração do inquisitório para a devida apuração.

Ainda, se entender que o presidente do inquérito foi precipitado no arquivamento, porque outras diligências ainda poderiam ser realizadas, determinará que o mesmo as realize por ordem superior, o que poderá mudar o rumo da solução alvitrada.

39. Recomendação

Esse é um instrumento posto à disposição do presidente do inquérito e do próprio investigado, responsável pela violação a interesses metaindividuais passe a se portar da maneira proposta, de modo a favorecer a adequada prestação do serviço público ou o direito da coletividade. Está previsto na Resolução CNMP n° 23/07.⁴⁸⁴

⁴⁸²FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 50. Confira-se, ainda, Art. 10, §§ 3° e 4°, da Resolução CNMP n° 23/07.

⁴⁸³“Peças de informação podem ser entendidas como toda e qualquer informação encaminhada ao Promotor de Justiça com o objetivo de provocar sua atuação na defesa de um direito supraindividual ou individual indisponível”. FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 45. SILVA, José Luiz Mônaco da. op. cit., p. 124.

⁴⁸⁴“Art. 15- O Ministério Público, nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover”. Também está prevista nos arts. 6°, XX, da LC 75/93; 113, § 1°, da LOMPSP 734/93 e 5°, do Ato CPJSP n° 484/06.

Tal medida é proposta para que não seja ajuizada a demanda coletiva, ou até mesmo antecede o ajustamento de conduta. Segundo a doutrina poderá ser uma das primeiras providências do inquérito civil, ou mesmo se dar fora dele.⁴⁸⁵

Eurico Ferraresi apresenta as seguintes características:

“a) somente poderá ser expedida se houver inquérito civil ou procedimento preparatório em curso (...); b) poderá ser destinada à orientação de órgãos públicos, de órgãos privados ou mesmo pessoas físicas. Não está correto o entendimento de que a recomendação somente poderá ser dirigida a órgãos públicos; c) com sua expedição, o destinatário torna-se ciente da prática da irregularidade; d) trata-se de ato administrativo; e) exige-se estipulação de prazo para a resposta”.⁴⁸⁶

De fato, já se constatou a utilidade da medida quando adotada no início da investigação, quando o destinatário mudou orientação quanto à prestação de serviço público e o passou a prestá-lo indiscriminadamente (Ministério Público de São Paulo, Promotoria de Justiça de Direitos Humanos da Capital, IC nº 227/12).

O benefício é manifesto, devido ao baixo custo e agilidade com que o resultado se torna realidade na vida das pessoas. Sem dúvidas, é meio adequado para a solução de controvérsias, devendo ser estimulado.

Pode ocorrer, contudo, de o recomendado não aderir à recomendação, o que deverá ensejar explicações por escrito sobre o porquê da recalcitrância. Todavia, esse comportamento não importa em consequente assunção de qualquer violação aos interesses metaindividuais. Poderá, no entanto, acarretar o ajuizamento da ação civil pública, e também não impede o ajustamento de conduta.

40. Compromisso de ajustamento

Esgotadas as diligências, é possível que o presidente do inquérito se convença da necessidade de ajuizamento da demanda coletiva, o que poderá não ocorrer se sobrevier o ajustamento de conduta. Todavia, o permissivo não está condicionado à finalização da investigação, nem a lei assim obriga.

O instrumento foi criado pelo art. 211 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), segundo o qual “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos

⁴⁸⁵RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit., p. 79-80.

⁴⁸⁶FERRARESI, Eurico. op. cit., p. 100.

interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Posteriormente, o Código do Consumidor determinou a inserção do § 6º ao art. 5º, da Lei 7.347/85, com redação semelhante, acrescida da expressão *cominações*.

Apenas os órgãos públicos estão legitimados a celebrar o ajuste, mas como anota Proença nada impede que órgãos sem personalidade jurídica, como o Procon o aplique na esfera dos interesses para os quais foi criado.⁴⁸⁷

Discute-se se se trata ou não de transação, tal como prevista pelo Código Civil. Todavia, há interessante corrente que defende tratar-se de instituto diverso, consistente de um comprometimento ao ajuste de condutas às exigências legais.⁴⁸⁸ É que a transação admite concessões recíprocas de parte dos celebrantes, enquanto no ajustamento de conduta não há concessão do legitimado, mas apenas adesão do infrator ao dever legal.⁴⁸⁹ Ao firmar o competente instrumento a pessoa física ou jurídica, responsável pela violação de bens jurídicos tutelados pela lei, compromete-se a “restabelecer o *status quo ante*, afetado por ato comissivo ou omissivo considerado ilícito, com eficácia de título executivo extrajudicial”.⁴⁹⁰

O objeto do compromisso de ajustamento é o mesmo da ação coletiva; destina-se a prevenir ameaça de lesão ou reparar violação aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Pode atingir todo o objeto da investigação ou apenas parcela dela, de maneira que o restante continuará a ser investigado ou incluirá pedido em demanda coletiva. Poderá abarcar todo tipo de tutela, dar coisa ou dinheiro, fazer, não fazer. Não se o admite, porém, quando o resultado depender de comando judicial, como ocorre com as sanções da lei de improbidade. Nada impede, porém, se avence sobre a restituição do valor desviado ou apropriado.⁴⁹¹

⁴⁸⁷PROENÇA, Luiz Roberto. op. cit., p. 123.

⁴⁸⁸Id. Ibid., p. 125.

⁴⁸⁹Por isso diz-se que tal modalidade de conciliação deve ser chamada de *submissão*, “pela impossibilidade de renúncia total ou parcial dos legitimados quando ao direito material”. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 323.

⁴⁹⁰MORAES, Voltaire de Lima. Questões tópicas na ação civil pública: desistência ou abandono da ação: anotações sobre o inquérito civil e despesas processuais. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 607.

⁴⁹¹“Aponta a doutrina uma exceção a esta abrangência, vislumbrando-se a impossibilidade de compromisso de ajustamento quando ocorrer ato de improbidade administrativa. Neste sentido, pondera Hugo Nigro Mazzilli ser vedada qualquer transação pelo art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, e alerta José Marcelo Menezes Vigliar, que ‘os atos de improbidade são de natureza tal que, uma vez realizados, advém o dever de

Hugo Mazzilli aduz que para ter força de título executivo (art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85), o ajuste deverá:

“a) versar compromisso de ajustamento de conduta; ou b) sempre que possível, revestir a característica de liquidez, ou seja, obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”. Apresenta as seguintes características: “a) dispensa testemunhas instrumentárias; b) o título gerado é extrajudicial; c) mesmo que verse apenas ajustamento de conduta, passa a ensejar execução por obrigação de fazer ou não fazer; d) na parte em que comine sanção pecuniária, permite execução por quantia líquida em caso de descumprimento da obrigação de fazer; e) mesmo que verse apenas obrigação de fazer, pode ser executado independentemente de prévia ação de conhecimento”.⁴⁹²

Mas, para que adquira força executiva é necessário que o ajuste se revista de liquidez, certeza e exigibilidade, pois faltando um desses elementos o título não será exequível.⁴⁹³

Entende-se que o ajustamento de conduta implica em verdadeira proposta de arquivamento do inquérito, o que o leva a ser submetido a controle interno pelos órgãos superiores, com o que será considerado válido e eficaz (art. 9º, § 1º da Lei 7.347/85).

Enfim, trata-se de importante meio de solução do conflito coletivo, o que ocorrerá de maneira célere e independente da intervenção do Judiciário para sua realização.

A afirmativa prende-se a outra contemporânea e fundamental, o da adequada leitura do art. 5º, XXXV da CF.

Sua exegese não pode se resumir à solução dos conflitos pela única porta da sentença de mérito. Ao contrário, devem ser incentivados outros meios de pacificação, ainda que administrativos, fora da jurisdição.

O compromisso de ajustamento de conduta está nesse contexto. Ao elaborá-lo seus firmatários permitem a recomposição do interesse coletivo. Através dele se caminha na

ajuizamento de ação civil pública para reconhecimento do mesmo e consequente imposição da pena’. Entretanto, entendo que, se algumas das consequências previstas em lei para os atos de improbidade só podem ser impostas por decisão judicial (como a perda dos direitos políticos), nada impede que outras sejam implementadas através da avença entre o Ministério Público e o agente ímprobo, como ocorreria no caso de acordo para a devolução ao Erário de verbas apropriadas indevidamente por aquele. Nesta hipótese, seria pactuado compromisso de ajustamento parcial, tendo por objeto apenas a parcela do litígio sobre o qual tenha o investigado disponibilidade, relegando-se à disputa judicial as demais”. PROENÇA, Luiz Roberto. op. cit., p. 126.

⁴⁹²MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*, cit., p. 302. Confira-se, ainda MORAES, Voltaire de Lima. op. cit., p. 607.

⁴⁹³LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 327.

direção dos objetivos da República, o que se extrai do art. 4º, VII da CF. Solucionar conflitos não se consegue apenas com sua judicialização, mas também através dos obtidos por “meios suasórios – espontâneos ou induzidos – assim aqueles tendentes a prevenir a formação de lides judiciais, como também aqueles voltados a propiciar a célere e antecipada resolução dos processos já formados”.⁴⁹⁴

O movimento do pêndulo explica o fenômeno.

O acesso à função jurisdicional não pode ser levado ao aumento da litigiosidade, pois dela se espera tempestividade e eficiência. Em meados do século passado João Mendes afirmou que a atividade judiciária tinha que ser operativa em todo o território, os juízes precisavam estar ao alcance das partes para não as sacrificar com longas e dispendiosas viagens, com perda de tempo e sonegação de justiça.⁴⁹⁵

A oferta do serviço compreendido na existência de múltiplas portas para a solução das controvérsias parece operar no sentido do que se diz faltar ao sistema, hoje e ontem, tempestividade, pacificação e eficiência.

A unidade e a indivisibilidade da Instituição podem concorrer fortemente para o reequilíbrio do sistema, para cujos fins cada um terá que fazer a sua parte.

41. Democratização da investigação

Traçadas as ideias fundamentais sobre a existência, o conteúdo e os fins do inquérito civil, cabe-me inseri-lo em um sistema probatório, com o propósito de demonstrar a existência e a necessidade à sua adesão.

Em um primeiro momento, parece aviltar o poder de requisição de que dispõe o Ministério Público para, em sede de investigação se socorrer de princípios jurídico-constitucionais e, com êxito, alcançar ou formar o seu convencimento.

É preciso lembrar que a constitucionalização do processo civil é fenômeno presente na Constituição da República.

⁴⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*, cit., p. 97.

⁴⁹⁵ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Livr. Ed. Freitas Bastos, 1954. p. 62.

Segundo a doutrina hoje não bastam apenas as leis processuais infraconstitucionais. É necessário se ater a um sistema de processo civil, cuja aplicação requer a interpretação sistemática de todo o ordenamento.⁴⁹⁶

Fala-se em democratizar a investigação, não apenas para que seu instrumento contenha providência burocrática e autômata, mas que na medida do possível se apresente como meio apto a alcançar conclusão que retrate não só os atos de império, a vontade do Estado, mas também o direito de manifestação e de participação do imputado na formação do convencimento do investigador.

Modernamente fala-se em cooperação, devendo ser compreendida como o aperfeiçoamento da garantia do contraditório. Por meio dele se faculta ao demandado acompanhar e participar de todas as fases do processo. Pelo princípio da cooperação se assegura mais do que isso, ou seja, que a questão pendente de apreciação seja decidida plenamente e sem o risco de representar, naquele momento, a única solução possível para afastar a controvérsia e eliminar o conflito com justiça.

No Direito Alemão (§ 139 do ZPO) a cooperação orienta a decisão do juiz, sendo vedado “fundamentar sua decisão em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por elas valorado, analisado, de modo diferente sem que lhes dê, antes, possibilidade de se manifestar”.⁴⁹⁷

É por essas razões que o moderno processo civil trabalha com a possibilidade de se ampliar a participação de outros sujeitos, a exemplo do que sucede com o *amicus curiae* nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e de Constitucionalidade, na forma do art. 7º, § 2º da Lei 9.868/99.

O mesmo caminho está sendo seguido pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil do Brasil em trâmite no Congresso Nacional, cujo art. 138 do PL 8.046/2010 – Câmara Federal - previu a participação desse terceiro.

Para o Ministro Athos Gusmão Carneiro, essa intervenção nas demandas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade se trata “de uma forma atípica de intervenção de terceiros, com características peculiares, inclusive porque não necessita

⁴⁹⁶BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, cit., p. 53.

⁴⁹⁷Id. *Ibid.*, p. 57.

demonstrar interesse jurídico na solução da demanda, embora deva ostentar representatividade adequada e suficiente”.⁴⁹⁸

O que me parece mais importante é o reconhecimento de que a abertura dos processos judiciais também deve ser estendida aos que se processam nos demais órgãos públicos, aos demais processos estatais.

Em razão disso, Scarpinella defende o que chamou por teoria geral do processo estatal, consistente no estabelecimento de princípios e regras extensíveis a todo e qualquer processo regido pelo Direito Público. Com isso, se viabilizará uma forma da administração de interesses ao modelo democrático que o país, através do legislador constitucional, propôs ser.⁴⁹⁹

Importa assegurar a aproximação do representante ao representado, como meio de se reduzir o poder daquele. Impende destacar a participação do representante nas funções legislativa, administrativa e jurisdicional.

A primeira é a espécie mais corrente de se aplicar a captação da vontade popular, para que o produto desse trabalho esteja de acordo com os interesses do corpo social. Além da representação política definida pelo voto do cidadão, há outras maneiras de interferência no processo legislativo, o que pode se dar pela livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e IX da CF), incluídas as expressões filosóficas, políticas, científicas e até mesmo o lobby parlamentar.⁵⁰⁰

Nem se diga que esse modelo é inaplicável aos processos administrativos, como o inquérito civil.

A participação administrativa pode assumir diversas facetas e ser direcionada a uma série de atividades estatais, tais como o ordenamento econômico, ordenamento social, fomento público, gestão de pessoal, bens e serviços. Um conceito contemporâneo de Direito Público, encontra fundamento no comprometimento com a legitimidade.

⁴⁹⁸CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, cit., p. 195. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, cit., p. 125. PASTORE, Délton Esteves. *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*. 2007. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2007. p. 133-144.

⁴⁹⁹“O que releva destacar é que, também ‘no processo administrativo’, a figura de um terceiro catalogável de *amicus curiae* passa a ser, na lógica da própria lei, um colaborador importante para o proferimento de decisões que levem em consideração os interesses ‘dispersos’ pela sociedade, nem sempre devidamente apreciados pela manifestação daqueles diretamente envolvidos ou diretamente afetados pela atuação da Administração Pública”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, cit., p. 77.

⁵⁰⁰MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. São Paulo: Renovar, 1992. p. 87.

Para quem imaginar que esse *modus* pode emperrar a máquina administrativa, a resposta é negativa. Em longo prazo, todo esse *iter* administrativo transformar-se-á em eficiência, porque não mais haverá escolhas a fazer. A participação do administrado nos assuntos que o afetam, além de legitimar a decisão, vincula-se com os seus benefícios.

Na função jurisdicional o indivíduo pode participar das atividades do Estado por meio do direito de ação e pela nomeação aos órgãos de jurisdição. Nesse caso a Constituição Federal deve disciplinar as condições de ingresso para o exercício dessa fatia do poder estatal. No outro, porém, a regulamentação é concretizada através da legislação federal e da própria lei fundamental. Releva destacar, na esteira do que afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto que o controle da legalidade é o seu ponto de destaque.⁵⁰¹

42. Prova. Noções gerais

A expressão pode conduzir a significados estranhos aos fins a que ela se destina na arena processual, mas que identicamente conduzem à percepção humana sobre o reconhecimento da realidade ou de dada situação.

O processo mental que o indivíduo realiza para se convencer sobre a veracidade de um fato por todos conhecido (as duas grandes guerras mundiais, a invasão do Iraque pelas forças armadas norte-americanas, a queda do muro de Berlim, o ataque às torres gêmeas em Nova Iorque, a exatidão de uma operação aritmética, etc.) decorre da notoriedade e que o próprio sistema dispensa seja comprovado (art. 334, I do CPC). Como aduz Moacyr Amaral Santos, “nesse sentido, a prova pode ser entendida como ‘o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade’”.⁵⁰²

Mas, se se tratarem de fatos controvertidos ou necessários de prova, como o são os referentes a direitos indisponíveis em relação aos quais não cabe disposição e não se operam os efeitos da revelia (art. 320, II do CPC), o sistema conduz à necessidade da comprovação ou do oferecimento dos meios pelos quais se chegará à idêntica solução.

A doutrina italiana destaca que o procedimento probatório pode se constituir por quem realiza exclusivamente a prova ou oferece os meios pelos quais o juiz conferirá a

⁵⁰¹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit., p. 91.

⁵⁰²SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1, p. 11.

procedência de determinada afirmação. Nesse caso, entenda-se que a parte deve proporcionar os meios para sua realização.⁵⁰³

A atividade de provar se confunde com o “meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade”. Sempre se buscará a verdade cabal, completa, para a qual serão utilizados os sentidos e a inteligência humana. Entretanto, o sistema tolera a realidade obtida, relativa, formal. Isso ocorre em função da precariedade dos meios utilizados para sua constatação, que segundo a doutrina podem se apresentar suficientes, insuficientes e negativos.⁵⁰⁴ Sobre o tema remeto o leitor ao item 46.

Diz-se, então, que a certeza é simples estado de espírito, mais claro para uns e menos claro para outros.

Entre a certeza e a verdade objetiva não há elementos que levem à sua convergência, exceto os métodos racionais de convencimento.

Fala-se então em máximo ponto de persuasão, a operação que reúne convicção e certeza.⁵⁰⁵

A função da prova é criar no espírito do seu destinatário, autoridade judicial ou administrativa um estado de convencimento, fundado na verdade, como se falou, relativa.⁵⁰⁶

Essa técnica será baseada em uma proposição, cuja plenitude se cuidará de comprovar. Como exemplo Carnelutti citou a antítese entre a operação matemática e o meio utilizado para verificar a correção do seu resultado. Enquanto aquela conta não tiver sido realizada não se terá porque conferir o seu produto.⁵⁰⁷

É certo afirmar que o investigador deve ter olhos, pensar, voltar-se para o processo, porque através do instrumento de investigação também se busca a reconstrução da realidade, tal como o juiz procede no processo jurisdicional. Apresentam pontos em comum, tanto que o art. 90 do Código do Consumidor prevê que se aplique ao inquérito civil normas do CPC, no que for compatível. Importa dizer que um inquérito alinhado com

⁵⁰³ CARNELUTTI, Francisco. *La prueba civil*. 2. ed. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. p. 41-42.

⁵⁰⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 12.

⁵⁰⁵ “Para chegar a essa convicção, o espírito deve ponderar detidamente todos os motivos mais de uma vez, estabelecendo juízo sucessivo, antes de proferir juízo decisivo. Meio de corrigir juízos precipitados, consequência não só das paixões, como das imperfeições sem conta imanentes à natureza humana.” SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 15.

⁵⁰⁶ AMARAL, Jorge Augusto Pais do. *Direito processual civil*, cit., p. 255.

⁵⁰⁷ CARNELUTTI, Francisco. *La prueba civil*, cit., p. 38.

o sistema de garantias processuais, poderá se constituir em importante elemento de convicção do magistrado.

Entretanto, compreendo que o direito à prova é inalienável e deverá ser exercido na fase própria, em ambiente jurisdicional.

Com a apresentação da contestação, em resposta à demanda do autor e com sua estabilização⁵⁰⁸, as fontes e os meios de prova assumem importante elemento para a solução do conflito.⁵⁰⁹

Segundo Dinamarco,

“fontes de prova são elementos externos ao processo e possivelmente existem até antes dele, sendo representadas por pessoas ou coisas das quais se possam extrair informes úteis ao julgamento; e meios de prova são as técnicas destinadas a atuar sobre as fontes e delas efetivamente extrair o conhecimento dos fatos relevantes para a causa”.⁵¹⁰

Vicente Greco Filho não diverge desse conceito e acrescenta o Código contém indica o depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial como meios exemplificativos desses meios. Acresce que os mecanismos abraçados pela legislação processual penal também permitem sua adoção pelo processo civil.⁵¹¹

A prova emprestada, ou seja, aquela produzida em outro processo, sob o crivo do contraditório, e que agora se pretende aproveitar contra o sujeito integrante de outra relação processual também pode servir de importante elemento de convicção. Ficará, no entanto, sujeita a nova apreciação diante do novo contexto em que será avaliada.

⁵⁰⁸“A exata noção e dimensionamento do problema da estabilização da demanda judicial, compreendida como impossibilidade de alteração de seus elementos subjetivos (partes) e objetivos (causa de pedir e pedido) – particularmente estes últimos – isto é, a fixação de um momento a partir do qual não seja mais possível alterar a pretensão processual e tampouco os fundamentos que a delimitam, envolve o exame da questão da preclusão e da eventualidade.

...

Observa-se, desse modo, que na equação que tem como resultado a estabilização da demanda – compreendida como limites à mutabilidade da pretensão processual (objeto litigioso do processo), e em menor intensidade do próprio objeto do processo – são vetores fundamentais a configuração de um sistema que estipule preclusões e a fixação dos contornos da regra da eventualidade”. LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006. p. 119 e 122-123.

⁵⁰⁹“A imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o direito à prova em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do direito ao processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 47.

⁵¹⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 47-48.

⁵¹¹GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 177.

Greco refuta o aproveitamento da prova obtida por meios imorais ou ilícitos, como ocorre com aquela obtida mediante a prática de um furto, roubo, violação dos sigilos constitucionalmente assegurados, tortura, narcoanálise. Para ele como o processo deve servir de instrumento para a aplicação do direito material, sua contrariedade atenta contra o próprio sistema e deve ser proibida.⁵¹² Sobre o assunto, confira-se o item seguinte.

O presidente do inquérito, assim como o magistrado são os destinatários das fontes e dos meios de prova. Aquele as levará para o processo. Este permitirá sua produção, pelas técnicas processuais típicas e atípicas (art. 332, do CPC).⁵¹³

Há grande proximidade entre esses dois momentos, que se sucedem no tempo, mas que são iluminados por regimes jurídicos diversos. No decorrer do processo o contraditório e a ampla defesa são obrigatórios; no inquérito, desejáveis segundo alguns, pois há quem adote o entendimento de que aquelas garantias não se lhe aplicam (item 36.2).

Com isso, não se quer afirmar que as mesmas garantias que permeiam o processo e que se constituem em pressuposto de observância obrigatória, pena de nulidade se acham na investigação. No entanto, o material probatório produzido pelo Ministério Público pode ser o mesmo que irá convencer o órgão julgador na relação jurídica processual. Daí a importância da sua elaboração.

Já constou que o inquérito civil ou o procedimento preparatório do inquérito civil se apresentam como instrumentos destinados a reunir o material probatório para o convencimento do órgão do *Parquet*, seja para o aforamento da ação civil pública, seja para o arquivamento, ajustamento de conduta ou simples recomendação. Também, servirão para o convencimento do próprio investigado, notadamente porque na reprodução da realidade poderá ficar demonstrado que esse estado de coisas poderá servir de caminho para o acordo (Termo de Ajustamento de Conduta). Também, orientará o magistrado ou tribunal para o qual a ação coletiva ou individual for distribuída (interesse individual indisponível).

⁵¹²GRECO FILHO, Vicente. op. cit., v. 2, p. 177-178.

⁵¹³“... a lei civil não institui a taxatividade das provas, já que, em se tratando de regra de direito processual, deve ser interpretada sistematicamente, à luz dos princípios gerais do processo, entre os quais encontram-se o contraditório e a ampla defesa”. GIANNICO, Maricé. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192. “Todos os meios de prova lícitos são hábeis para provar a verdade das alegações de fato em que se funda a ação ou a defesa. Os meios de prova podem estar previstos ou não topicamente pelo legislador. No primeiro caso, fala-se em prova típica; no segundo, atípica. Uma e outra são suscetíveis de utilização em juízo (art. 332, CPC)”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 335.

Yarshell é da mesma opinião. Para ele, quem rejeita o entendimento de que os meios de investigação representam fontes de conhecimento apenas porque ficam sujeitos ao crivo do contraditório em processo jurisdicional, está a rejeitar a natureza das coisas.

Sobre a distinção entre meios de prova e meios de investigação ou de pesquisa em sede processual penal, deve ser transcrita a seguinte lição:

“(...) enquanto os meios de prova diriam respeito a uma atividade interna ao processo, perante o juiz e com a participação das partes, os meios de pesquisa ou meios de investigação teriam sede extrajudicial e o escopo de obter provas materiais, realizáveis de ‘surpresa’. Enquanto aqueles seriam aptos a fornecer ao juiz resultados probatórios utilizáveis na decisão, os outros não seriam exatamente fontes de conhecimento, mas se prestariam à aquisição de elementos dirigidos à autoridade policial”.⁵¹⁴

Essa premissa colhida na doutrina italiana é refutada no mesmo estudo para que se lhe dê sentido atual, instrumental e mais preciso. Para o mesmo autor se a investigação tem o escopo de obter ou de conservar provas, ou seja, produzi-las, deve-se entender que esse trabalho se destinará ao convencimento do magistrado e dos próprios interessados, destinatários das ações do investigador.⁵¹⁵

Como fase extraprocessual, o processo administrativo de investigação é o instrumento apto à reunião de provas lícitas para a formação da convicção do seu presidente e fundamentação de eventual demanda.

Para tanto, parece possível que o responsável pela investigação adira a um sistema administrativo-processual de produção de provas, fomentando o equilíbrio necessário para uma adequada instrução extraprocessual.

Muitos dos conceitos e dos conteúdos utilizados pela doutrina processual me parecem perfeitamente utilizáveis na investigação civil, o que se passará a estudar adiante.

⁵¹⁴YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 36.

⁵¹⁵“Os exemplos que podem ser extraídos de determinado ordenamento jurídico, ou mesmo que sejam indicados pela doutrina, consistentes em inspeções e interceptações telefônicas, bem demonstram que, nesses casos, da atividade empreendida resultam autênticos elementos de prova que, se não se dirigem exatamente à formação do convencimento do juiz a cargo da declaração do direito, dirigem-se aos interessados, para formação de sua convicção acerca das chances que nutrem a respeito de futuro e até eventual processo; o que vale tanto para aquele que tomou a iniciativa de investigar como para aquele cuja conduta seja objeto de investigação”. YARSHELL, Flávio Luiz. op. cit., p. 38.

43. Conceito e regime jurídico

Conforme se extrai da doutrina “prova é demonstração e provar é demonstrar”.⁵¹⁶

É comum se afirmar que o Promotor de Justiça é o primeiro juiz do processo, porque é o destinatário das investigações penais e civis. Nessas é o seu idealizador, presidente e realizador. Naquelas também, mas normalmente as recebe da polícia judiciária (arts. 4º e seguintes do CPP).

Da mesma maneira que o juiz desconhece os fatos e deles toma conhecimento através da atividade das partes no processo, o promotor investigador também precisará reconstruir a realidade por meio da instrução. Assim, possível afirmar que no inquérito civil a “prova é o conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes (...)”⁵¹⁷, não para o julgamento, mas para a conclusão do membro do Ministério Público, ou mais do que isso da investigação.

A seriedade, profundidade e especialidade com que a produção da prova for realizada e obtida refletirá na demanda, na qual possivelmente, será reproduzida, desta vez sob a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Não se exige certeza, porque essa será verificada no momento do julgamento, após se garantir o contraditório. Todavia, até para narrar os fatos na petição inicial é desejável que se adotem argumentos persuasivos, de quem está com a razão, o que fortalece a ideia de que a Instituição deve oferecer os meios necessários para que o investigador consiga, da melhor maneira possível, reconstruir o caminho de dada realidade histórica.⁵¹⁸

Sobre as afirmações das partes, extraio da doutrina a seguinte lição:

“A afirmação das partes vincula o juiz quanto à posição do fato: de um lado, porque não pode considerar uma situação de fato que não tenha sido afirmada por uma (pelo menos) das partes e, de outro, porque não pode deixar de dispor (omitir) uma situação de fato que tenha sido afirmada por todas as partes. A afirmação unilateral (discorde) de um fato é condição necessária para seu posicionamento na sentença: a afirmação bilateral (concorde) é para tal fim condição suficiente. Os fatos não afirmados não podem ser considerados; os fatos afirmados concordemente devem ser analisados”.⁵¹⁹

⁵¹⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 43.

⁵¹⁷Id. Ibid., p. 41.

⁵¹⁸“...ao instrumentar a demanda mediante a elaboração da petição inicial, tem o autor o ônus de narrar os fatos nos quais sustenta ter origem seu alegado direito (CPC, art. 282, III). Id. Ibid., p. 44.

⁵¹⁹“La afirmación de las partes vincla al juez en cuanto a la posición del hecho: de un lado, porque no puede poner una situación de hecho que no haya sido afirmada por una (cuando menos) de las partes y, de outro,

Esse posicionamento rende ensejo à expectativa de outro comportamento consistente na teoria do ativismo judicial.

A ideia do juiz expectador foi formada em meio ao raciocínio de origem liberal, privatista, segundo o qual o direito discutido no processo tinha natureza disponível. Nessa lógica não cabia qualquer interferência judicial, senão se provada pelos litigantes.⁵²⁰

A doutrina justifica esse reposicionamento funcional e até mesmo institucional do magistrado na natureza dos direitos indisponíveis, muitas vezes ligados ao direito de família ou aos conflitos de massa que interessam à coletividade (meio ambiente, patrimônio público, histórico, paisagístico, dignidade da pessoa humana, dentre outros). Muito embora nessas demandas o Ministério Público sempre atue como guardião do interesse público (art. 82, III, do CPC), compete ao juiz tenha a iniciativa para que o seu julgado se ajuste ao direito legislado e à realidade investigada.

A quebra da igualdade das partes no processo também deve ser impedida por seu presidente, pois não raro se defronta com situações em que elas ficam em desvantagem por deficiências econômicas e culturais (art. 125, I, do CPC).⁵²¹

O direito à prova é inerente ao justo processo, encontrando-se na sua base o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF). Mais do que o direito ao processo para a solução da lide, todo indivíduo tem direito constitucional à sua regularidade, devendo ser produzido e conduzido segundo as garantias constitucionais e legais.⁵²²

porque no puede dejar de poner (omitir) una situación de hecho que haya sido afirmada por todas las partes. La afirmación unilateral (discorde) de um hecho es condición necesaria para su posición en la sentencia; la afirmación bilateral (concorde) es a tal fin condición suficiente. Los hechos no afirmados no pueden ser puestos; los hechos afirmados concordemente tienen que ser puestos". CARNELUTTI, Francisco. *La prueba civil*, cit., p. 9.

⁵²⁰“Não há mais clima para tanto predomínio do princípio dispositivo, que exclui os comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na sua instrução. Aquela ideia radical é espelho das premissas privatistas do processo civil, que hoje é reconhecidamente informado pela natureza de instituto de direito público”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 52.

⁵²¹“(…) na linha das tendências do processo civil moderno, o Código contém um conjunto harmonioso de disposições que investem o juiz do poder-dever de tomar iniciativas probatórias em alguns casos. Isso é feito mediante (a) a genérica imposição do dever de assegurar a igualdade entre as partes (art. 125, I), para efetividade da garantia instituída no art. 5º, caput, da Constituição Federal; b) a determinação, também ampla, de que o juiz, a requerimento ou mesmo *ex officio*, faça realizar todas as provas necessárias à instrução da causa (art. 130); c) a ordem de convocar a qualquer tempo as partes para deporem sobre os fatos da causa, também sem que necessariamente isso seja requerido (art. 342); d) a autorização de inquirir testemunhas referidas, que são pessoas que os elementos de prova já realizados indiquem serem conhecedoras dos fatos (art. 418, inc. I); e) a autorização a mandar fazer nova perícia quando a primeira tiver sido insatisfatória (art. 437); f) idem, quanto às inspeções judiciais a serem feitas por iniciativa do próprio juiz (art. 440). DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 53-54.

⁵²²TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*, cit., p. 17.

A cláusula inscrita no art. 5º, LIV da CF, inspirada na *law of the land* do direito inglês⁵²³ e posteriormente incorporada no *Statute of Westminster of the Liberties of London* no reinado de Eduardo III, deve receber interpretação ampla. Construída para a proteção da vida-liberdade-propriedade tem a função de assegurar o cumprimento do direito material (administrativo, por exemplo, no qual o administrador só pode agir segundo a lei), bem como do direito processual. Nesse último sentido, para a doutrina significa “a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos”.⁵²⁴

O sistema processual constitucional condena a prova ilícita, ou seja, a obtida através de meios ilegais ou que decorrer da indevida manipulação das suas fontes (art. 5º, LVI, da CF).

Na esteira de lições doutrinárias e consoante já constou no decorrer desse trabalho, o Brasil de 1988 deixava para trás regime de exceção, em que os interesses dos governantes e do modelo de estado de então favoreciam a violação dos direitos individuais. Como lembrou Barbosa Moreira,

“ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao ‘grampeamento’ de aparelhos telefônicos. É compreensível que, em reação contra o passado recente, se haja requerido esconjurar com toda a energia o perigo de reincidências. A lei do pêndulo explica a proscrição radical”.⁵²⁵

Segundo esse postulado se impede que, mesmo em sede administrativa – momento do inquérito e processos de investigação – o material probatório deve ser obtido pelos mecanismos legais, conformes ao estado de direito.⁵²⁶

⁵²³“O primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a Magna Charta de João Sem Terra, do ano de 1215, quando se referiu à *law of the land* (art. 39), sem, ainda, ter mencionado expressamente a locução devido processo legal”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 28.

⁵²⁴NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 38.

⁵²⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema das provas ilicitamente obtidas. *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 498, p. 36, set. 1996.

⁵²⁶“A maior parte dos casos de ilicitude da prova consiste na obtenção ilegítima de fontes probatórias pela parte – interceptações telefônicas ou postais, invasão da memória de computador, traslado de peças de processos sujeitos a segredo de justiça, quebra de sigilo bancário sem autorização judicial ou contrária à lei ou ainda mediante a realização de excessos não autorizados ou ilegais, violação do domicílio nessas mesmas circunstâncias etc. É possível ocorrerem ilicitudes dessa ordem por ato do próprio juiz ou com sua participação, como quando ele conceder autorizações ilegais ou requisitar documentos que por lei sejam inacessíveis, ou autorizar interceptações ilegais. A ilicitude dos meios de prova está presente na prática da tortura, ameaça ou extorsão na inquirição de testemunhas ou da própria parte”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 49.

A inobservância leva o processo à invalidade, porque os meios integrativos da sua fase instrutória são ilícitos (arts. 332, do CPC e 32, da Lei 9.099/95 - Juizados Especiais).

A teoria dos frutos da árvore contaminada ou envenenada foi construída com suporte na ilicitude da prova. Quer dizer que todas as fontes de prova e todos os meios de prova decorrentes da prova ilícita também são atingidos pela nulidade.⁵²⁷

Dinamarco aduz que o mecanismo pode levar a consequências indesejadas, à medida que tais consequências afrontam a própria garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) e podem instabilizar a regular colheita de provas provindas sucessivamente daquelas consideradas ineficazes, por ilícitas.⁵²⁸

Em virtude do risco de desperdício e da própria economia que foi erigida como princípio no Código de Processo Civil, essa teoria tem sido aplicada com ponderação e parcimônia, permitindo-se a decomposição dos atos processuais que se encadeiam durante o arco procedimental para o aproveitamento de uns em detrimento de outros.⁵²⁹

O Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a guarda da Constituição Federal (art. 102, *caput*, da CF), já decidiu que as garantias fundamentais impedem que o Estado as transponha sem se valer dos meios lícitos para a obtenção da prova.

Nesse sentido, extraio trecho de julgado da relatoria do Min. Celso de Mello, que decidiu:

⁵²⁷ STF, HC 69.912, j. em 16.12.1993.

⁵²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 50-51.

⁵²⁹ “Como regra, a prova obtida a partir de prova ilícita igualmente o é por contaminação (teoria dos frutos da árvore envenenada – *the fruit of the poisonous tree*, STF, 1ª Turma, HC 80.949/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30.10.2001, DJ 14.12.2001, p. 26). Importa saber para aplicação dessa teoria, contudo, quando determinada prova pode ser considerada derivada de outra e quando essa pode ser considerada independente. Assim, se a prova derivada poderia ter sido produzida independentemente da obtenção da prova ilícita, não há razão para negar eficácia àquela. Podendo ser oriunda de uma ‘fonte autônoma de prova’, pode a prova ser utilizada no processo, ainda que concretamente derivada de prova ilícita (STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. em 03.04.2007, DJ 18.05.2007, p. 113). Se o descobrimento da prova derivada era inevitável (*inevitable discovery*) ou se o seu descobrimento era provavelmente independente da prova ilícita (*hypothetical independent source rule*), não há razão para negar-se eficácia à prova derivada, que aí se desvincula da prova ilícita. Se o descobrimento da prova era inevitável, não há razão para reputá-la ineficaz. Isso porque a descoberta propiciada pela prova ilícita ocorreria mais cedo ou mais tarde. A lógica do salvamento da segunda prova está em que não há motivo para retirar eficácia de uma prova que trouxe uma evidência que muito provavelmente seria obtida. Nesse caso, quebra-se a relação de antijuridicidade entre as provas. Se o descobrimento da prova era provavelmente independente da prova ilícita, então não há porque entendê-la como uma prova derivada da prova ilícita, devendo ser tratada como uma prova provavelmente independente e, assim, sem qualquer nexo causal com a prova ilícita. Rompe-se, destarte, o nexo causal entre as provas”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 335-336.

“Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, ‘respeitados os direitos individuais e nos termos da lei’ (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONCEITO DE ‘CASA’ PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI).”⁵³⁰

Do exposto, é possível aduzir que em torno do assunto duas teorias se formaram: a) a de que deve prevalecer o interesse da justiça na descoberta da verdade, ainda que isso tenha se dado a partir da produção de uma prova ilícita; e, b) a prova obtida com sacrifício da ordem jurídica jamais poderá servir de fundamento ao deslinde da controvérsia posta em juízo.⁵³¹

Mas, o confronto dessas duas premissas deve ser tratado em sintonia com a proporcionalidade, segundo a qual na conjugação de dois princípios deve prevalecer o que mais atenda ao interesse público. Por isso, diz-se que na aplicação dos princípios processuais estes não podem ser levados às últimas consequências, pois devem ter significado instrumental.

Logo, é até possível aplicar determinada prova ilícita, desde que sua dispensa importar em grave risco à ordem e segurança públicas. No caso, o interesse público será preservado em prejuízo do interesse particular do sujeito, cuja garantia fundamental tenha sido violada (STJ, HC 54.138, j. 05/03/96).

⁵³⁰ HC 103325, Informativo 583.

⁵³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 4, p. 103, jul./dez. 1996.

Essa exegese também é defendida por Bedaque, para quem no confronto entre o interesse particular e o social deve prevalecer o último. O princípio da proporcionalidade será o fiel da balança no aproveitamento dessa prova, devendo ser dispensada se ela foi obtida mediante tortura ou utilização de drogas.⁵³²

De fato, já se decidiu que a presença da prova ilícita não macula o processo, se ao lado dela houver outros elementos suficientes à decisão (STF, HC 69.079, j. 17/03/92). Nesse sentido: STF, HC 69.209.

A proporcionalidade também foi o caminho escolhido pelo Direito Processual Alemão, segundo o qual apenas diante do caso concreto é possível aquilatar se a prova obtida mediante o emprego de meios não ortodoxos poderá ser utilizada para o desfecho de determinada demanda.⁵³³

Tal método de trabalho indica que o processo civil não é vocacionado apenas a solucionar crises de direito privado, com viés voltado exclusivamente ao interesse egoístico do indivíduo, tendo sido redirecionado na busca de soluções estribadas sobre o direito social e altruístico.⁵³⁴

Sustenta-se, ainda, ser possível aproveitar a prova no processo civil, ainda que tenha sido produzida na esfera penal, como ocorre nas hipóteses dos arts. 63, do CPP e 475N, II, do CPC, independentemente de qualquer vício, pois a decisão deste juízo estará acobertada pela coisa julgada.

Ainda, como já constou no item antecedente, os fatos notórios e as presunções legais ou judiciais dispensam a produção de prova (art. 334, do CPC).

⁵³²“(…) afastar por completo a possibilidade de o juiz determinar a produção de uma prova ilícita significa aceitar provimento jurisdicional que, provavelmente, não corresponda aos fatos deduzidos pelas partes e relevantes para o julgamento da causa.

(...)

Essa conclusão não implica desconhecer o caráter ilícito da conduta daquele que obteve a prova. Apenas leva em consideração o fato de que cabe ao julgador utilizar-se de todos os meios necessários à descoberta da verdade. Inadmissível que irregularidades cometidas na colheita da prova impeçam a sua apresentação e, possivelmente, uma decisão justa. Deveria o juiz criminal absolver um criminoso, ou condenar um inocente, apenas porque não pôde tomar conhecimento de um meio de prova obtido ilicitamente?” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 150 e 152-153, respectivamente.

⁵³³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema das provas ilicitamente obtidas, cit., p. 39.

⁵³⁴“No direito brasileiro – e não somente nele – a expressão ‘processo civil’ compreende muito mais que a atividade judicial concernente a relações jurídicas de direito privado. É no processo civil que se discutem e se decidem pleitos atinentes a matérias reguladas pelo direito público (administrativo, tributário, internacional e – *last but not least* – constitucional...), em regra subtraídas, não menos que as de direito penal, ao poder de disposição das partes. Os interesses sujeitos à influência da sentença civil nem sempre se cingem à esfera particular dos litigantes: podem tocar a amplas coletividades, talvez à sociedade como um todo”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema das provas ilicitamente obtidas, cit., p. 44.

44. Objeto

O promotor investigador deve ter ciência de que muito além da sua independência – por certo ela não se confunde com a total liberdade de agir – tem compromisso com os quadrantes da lei e da ordem jurídica. Investe-se de prerrogativas, mas também de deveres e técnicas que deve observar, pena de comprometimento de todo esforço, trabalho e tempo despendidos. Deve ser importante instrumento para ilustrar as razões de fato e de direito expendidas na inicial, veículo da demanda judicial.

Não é difícil imaginar que todo o trabalho investigativo repercutirá na demanda.

Inicia-se com o delineamento dos pontos de interesse na portaria, para que dela constem não apenas as razões que motivaram a instauração do inquérito civil, como seu objeto que irá culminar com a judicialização ou não.

Tais pontos, geralmente instados pela representação que os ensejou podem se controverter na própria investigação. Esse estado de coisas parece-me desejável, não só porque se contará com a resistência do investigado que tem interesse no arquivamento do inquérito, mas também porque poderá levar o investigador a se aprofundar para o conhecimento da controvérsia gerada.

Comprovam-se fatos e não direitos, exceto quando se tratar de direito estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário, conforme estabelece o art. 337, do CPC. Recomenda-se, entretanto, que em se tratando de direito estadual ou municipal do lugar onde o agente está a exercer suas atribuições cabe a ele conhecê-lo.

Carnelutti destaca que o objeto da prova não são os fatos, mas as proposições. As afirmações que não se conhecem e se comprovam, enquanto aqueles não se comprovam, se conhecem.⁵³⁵ Couture também é da opinião que os fatos alegados é que constituem o objeto da prova.⁵³⁶ Dinamarco é da mesma opinião ao afirmar que as alegações “podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las (...)”⁵³⁷

Sobre a afirmação dos fatos devem incidir os métodos jurídico-processuais para sua comprovação. Ou seja, confundem-se com os fatos relevantes para a decisão judicial e para

⁵³⁵ CARNELUTTI, Francisco. *La prueba civil*, cit., p. 40.

⁵³⁶ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 181.

⁵³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 58.

um juízo de convicção do agente investigador, considerados controvertidos ou necessitados de prova.⁵³⁸

Segundo Moacyr Amaral Santos a prova pode ser classificada: “1) quanto ao objeto, em direta ou indireta; 2) quanto ao sujeito, em pessoal ou real; 3) quanto à forma, em testemunhal, documental e material”.⁵³⁹

Na prova direta o agente não precisa desenvolver qualquer trabalho de raciocínio para sua interpretação. A conclusão exsurge dos próprios meios, quando da sua apresentação ao intérprete.

A prova indireta conduz à construção de um juízo de formulação para se chegar à conclusão sobre o fato probando. Nesse caso, ela se divide em 1) presunções e 2) indícios.

A presunção é um modo de raciocinar, a partir do qual a comprovação de um fato pode levar à existência de outro. Se A não estava em casa no dia do crime e não conseguiu demonstrar onde se achava, é possível que tenha concorrido na prática do roubo.

O indício se constitui por circunstâncias da fato (*circum stare* = estar ao redor) que podem levar à conclusão sobre o fato principal. Ou seja, são “fatos não principais dos quais se vai extrair (ou se pretende extrair) a convicção da existência do fato constitutivo”.⁵⁴⁰

A prova é pessoal quando conscientemente o sujeito revela as impressões que teve quanto a determinado fato do mundo fenomênico. É real a revelação inconsciente que causa ao seu observador.

A formalização das provas poderá se dar pelo meio oral ou testemunhal, com a característica de ser passageira pela forma com que é apresentada. É material e permanente, quando a palavra é escrita ou documentada.

A prova real será sempre material e se traduz por toda apresentação física que permitir a percepção direta do juiz ou do seu intérprete.

Assim, as provas poderão ser testemunhais (expressão mediante palavras ou registro), documentais ou literais ou instrumentais (escrituras, documentos) e materiais (corpo de delito, exames, vistorias).⁵⁴¹

O conhecimento do fato é o grande desafio do promotor investigador.

⁵³⁸ AMARAL, Jorge Augusto Pais do. op. cit., p. 254.

⁵³⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, cit., v. 1, p. 54.

⁵⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. op. cit., v. 2, p. 186.

⁵⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, cit., v. 1, p. 56.

Portanto, a prova tem a finalidade de convencer o promotor de justiça ou procurador quanto à veracidade ou não dos fatos históricos que constituem o conteúdo da representação, e pois, do inquérito.⁵⁴²

Embora ao sistema administrativo-investigatório não opere a revelia e a confissão, aconselha-se que sempre se busque a versão daquele que figura como investigado ou responsável pelo fato ou ato contrário à ordem jurídica. É conveniente que a apuração seja conduzida conforme técnicas de investigação e garantias individuais, para que eventual demanda chegue a bom termo, com a sentença de procedência.

Nesse campo, é comum pessoas inescrupulosas se valerem dos mecanismos legais para obter proveito pessoal, egoístico, utilizando-se da instituição como instrumento para os mais variados fins: políticos, sociais e até mesmo individuais. É preciso atenção e perspicácia para que seja evitado.

O silêncio do investigado, seja pela falta de informações, seja pela ausência de eventual audiência para sua oitiva também não se presta à formação de qualquer juízo de certeza. Pode fornecer indicativos de que os fatos possivelmente ocorreram – a certeza desse conflito só aparecerá no processo, com a citação válida e o decurso do prazo para a resposta. O oposto também é verdadeiro, ou seja, a presença desses meios de prova podem conduzir à conclusão de que a investigação merece o caminho do arquivamento, com o acolhimento das razões do investigado. Por experiência do ofício, posso afirmar que quase sempre tais pessoas aproveitam a oportunidade que lhes é dada para trazer sua versão sobre os fatos. A assunção dos fatos como verdadeiros e os notórios⁵⁴³ também independem de prova, a exemplo do que sucede no processo judicial.

⁵⁴²Na esfera jurisdicional “a prova tem por finalidade convencer o juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide. Estes, portanto, constituem o seu objeto”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2, p. 335. “Objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos. Fazem parte dele os fatos em si mesmos. O vocábulo prova vem do adjetivo latino *probus*, que significa bom, correto, verdadeiro; consequentemente, provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta, e, portanto, condizente com a verdade. O fato existe ou não existe, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes. Diz-se também, em situações particularizadas, que determinada alegação é objeto de prova”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 58.

⁵⁴³“Os brasileiros, em geral, de qualquer classe ou condição, sabem que a data de 15 de novembro corresponde à da Proclamação da República; aos juízes, médicos, mestres-escolas, pintores do Brasil não é dado ignorar existirem no país vários sanatórios destinados à cura da tuberculose; aos agricultores e comerciantes de café, do Estado de São Paulo, é conhecida a época da colheita desse produto; aos operários das docas de Santos ou do Rio de Janeiro são conhecidos os sinais que autorizam a atracação de um navio ao cais. Fala-se, então, de os notórios, como tais considerados ‘aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social no tempo em que ocorre a decisão’ (Calamandrei)”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 339-340.

45. Verdade real e verdade formal

Foi-se o tempo em que se aconselhava dicotomizar uma verdade da outra, sob o fundamento de que o bem liberdade era mais importante do que o patrimônio; de que no processo civil se buscava a verdade formal e no processo penal a verdade real.

O risco dessa falsa verdade não encontra supedâneo na Constituição da República, especialmente porque seu art. 5º, LV não fez qualquer distinção entre as espécies de processo.⁵⁴⁴

O direito à reconstrução dos fatos mediante a produção da prova é garantia semelhante ao direito de ação consagrado no art. 5º, XXXV, do mencionado documento fundamental.

Explica-se que a teoria da verdade formal foi embasada na disponibilidade do objeto do processo civil e dos meios de prova, de maneira que o seu resultado seria conduzido ao desfecho mais conveniente às partes, ou a uma delas, sem qualquer interferência judicial.⁵⁴⁵

Contudo, conforme crítica formulada por Bedaque quem aceitava a teoria da verdade formal também se obrigava a admitir a da mentira formal, pois o conceito só se prestaria à admissão de uma verdade conveniente para o magistrado, porque se desincumbiria mais rapidamente do seu poder-dever de julgar.⁵⁴⁶

Essa prática, contudo, não teria qualquer compromisso com a realidade e estaria sempre sujeita à distribuição de injustiças. Não é difícil imaginar que a conjugação desse fator com a do juiz expectador facilitaria a vida dos mais poderosos, sempre em prejuízo dos menos abastados, relegando a igualdade material (e não apenas formal) a último plano.

⁵⁴⁴“Dizer que o processo penal persegue a chamada ‘verdade real’, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada ‘verdade formal’, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é uma e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes deva) renunciar – na área civil e na penal – à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, cit., p. 110.

⁵⁴⁵“Costuma-se, destarte, associar o conceito de verdade real ao processo penal, onde é mínimo o poder dispositivo das partes em relação às provas. E, em contraposição a este, moldou-se um conceito de verdade formal, ligado ao processo civil, onde seria absoluta a disponibilidade do objeto do processo e dos meios de prova. Criou-se, assim, a antítese ‘material formal’, que é criticável, quer do ponto de vista terminológico, quer do ponto de vista substancial. Sob este último aspecto, a crítica mais evidente seria sobre a absoluta disponibilidade do processo civil. Além das ações de Estado, onde os direitos substanciais em jogo são de caráter indisponível, o processo civil abrange uma gama crescente de outros direitos indisponíveis, tais os do Estado, do consumidor, do meio ambiente etc.”. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 35.

⁵⁴⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 153.

Parece-me cristalino que o promotor investigador deve se orientar no mesmo sentido. Se mesmo assim optar pelo aforamento da demanda, é preciso ter em conta que os fatos deduzidos na causa de pedir devem conter a seriedade suficiente para seu acolhimento na sentença, pois conforme ensina Barbosa Moreira:

“No pensamento praticamente unânime da doutrina atual, não se deve reduzir o conceito de ação, mesmo em perspectiva abstrata, à simples possibilidade de instaurar um processo. Seu conteúdo é mais amplo: abarca extensa série de faculdades cujo exercício se considera necessário, em princípio, para garantir a correta e eficaz prestação da jurisdição”.⁵⁴⁷

46. Probabilidade prevalente

É fácil acreditar que o processo, por sua fase instrutória tenha o escopo da reconstrução da realidade, tal como ocorreu no mundo dos fatos. Todo o esforço empenhado por seus sujeitos parece caminhar nesse sentido.

A doutrina, contudo, apresenta posicionamento bem menos otimista, havendo quem aduza ser essa crença mera ilusão.⁵⁴⁸

Segundo Araújo Cintra, Ada e Dinamarco, há três sistemas de apreciação da prova, ou seja:

“a) o da prova legal, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração *secundum conscientiam*, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada persuasão racional, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados”, tendo sido o último o adotado pelo art. 131 do CPC.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, cit., p. 101. Nesse sentido: “Essa importância está consagrada já na própria Constituição Federal, que assegura o acesso à justiça (art. 5º, XXXV), o contraditório, a ampla defesa (LV) e o direito à prova lícita (LIV e LVI). Nesse sentido, o denominado ‘direito de agir em juízo’ não se exaure no direito subjetivo de obter um provimento judicial qualquer ou simplesmente em movimentar a máquina judiciária, compreendendo, isto sim, uma ‘atividade judicial mínima, dirigida à tutela de uma posição substancial de vantagem (...), envolvendo conteúdos ativos e positivos’, dentre os quais avulta um procedimento probatório adequado”. KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação do senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *Probatio Diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 943.

⁵⁴⁸ “Uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que, no Estado de Direito, todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional que lhe assegurará o pleno gozo desse direito. Ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável”. GRECO, Leonardo. Conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 366.

⁵⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, cit., p. 361.

A predefinição de fatos para a formação do convencimento do magistrado é o escopo da atividade probatória.

Na investigação civil, todo esse trabalho também servirá para a formação da opinião do integrante do Ministério Público.

Todavia, como já constou alhures, pode ocorrer que a esperada reconstrução seja fundada em estados epistêmicos decorrentes da alegação das partes, que pode levar o seu destinatário a conclusões nem sempre coincidentes com a realidade.

Nesse sentido, a conclusão judicial ou mesmo a conclusão do promotor investigador pode não retratar o que ocorreu, levando-o a raciocinar artificialmente sobre determinada situação. Essa a verdade que prevalecerá, ajuizada ou não a demanda.

É até possível que nessa fase, apesar da insuficiência do quadro de provas, se decida pela judicialização com fulcro no *brocardo in dubio pro societate*. Aliás, necessário lembrar que o arquivamento do processo investigatório não impede que este venha a ser reaberto ou outro seja instaurado com o surgimento de novas provas.

Contudo, parece recomendável um mínimo de segurança de que o direito invocado tem chances de ser reconhecido por sentença. Segundo Jorge Americano:

“Ora, si o direito de acção depende da existência do direito material, si o direito se arma da acção para ir à guerra, si a acção representa o expoente que eleva a relação jurídica á segunda potencia, não se compreende a acção sem um direito que a justifica, ao qual dê proteção, ou sirva de expoente. A ausência do valor exponenciado faz desaparecer o expoente”.⁵⁵⁰

Muitas são as chances de se chegar a uma conclusão indevida e incorreta, pois já advertiu a doutrina que o processo é um ambiente no qual se opera uma série de providências para se evitar o erro.⁵⁵¹

Portanto, propõe-se a adoção de um sistema cuidadosamente garantístico, pelo qual haverá o fortalecimento do controle dos seus resultados, endo ou extraprocessuais.⁵⁵²

⁵⁵⁰ AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932. p. 65.

⁵⁵¹ GRECO, Leonardo. op. cit., p. 379.

⁵⁵² Id. Ibid., p. 388.

47. Cargas probatórias. Noções gerais

No inquérito civil, assim como no inquérito policial, é possível antever, em mero juízo de probabilidade, o que será possível suceder no processo judicial.

As cargas probatórias são endereçadas aos sujeitos parciais e também ao juiz, a quem cumpre ponderar e decidir quem se desincumbiu do encargo de provar.

Como constou anteriormente, as partes deduzem afirmações, proposições, do que lhes decorre o ônus de comprová-las, sob pena de tê-las rejeitadas pelo órgão julgador.

Carga da prova significa a conduta imposta a um ou a ambos os litigantes, para que confirmem a verdade dos fatos por eles afirmados.⁵⁵³

Assim, cumpre a quem alega provar o fato constitutivo do respectivo direito. Ao réu, pesa o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Sua ausência põe em risco o próprio interesse (art. 333 do CPC). Cada um deve se conduzir como quem não acredita no que alegou, para provar a verdade do que afirmou.

As normas de distribuição do ônus da prova se constituem em regras de julgamento, cabendo ao julgador aplicá-las sempre que delas necessitar para a reconstrução dos fatos históricos suscitados pelas partes. É o momento da declaração do direito material após a realização do direito instrumental, das normas de investigação.⁵⁵⁴

Como instrumento antecedente de possível demanda, revestido de inquisitividade para alguns ou de contraditório mitigado para outros, em não havendo partes nem juiz, há quem afirme não se aplicarem aos processos inquisitórios a teoria das cargas probatórias.⁵⁵⁵

Sobre isso, Micheli explica que embora não haja partes, mas interessados como ocorre nos processos de jurisdição voluntária, é possível se aplicar essa teoria quando o juiz não conseguir formar sua convicção sobre os fatos da causa.⁵⁵⁶

⁵⁵³“Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos”. COUTURE, Eduardo J. op. cit., p. 198.

⁵⁵⁴CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4, p. 21. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 82. GRECO FILHO, Vicente. op. cit., v. 2, p. 189-192.

⁵⁵⁵COUTURE, Eduardo J. op. cit., p. 198.

⁵⁵⁶Como ensina José Frederico Marques “a norma jurídica é sempre um *jus supra partes* e se encontra em uma esfera ou plano superior às situações subjetivas e individuais que toda ordem jurídica, como unidade, regulamenta e disciplina”. Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, Campinas: Milenium, 1ª ed., 2000, p. 237.

Prossegue explicando que quando não for possível provar esses fatos – modo de ser de um fato e não de uma relação jurídica – não significa que a não comprovação importa sua não existência. O mesmo não ocorre no processo dispositivo, cuja comprovação compete às próprias partes. Em consequência, aquele *status* não poderá ser modificado, enquanto não forem produzidas novas provas mais convincentes.⁵⁵⁷

Nessa linha de raciocínio, não é demais lembrar que as técnicas ligadas à teoria geral da prova também podem ser aplicadas ao inquérito civil, até mesmo como recomenda o art. 90, da Lei 8.078/90.

Prevendo uma possível judicialização, recomenda-se atenção e mesmo aplicação à teoria das cargas probatórias para o que o investigador deverá estar atento às fontes, aos meios, ao objeto e às cargas da prova. Por conseguinte, será possível aquilatar a conveniência e os destinos da demanda a propor.

48. Cargas probatórias dinâmicas

Se é certo que a investigação tem o escopo de preparar eventual demanda judicial – com ou sem contraditório, segundo correntes pró e contra essa garantia – também é preciso afirmar que as regras de comprovação dos fatos deduzidos na inicial seguem o sistema positivado na lei processual, incluído o microssistema de processos coletivos (Código de Processo Civil, Lei da Ação Civil Pública e Código do Consumidor).

Não é lícito sustentar que a prova produzida unilateralmente por órgão público, como é o Ministério Público, sob sua presidência, seja suficiente para afastar as garantias constitucionais propostas pela Constituição – tenha ou não havido contraditório na investigação, porquanto nova fase se inaugura com a judicialização, na qual a técnica na sua produção vinculará os litigantes. Também, é preciso lembrar que o inquérito é dispensável, bastando que haja peças suficientes para fundamentar a propositura da ação. Tais premissas não são ignoradas.

O art. 333 do CPC parece resolver o sistema de distribuição do ônus da prova, estabelecendo que ao autor e ao réu competem se desincumbir, respectivamente, da prova dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos que alegarem.

⁵⁵⁷ MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1961. p. 248-253.

Evidentemente, essa sistemática impõe a presença do contraditório, garantido mediante a presença do réu na relação processual, em regra assegurada pela citação.⁵⁵⁸

Discute-se, todavia, se o parágrafo único, I, do art. 333, do CPC pode ser aplicado aos dispositivos do seu *caput*, o que levaria à mitigação do *onus probandi* e ao afastamento do que se denominou prova diabólica ou *probatio diabolica*. Ou seja, será que as partes podem distribuir o ônus de provar diversamente do que estabeleceu o legislador processual, no mencionado art. 333, *caput*, I e II, do CPC?

A resposta a esse questionamento não me deve deixar de lembrar que o processo civil moderno não se satisfaz com desfecho meramente burocrático, cuja pacificação seja apenas formal e não material, pois mais do que a pacificação é desejável que se pacifique com justiça.⁵⁵⁹

Nessa linha, aduz-se que é preciso flexibilizar as regras de produção da prova, de maneira que o art. 333, *caput* e incisos obedeçam a uma interpretação sistematizada e não simplesmente literal. A isso se denominou teoria do ônus dinâmico da prova, segundo a qual:

“(...) uma nova doutrina que tratou de flexibilizar a rigidez em que haviam incidido as regras sobre o ônus da prova e a consequente dificuldade que sua aplicação apresentava em certos casos”.⁵⁶⁰

As bases sobre as quais dita teoria foi edificada está baseada na necessidade de se assegurar: a) igualdade das partes no processo, toda vez que ficar patente estar havendo desigualdade, desequilíbrio entre elas na obtenção de determinada prova (demandas tratando do erro cirúrgico, quando a vítima teria seríssimas dificuldades em provar o zelo médico); b) o dever de lealdade, honestidade e boa-fé processuais, no sentido de que os litigantes estão afetados pelo dever de reconstruir a realidade, sem que isso exija a produção de prova contra si.⁵⁶¹

⁵⁵⁸“Em contexto tal, ‘consideração do intérprete haveria de dirigir-se, básica e cumulativamente, (a) à posição da parte em juízo (se autor ou réu) e (b) à espécie de fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extinto)’, distribuindo-se deste modo as cargas da prova”. KNIJNIK, Danilo. op. cit., p. 943.

⁵⁵⁹Como lembra a doutrina: “Por outro lado, tornou-se um lugar comum, repetido por muitos na doutrina da *civil law*, a ideia de que a cognição judicial sofre limitações decorrentes do que Chiovenda chama ‘a necessidade social de que o processo tenha um fim’. A celeridade tornou-se mais recentemente um paradigma do processo eficiente e garantista, o que resulta numa fragilidade da busca da verdade, sem falar que essa busca, como ressalta Taruffo, tem custos incompatíveis com um processo eficiente, seja quanto ao tempo exigido, seja quanto às despesas e às atividades das partes e do juiz”. GRECO, Leonardo. op. cit., p. 377.

⁵⁶⁰KNIJNIK, Danilo. op. cit., p. 945.

⁵⁶¹Id. Ibid., p. 945-946.

Ao ônus dinâmico da prova contrapõe-se o ônus estático, cuja concretização dependerá da situação de fato e do caso concreto, não sendo crível distribuir à parte que não conseguirá se desincumbir da produção da prova esse ônus.

49. Inversão do ônus da prova

O art. 38 do Código do Consumidor previu hipótese *ope legis* de inversão do ônus da prova. A idoneidade da comunicação ou da informação publicitária cabe a quem as patrocina. Na hipótese a inversão ocorrerá conforme a posição processual que o beneficiado ocupar, pois se o sujeito ativo for o próprio patrocinador do anúncio nenhuma inversão haverá.

O art. 6º, VIII estabeleceu a inversão *ope iudicis*, que ocorrerá quando a critério do juiz: a) for verossímil a alegação; b) o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Com a superveniência do Código do Consumidor e diante da adoção da responsabilidade objetiva dos fornecedores em geral (fabricantes, comerciantes e prestadores de serviço) a regra do art. 6º, VIII, em determinadas situações desloca o *onus probandi* à parte contrária que, segundo previsão do art. 333 do CPC não competia provar.

Aduz Kazuo Watanabe que na primeira hipótese não há propriamente a inversão, porquanto o próprio CPC, por seu art. 335, já admitia que à falta de regras particulares sobre determinado tema, o juiz pode se valer das máximas de experiência, sejam fáticas ou técnicas, aplicáveis a estas o exame pericial.

Nas demandas em que se discute relação de consumo, cabe ao magistrado seguir as regras da vida nessas situações:

“porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova”.⁵⁶²

Na segunda hipótese, verifica-se verdadeira inversão do ônus da prova.

⁵⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 794.

Trata-se de ajustar a igualdade das partes no processo e permitir a elas que exerçam suas prerrogativas processuais-probatórias com paridade de armas.

A hipossuficiência vislumbrada pelo legislador parece mesmo a que decorre da impossibilidade de uma das partes ir às fontes de prova para demonstrar que seu prejuízo decorreu do fato ou do produto. Portanto, a doutrina considera que a interpretação do termo hipossuficiência seja a mais abrangente possível, não devendo ser feita qualquer ilação com o conteúdo da Lei 1.060/50.⁵⁶³

Tais regras servem de orientação para o magistrado no momento do julgamento, cabendo às partes saberem de antemão sobre as consequências que a inércia de uma delas pode acarretar, se for aplicado o dispositivo que permite a inversão do ônus da prova.⁵⁶⁴

Embora possa parecer que esse sistema seja aplicável apenas às relações de consumo, sustenta-se que o art. 6º, VIII deve se espalhar a outras situações em que a aplicação do art. 333 do CPC levar à desigualdade das partes ou que impuser onerosidade excessiva a uma delas para demonstrar o fato que lhe interessa.⁵⁶⁵

Portanto, ainda que o autor venha a ser o Ministério Público, nada impede que na fase administrativa e por antecipação, seu investigador alerte o investigado que está sujeito às regras da inversão, que o regime jurídico aplicável em caso do aforamento da demanda poderá lhe ser desfavorável, procurando conduzir o feito sob sua presidência ao ajustamento.⁵⁶⁶

⁵⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 794.

⁵⁶⁴ “...o poder instrutório do juiz, previsto no art. 130 do CPC, não se subordina às regras sobre o ônus da prova; e não as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos. A rigor, portanto, as normas de distribuição do ônus da prova não pertencem ao instituto da prova. Sua incidência se dá exatamente em situações de insuficiência de prova”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 129-130.

⁵⁶⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a respeito do ônus da prova. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo Costa Manso Real (Coords.). *Processo civil: homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 55.

⁵⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 796.

50. Audiências públicas. A experiência do STF

Como integrante do sistema de investigação, a lei previu a possibilidade de se realizar, no curso ou não do inquérito civil, a audiência pública. É o que está no art. 27, parágrafo único, IV da LC 8.625/93.

Não que esse instrumento deva ser aplicado reiteradamente e em todas as investigações, o que seria impraticável.

No entanto, tem-se demonstrado útil quando se defrontar com temas a respeito dos quais o integrante da organização deve buscar conhecimento fora das lidas jurídicas com as quais está habituado.

Note-se que a adoção dessa prática tem estreito comprometimento com a eficiência das decisões institucionais, pois conforme aduz Mancuso:

“O quesito da eficiência (e não apenas da mera atuação formal) dos órgãos públicos leva a que uma competência legal só possa ser considerada realmente exercida pela instância competente quando esta consiga atingir o ponto ótimo, dentre as alternativas ofertadas pelo texto de regência”.⁵⁶⁷

Por meio dela permite-se ao investigador instalar verdadeiro diálogo com os seus participantes, visando adotar caminhos de investigação sobre os quais talvez nem mesmo se possa imaginar.

Assim é definida:

“Audiência pública nada mais é do que uma assembleia convocada e presidida pelo membro do Ministério Público, com a participação de autoridades, representantes de entidades civis e interessados em geral, com o objetivo de discutir temas de interesse da coletividade (objeto da convocação) e, com isso fornecer ao órgão ministerial elementos para que o Ministério Público fundamente sua ação institucional, que, dessa forma, estará mais próxima dos anseios da população jurisdicionada”.⁵⁶⁸

A prática aponta na mesma direção, quando se deve buscar informações dos mais diversos setores da sociedade, com o escopo de se democratizar a investigação, conforme já aduzido anteriormente nesse mesmo capítulo.

⁵⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das Águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 534.

⁵⁶⁸ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit, p. 145.

Importante destacar que se trata de mais um dos meios de investigação e de convicção, sem que seus resultados possam definir a decisão a ser tomada pelo integrante do *Parquet*.

Mas, há de se convir tratar-se de poderoso meio de informação e convicção, valendo lembrar que a democratização da investigação atrai o prestimoso zelo pela defesa dos interesses das minorias, em um autêntico ambiente democrático.⁵⁶⁹

Nessa necessária e moderna linha de atuação o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nos arts. 13, XVII e 21, XVII previu ser da competência do Presidente e do Relator, respectivamente, a convocação de audiência pública:

“para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal”.

Foi o que ocorreu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 aforada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, quando o relator Ministro Marco Aurélio aduziu:

“A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (...)”.⁵⁷⁰

A profusão de interesses sobre o objeto da demanda constitucional levou à admissão de inúmeros segmentos da sociedade civil, religiosa, científica, profissional e política, a saber:

“Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos,

⁵⁶⁹“(…) um sistema que admite o conflito de opinião e a pluralidade de interesses como legítimos somente poderá subsistir se houver consenso sobre a forma de resolução de conflitos e sobre os próprios limites desses conflitos. Se a controvérsia tiver por objeto o próprio método de solução dos conflitos, então não está o sistema democrático livre da ameaça de instabilidades e de tumultos no seu funcionamento”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 468.

⁵⁷⁰ADPF 54/DF, j. em 12/04/2012, p. 18.

Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero e o então Deputado Federal José Aristodemo Pinotti, com especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP”.

Julgada a demanda, a ementa do acórdão foi assim lançada:

“Estado – Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

Feto Anencéfalo – Interrupção da Gravidez – Mulher – Liberdade Sexual e Reprodutiva – Saúde – Dignidade - Autodeterminação - Direitos Fundamentais – Crime – Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.⁵⁷¹

A experiência adotada em megaconflitos pelo Pretório Excelso, ao buscar se informar e expandir os seus horizontes sobre determinado tema converge com os interesses conferidos ao Ministério Público pelo legislador constitucional.

Em menor escala, posso afirmar que o diálogo institucional e extrainstitucional é importante passo para sua eficiência.

Para tanto, os meios e a adesão a esse modelo são fundamentais.

51. Legitimação da decisão do Ministério Público

Conquanto o Ministério Público não tenha o poder de jurisdição, o modelo de participação democrática na construção das suas proposições as legitimam.

Em virtude da multiplicidade, complexidade e necessariedade dos conflitos de massa, em uma sociedade de massa, a doutrina tem se posicionado, até com certa insistência, que o processo de corte individualista está bem adaptado às lides de modelo privado, entre Tício e Caio, quando as fases tradicionais da postulação, decisão e execução, na medida do possível ainda tem ratificado alguma eficiência, ainda que baixa.⁵⁷²

Nessa esteira, a atuação centrada nesse modelo também se mostrava suficiente, em época em que a massificação não se apresentava como o grande ponto de estrangulamento

⁵⁷¹ Idem anterior.

⁵⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*, cit., p. 376.

da sua atuação processual, em um contexto que cada vez mais lhe exigirá proposições legítimas, isonômicas e eficientes.

A independência, atributo constitucional que está a impedir que o seu ofício sofra ingerências indevidas e nefastas, passa a dar lugar para uma atuação coletivizada, em bloco em que os resultados parecem estar acima dos desfechos, o que lhe está a exigir atuação compatível com esse novo cenário.

Não é por outra razão que se tem reconhecido a insuficiência da solução adjudicada, defendendo-se a adoção de métodos auto e heterocompositivos, para o que os órgãos públicos e o próprio corpo social deverão colaborar.

Nesse tema, a doutrina aponta o exemplo do confronto entre a propriedade e sua função social, lembrando que o cumprimento de uma ordem para a reintegração na posse do seu proprietário acarretará na litigiosidade remanescente, resultante de problemas outros que não puderam ser debatidos na demanda, em virtude da sua estabilização.⁵⁷³

A legitimação das decisões dos integrantes da organização exige uma nova postura orgânica-estrutural-teleológica, para a qual a adesão dos seus membros é fundamental.

⁵⁷³MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*, cit., p. 378.

V. MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO INDIVIDUAL

52. Órgão agente

O esquema de garante de determinadas pessoas e interesses – qualidade da parte e natureza da lide – é milenar e amolda-se facilmente aos esquemas processuais da judicialização e da resposta estatal à pretensão deduzida na demanda.

Voltemos ao antigo Egito, cerca de quatro mil anos atrás, quando sob a forma monárquica de governo⁵⁷⁴ encontravam-se os procuradores do rei, constituídos por agentes do próprio governo com funções de confiança do outorgante, como a de castigar rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher pedidos, reprimir os maus e os mentirosos, ouvir aqueles que acusavam outrem, indicar a legislação aplicável ao caso, participar de instruções. Na esfera cível tinham a função de defender os mais fracos, como viúvas e órfãos.⁵⁷⁵

Entretanto, reconhece-se haver certa obscuridade sobre a verdadeira origem do Ministério Público. No direito antigo encontram-se funções que apresentam semelhanças com as que seus integrantes exercem nos Tribunais. Embora incipiente era a maneira como a sociedade respondia às suas necessidades.

A parte lesada é que tinha a incumbência de processar os culpados, apresentar as provas e postular ao magistrado que aplicasse o direito para a reparação do prejuízo sofrido. Os juízes eram chamados para julgar o mérito.

⁵⁷⁴“No mais alto grau de abstração, continua-se a distinguir três formas de governo: a monarquia, a aristocracia e a democracia. O critério dessa distinção é o número de pessoas a quem se atribui o supremo poder. Critério meramente quantitativo, pois.

Monarquia é a forma de governo em que este é deferido a um só. Aristocracia, quando é atribuído a uma minoria. Democracia, quando é atribuído à maioria.

(...)

Ainda na Antiguidade se registrou a pouca utilidade daquela tipologia para caracterizar efetivamente os Estados. Aristóteles, na *Política*, tomou-a como ponto de partida para uma tipologia, após haver estudado uma a uma as Constituições das Cidades-Estado helênicas. Assim, distingue formas legítimas (que buscam o interesse geral) e formas ilegítimas (que visam ao interesse de alguns, mormente os governantes). Três são as formas legítimas: a monarquia (governo de um só em proveito de todos), a aristocracia (governo de uma minoria – dos melhores ou mais capazes – em proveito geral) e a república (ou democracia, para alguns tradutores, o governo da maioria mas em benefício de todos). As ilegítimas são: tirania (um só mas em benefício de uma minoria, ou do próprio tirano), oligarquia (governo da minoria dos mais ricos em benefício próprio) e demagogia (ou democracia, conforme o tradutor, o governo da maioria explorada pelos demagogos em vista do interesse de alguns, em prejuízo da maioria).” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 66.

⁵⁷⁵MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, cit., p. 10.

Com o tempo esse modelo de justiça se mostrou inadequado, porque não raro os crimes ficavam impunes, seja porque as vítimas não tinham como agir, seus familiares tinham receio em assumir sua defesa ou acreditavam que não deviam se comprometer. Esse quadro representava um grande risco para sociedade da época.⁵⁷⁶

A punição dos infratores não ocorria por falta de quem os acusasse o que representava sério risco para a ordem social, que não podia conviver com culpados que se beneficiavam da impunidade e eram levados a seguir à margem da legalidade.

Em confiança essas funções foram entregues a magistrados encarregados de procurar os culpados e de condená-los. Posteriormente, a acusação passou a integrar o dever de funcionários específicos para postular a aplicação das penas.

Nega-se que a origem da Instituição esteja assentada no Direito Romano, nas figuras dos *quaestores parricidii*; *procuratores Cesaris*; ou aos *defensores civitatis*.

Os *quaestores* existiam na Lei das XII Tábuas e, assim como os *commissaires* eram encarregados pelo povo de apurar e processar os homicídios (genericamente conhecidos por parricídios). Eram designados para cada caso, da instrução ao julgamento.

A acusação pública era confiada aos cidadãos. Quem decidisse acusar endereçava sua pretensão ao *quaestor* e nomeava o imputado através da *nominis delatio*.⁵⁷⁷

Os *procuratores Cesaris* tinham a atribuição de zelar pela conservação do patrimônio dos imperadores. Eram encarregados de receber as receitas e os impostos. Sequer tinham poder para julgar os criminosos.

Por fim, os *defensores civitatis*, criados na Constituição dos Imperadores Valens et Valentinien eram eleitos por uma Assembleia integrada pelo bispo, párocos e personalidades da cidade, pelo período de cinco anos. Tinham a incumbência de proteger e defender os hipossuficientes. Procuravam os culpados e os conduziam diante do juiz. Cessavam suas funções com a prisão determinada pelo tribunal e não tinham qualquer função ministerial.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ LE JAMTEL, Edmond. Fonctions du Ministère Public em matière civile, cit., p. 8.

⁵⁷⁷ Cette *nominis delatio* était une déclaration faite suivant une certaine formule et dans laquelle l'accusateur indiquait le nom de l'accusé, les faits qu'il lui imputait et la loi qui les punissait" ("Essa *nominis delatio* era uma declaração seguida de uma certa fórmula na qual o acusador indicava o nome do acusado, os fatos que lhe imputava e a lei que infringia"). GUYOT, Henry. *Étude sur le Ministère Public en France*. Nancy: Contant-Laguerre, Éditeur, 1894. p. 93.

⁵⁷⁸ Id. Ibid., p. 95.

Nem com a invasão dos bárbaros no século V é possível encontrar a semente da Organização. Esse povo tinha leis muito pouco desenvolvidas, tanto que dentre eles predominava a vingança privada. A repressão aos delitos era feita através de armas. A ofensa era suficiente para que se declarasse guerra ao ofensor, na qual as famílias de ambos os lados lhes fariam parte. Outro meio de se solucionar o conflito era o de resgatar as leis dos bárbaros que previam o quanto devia ser pago por delito, conforme a qualidade do homem e da ofensa. Chamava-se sistema das composições.

O Ministério Público experimentou sensível desenvolvimento no século XIV. Pouco a pouco suas funções foram redefinidas e se tornou o defensor dos fracos e incapazes, “o defensor dos que não tinham”.⁵⁷⁹

É corrente a afirmação de que o Ministério Público surgiu e se formou na França, diante da necessidade de se investigar e fazer processar as infrações à lei penal.⁵⁸⁰

Os procuradores do rei (*procureurs du roi*) se tornaram os funcionários públicos encarregados de processar os crimes e delitos, assim como de proteger os interesses do Estado.

Os advogados do rei (*avocats du roi*) também foram criados em 1302, tendo Jean le Bossu e Jean Pastoureau ocupado essas funções em 1303.⁵⁸¹

É citada a Ordenança de 23 de março de 1302 como o diploma que criou e fixou as funções desses dois agentes públicos, introduzidos nos Tribunais onde o monarca tinha o direito de ser representado.⁵⁸²

Sob a égide do rei Filipe, o Belo, é tida como a certidão de nascimento do Ministério Público, porque nela foram criados os *gens du roi* (agentes do rei).⁵⁸³ Eles eram

⁵⁷⁹LE JAMTEL, Edmond. op. cit., p. 9.

⁵⁸⁰GUYOT, Henry. op. cit., p. 92.

⁵⁸¹Id. Ibid., p. 105.

⁵⁸²MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 38. GUYOT, Henry. op. cit., p. 105-106. ROYER, Jean-Pierre. Histoire du Ministère Public evolutions et ruptures. In: LE PARQUET dans la République. Paris: Fondation Nationale des Sciences Politique, 1995. p. 12.

⁵⁸³“(...) o Ministério Público, quando do seu aparecimento com a figura dos *gens du roi* era uma forma que o rei usava para intervir nos tribunais.

Primeiramente, visando com sua intervenção tornar mais fraca a justiça senhorial, e depois, com o absolutismo monárquico, assumindo o soberano o monopólio da justiça, uma forma de impor o seu poder. Mais ainda, os procuradores gerais passavam a exercer a acusação dos criminosos.” CAMPOS, Benedicto de. *O Ministério Público e o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976. p. 12.

diferentes do *advocatus parte publica* ou do advogado, especialmente destacados pelo rei para a defesa de interesses pessoais ou da coroa.⁵⁸⁴

Para não fugir à precisão histórica da fonte é de se destacar o surgimento da função ministerial antes das Ordenanças de Filipe, diante da conjuntura política e social da época.⁵⁸⁵

Após as Ordenanças do rei Filipe vieram outras como as de julho de 1493, de Carlos VIII; as de 1498, de Luis XII, as de agosto de 1522; novembro de 1553 e maio de 1586 e a Ordenança de Luís XIV, de agosto de 1670, que tratou de matéria criminal e da ampliação das funções do Ministério Público (é conhecida como *Ordonnance Criminelle*).⁵⁸⁶

Consta que a expressão *parquet* decorre da palavra *parc*. Desde o final do século XVII era um lugar destacado dos outros onde os procuradores ficavam à disposição do monarca em virtude da acentuada importância das suas funções que superavam as funções judiciárias.⁵⁸⁷

Foi com a Revolução Francesa e com a separação dos poderes que o Ministério Público ganhou novos contornos. Os agentes do rei foram suprimidos. Através da Lei de 16-24 de agosto de 1790 surgiram duas funções ministeriais: os comissários do rei que tinham a função de zelar pelo cumprimento da lei e execução dos julgados e os acusadores públicos com a atribuição de sustentar a acusação perante os tribunais.

Com as leis que faziam expressa referência ao Ministério Público se reconheceu expressamente a incompatibilidade de suas funções com as do juiz e outras como administrativas, judiciárias, de contabilista, de deputados e senadores. Havia semelhanças com as funções de Procurador Geral junto à Corte de Cassação e de Procurador Geral junto à Corte de Paris, que podiam ser acumuladas.⁵⁸⁸

Foi com o Código de Processo Penal Napoleônico de 1808 e leis de organização judicial de 20 de abril de 1810 que aquela Instituição se tornou hierarquizada, tendo sido fixada sua unidade e indivisibilidade.

⁵⁸⁴CAMPOS, Benedicto de. op. cit., p. 10.

⁵⁸⁵Id. Ibid., p. 10-11. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, p. 239.

⁵⁸⁶MARQUES, José Frederico. op. cit., v. 1, p. 240.

⁵⁸⁷ROYER, Jean-Pierre. op. cit., p. 12.

⁵⁸⁸CAMPOS, Benedicto de. op. cit., p. 13.

Nessa época, o Ministério Público recebeu atribuição para officiar nas anulações de casamento. Por decisão da Corte de Cassação Criminal de dezembro de 1879 ficou decidido que os membros da Instituição eram completamente independentes das cortes e dos tribunais e junto a eles tinham estabilidade.

Integrante do Executivo, a Organização tem no seu ápice o Ministro da Justiça e abaixo dele o Procurador-Geral do Tribunal de Cassação. Os demais procuradores são submetidos aos superiores hierárquicos e sob a autoridade do primeiro.⁵⁸⁹

A dependência do órgão ao Poder Executivo permanece até hoje, sendo motivo de discussão sua exigência concomitante com a unidade. O sistema é justificado pelo Conselho Superior da Magistratura ante a necessidade de se evitar a violação ao princípio da igualdade dos cidadãos, bem como para preservar a política criminal decidida pelo governo.

No Brasil o Ministério Público encontra sua origem nas Ordenações Manuelinas, mas na época do Império não se desenvolveu. Há informações de que o jurado podia ser promotor, assim como o analfabeto podia ser jurado, o que revela a precariedade do sistema da época.

Na Constituição de 1934 foi previsto nos arts. 95 a 98, em capítulo dedicado aos órgãos de cooperação nas atividades governamentais, juntamente com o Tribunal de Contas e Conselhos Técnicos.

Foi com a Constituição de 1946, arts. 125 a 128 que a Instituição recebeu tratamento mais conforme com a atualidade, porque passou a integrar o capítulo do Poder Judiciário. A doutrina reconhecia sua atribuição administrativa e independência do Executivo e do Judiciário.⁵⁹⁰

Na Constituição de 1967 foi mantida na mesma posição topográfica, nos arts. 137/139, sendo-lhe expressamente estendidos direitos à aposentadoria e aos vencimentos como previstos para os magistrados.

⁵⁸⁹“É o governo no seu todo que conduz a política do Estado. Enquanto membro do executivo, ‘o Ministro da Justiça conduz a política de acção pública determinada pelo governo e vela pela coerência da sua aplicação no território da República’. No nível da hierarquia inferior a este, o procurador-geral-adjunto ‘vela pela aplicação da lei em toda a extensão da competência do tribunal de recurso e pelo bom funcionamento das delegações do Ministério Público da sua competência’”. Cédric Trassard. O Ministério Público em França, in O Papel do Ministério Público cit., p. 140.

⁵⁹⁰MARQUES, José Frederico. op. cit., v. 1, p. 242.

Com a Emenda nº 01 de 17 de outubro de 1968 o *Parquet* foi inserido em capítulo destinado ao Executivo, arts. 94 a 96.

Conforme constou do capítulo I, com a Constituição de 1988 a Organização atingiu o seu momento histórico, juntamente com o auge democrático do país.

Tradicionalmente, o *Parquet* pode atuar como autor da relação processual quando é autorizado por lei a propor demandas ou a assumir o seu polo ativo, em caso de abandono ou desistência pelo colegitimado. Mas, como se verá no item seguinte também desempenha suas atribuições como *custos legis* ou interveniente.⁵⁹¹

Essa atuação é justificada pela necessidade de se assegurar o respeito às normas de ordem pública indisponíveis, ainda que se apliquem a relações jurídicas de natureza privada.⁵⁹²

Não é certo dizer que há diferença de qualidade na atuação como autor ou interveniente. Ambas as atuações têm sua razão de ser, e quando o órgão ministerial integra a relação processual com essa última missão exerce importante papel na persuasão racional do juiz para a obtenção de decisão justa.⁵⁹³ Como fiel defensor do império da lei e do direito dela extraído, deve portar-se como um sujeito desinteressado do interesse alheio, porque suas atribuições o transcendem.⁵⁹⁴

A atuação como agente ou demandista poderá se dar tanto na esfera civil quanto penal.⁵⁹⁵ De uns tempos para cá essa nomenclatura tem sido adotada no meio jurídico, contrapondo-se ao que se resolveu chamar por Ministério Público Resolutivo. Nessa esteira, se diz haver dois modelos: 1) Ministério Público Demandista e Ministério Público

⁵⁹¹“No processo civil, a posição do Ministério Público assume as mais variadas formas: a) autor (ação civil pública para defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural; ação de nulidade de casamento; interdição etc.); b) representante da parte (assistência judiciária supletiva ao necessitado); c) substituto processual (do incapaz, p. ex.); d) interveniente em razão da natureza da lide, desvinculado *a priori* dos interesses de quaisquer das partes (o chamado *custos legis*, quando oficia em autos de mandado de segurança, ação popular, questão de estado etc.); e) interveniente em razão da qualidade da parte (incapaz, acidentado do trabalho, indígena etc.); f) réu (como em embargos à execução ou em embargos de terceiro ajuizados em execução na qual seja ele o exequente, ou em ação rescisória contra coisa julgada obtida em ação civil pública que tinha sido por ele movida)”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 555-556.

⁵⁹²PISANI, Andrea Proto. *Diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996. p. 323.

⁵⁹³“Nesse quadro é que avulta a grande valia social do processo como elemento de pacificação. O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 128.

⁵⁹⁴BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, cit., p. 372.

⁵⁹⁵“No primeiro modelo – Ministério Público demandista, o membro do Ministério Público tem como horizonte a atuação perante o Poder Judiciário. É um mero agente processual.” GOULART, Marcelo Pedroso. *Missão institucional do Ministério Público*, cit., p. 27.

Resolutivo. O primeiro refere-se ao órgão autor de demandas, em que o Judiciário parece ser o principal e a única arena para a solução de conflitos. O segundo é o que busca resultados extrajudiciais, com suporte no poder que lhe é conferido pelos textos legais e dentro de processos administrativos – inquéritos civis por ele presididos.

A atribuição criminal é a que a instituição realiza com maior vocação. O Ministério Público tem a exclusividade da ação penal pública, a teor do que dispõe o art. 129, I, da CF. Na esfera civil aparece como colegitimado para as ações coletivas (em legitimação concorrente e disjuntiva com outras pessoas jurídicas), mas também é autorizado a agir na defesa dos direitos individuais indisponíveis (legitimação ativa).

Predomina a disponibilidade de direitos nas relações jurídicas interpessoais. Noutras vezes altos interesses a impedem e exigem a presença da organização ministerial para zelar por sua observância.

Esse sistema de preservação de valores é o mesmo citado por Chiovenda na primeira metade do século passado, quando afirmou que a Instituição tem o poder da “ação direta para fazer executar e observar as leis de ordem pública e que interessem aos direitos do Estado (...)”.⁵⁹⁶

Na mesma época o autor afirmou expressamente que o mais poderoso instrumento que a lei confiava à organização era a ação judicial. Hoje, contudo, vem-se alargando no Brasil a interpretação do art. 5º, XXXV da CF, para que se insira na cultura jurídica do país outros mecanismos de solução dos conflitos, auto e heterocompositivos.

Principia o art. 81 do CPC por prever que a atuação, na qualidade de parte, ocorrerá nos casos expressos em lei.

Apesar da dicção desse dispositivo, a doutrina alerta que o legislador ordinário disse menos do que queria dizer, pois os seus contornos devem ser aplicados tanto ao Ministério Público autor, como se vier a ocupar a posição de réu.⁵⁹⁷

Nesse sentido, diversas são as situações em que a instituição poderá figurar no polo ativo.

⁵⁹⁶CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 124.

⁵⁹⁷“A norma diz menos do que queria, pois se aplica ao MP parte *tout court* em ação judicial, quer seja ele autor da ACP, quer seja ele réu”. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. 1. reimpr. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 304.

Incluídas as hipóteses em que comparece como autor da denúncia criminal, na esfera civil pode figurar como autor na Ação de Nulidade de Casamento (art. 1549, do CCI); Ação de Perda ou Suspensão do Pátrio Poder (art. 155, do ECA); Ação Rescisória (art. 487, III do CPC); Ação de Interdição (art. 1.177, III do CPC); Ação de Proteção ao Idoso (art. 45, da Lei 10.741/03), dentre outras.

Poderá ser demandado em Embargos à Execução ou em Embargos de Terceiro.

A presença do *Parquet* no processo deve confundir-se com sua contribuição para o alcance dos objetivos da República inscritos no art. 3º da CF. Também deve assegurar o cumprimento dos objetivos institucionais constantes do art. 127, *caput* do mesmo diploma.

A garantia do cumprimento da ordem jurídica pode consistir na aplicação da isonomia do indivíduo na relação processual; da imparcialidade do juiz; na garantia da duração razoável do processo; no acesso ao duplo grau; na pacificação com justiça, etc..⁵⁹⁸ Deve o órgão ministerial zelar para que as causas em que atua sejam definidas em prazo razoável, diligenciando para que as medidas urgentes sejam logo dirimidas pelo juízo. Some-se o dever funcional de até mesmo defender os interesses da parte contrária, quando se aperceber que os mesmos convergem com o postulado do justo e da lei.⁵⁹⁹

Prossegue o art. 81 do mesmo diploma processual que ao Ministério Público cabe os mesmos poderes e ônus das partes.

Com a construção da teoria autonomista da ação ficou claro que o direito processual não se confunde com o direito material. Deve estar a serviço dele (instrumentalidade).

Há dois planos inconfundíveis, tanto que a doutrina aponta para o conceito de parte no sentido material e no sentido formal. Por conta disso, é possível que o detentor do direito material se veja citado para ocupar o polo passivo da relação processual, em demanda que acabará sendo julgada improcedente em virtude desse posicionamento substancial, quando se constata que o autor não tem razão.

⁵⁹⁸ A ordem jurídica ou ordenamento jurídico é “o elenco das normas e princípios explícitos e implícitos que, harmonizados com uma Constituição escrita ou não, orientam o convívio, o desenvolvimento humano e o funcionamento do Estado em todos os âmbitos, internos e externos, territoriais ou não, onde se assentam ou gravitam os interesses da sociedade por ele tutelada”. ALBERTON, José Galvani. Parâmetros da atuação do Ministério Público no processo civil em face da nova ordem constitucional, cit., p. 7.

⁵⁹⁹ “Costumam chamá-la de parte imparcial, formal, *sui generis*, função de justiça integradora da função do juiz etc. Toda esta preocupação da doutrina em qualificar o tipo de parte se volta para o fato de o MP, ao atuar nessa qualidade no processo, ter o poder e até mesmo o dever de velar pela correta aplicação da lei, opinando, se for o caso, no curso do processo, em favor da parte contrária, e até mesmo recorrer em favor dela”. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 6. ed., cit., p. 8.

A respeito, Moacyr Amaral Santos firmou o seguinte entendimento:

“Partes, no sentido processual, são as pessoas que pedem ou em relação às quais se pede a tutela jurisdicional. Podem ser, e geralmente são, sujeitos da relação jurídica substancial deduzida, mas esta circunstância não as caracteriza, porquanto nem sempre são sujeitos dessa relação”.⁶⁰⁰

A dicotomia entre parte processual e parte material ajusta-se perfeitamente às funções do Ministério Público, a quem cabe zelar pela ordem jurídica e pelos interesses individuais indisponíveis, ainda que não seja o titular do bem jurídico protegido (direito material).

O art. 6º do CPC previu a possibilidade de terceiro defender interesse alheio em nome próprio, mediante autorização legal. Significa que em regra cada um tem o direito constitucional de defender em nome próprio o interesse que lhe pertence. Mas, também há a possibilidade de essa defesa ser feita por terceiro autorizado em lei.⁶⁰¹

A doutrina aduz que só faz sentido falar em substituição processual na defesa de interesses individuais de natureza singular, quando o substituto comparece em juízo no lugar do substituído para a defesa de seus interesses. Defende, em nome próprio, interesse alheio. Ao Ministério Público, porém, há de ser conjugado outro elemento, o da necessidade de zelar pela ordem jurídica subjacente. Portanto, defender interesses individuais indisponíveis e observar o sistema do direito constituem sua missão constitucional.

É o que deve fazer o seu integrante quando vai a juízo defender direito individual indisponível, seja de pessoa ou de pessoas, quando se fala do interesse individual homogêneo.

⁶⁰⁰SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 350. “As partes são os sujeitos contrapostos, na dialética do processo perante o juiz, o qual, por definição, é titular de um poder imparcial”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual do direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 1, p. 124. “Parte processual é quem está na relação jurídica processual, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma consequência com a decisão final. Esse é o conceito que deve ser utilizado. A parte processual pode ser parte da demanda (demandante e demandado) e a parte auxiliar, coadjuvante, que é o assistente.

Parte do litígio é a parte da relação jurídica discutida afirmada em juízo; pode ou não ser a parte processual, pois a lei confere a alguém, em certas hipóteses, a legitimação para defender, em nome próprio, direito alheio. Assim, alguém que não seja parte do litígio pode ser parte no processo”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 202-203.

⁶⁰¹Observe-se que “o exercício das chamadas funções atípicas como substituto processual ou representante legal da parte (advogado) deixou de integrar o rol de atribuições do Ministério Público, em face da expressa vedação contida no art. 129, IX, da Constituição de 1988”. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*, cit., p. 7.

Já, quando defende interesses difusos ou coletivos (art. 81, parágrafo único, I e II, da Lei 8.078/90 – Código do Consumidor), diz-se que se está diante de legitimação ordinária, porque não há sentido falar-se em substituição processual de pessoas indeterminadas ou determináveis, cuja individualidade não puder ser detectada.⁶⁰²

Apesar da dicção do art. 81 do CPC, é preciso constar que a imposição dos mesmos poderes e ônus das partes não autoriza o membro do Ministério Público, como autor ou réu a confessar, a ser chamado para prestar depoimento pessoal, a adiantar despesas e nem pode ser condenado ao seu pagamento, quando vencido na demanda.⁶⁰³

O depoimento pessoal é meio de prova, obtido da colaboração das partes, sua fonte. Por conseguinte, quem tiver conhecimento do fato porque dele participou estará habilitado a comparecer à presença do juiz para prestá-lo.

Com esse fundamento Dinamarco aduz ser possível ao promotor ou procurador prestar depoimento pessoal e até mesmo confessar.

Escora seu entendimento na comparação entre o direito processual antigo e o vigente, cujo preconceito acabou sendo mantido a ponto de impedir que se tragam elementos para a demanda, úteis ao seu julgamento.⁶⁰⁴

⁶⁰²“A figura da substituição processual pertence exclusivamente ao direito singular, e, no âmbito processual, ao direito processual civil individual. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto da substituição: o substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir coletividade ou pessoas indeterminadas. O fenômeno é outro, próprio do direito processual civil coletivo. (...) Por essa legitimação autônoma para a condução do processo, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo”. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed., cit., p. 178-179. Pedro da Silva Dinamarco, contudo, aduz ser extraordinária a legitimação para as ações coletivas, pois segundo ele “ninguém nega que o interesse em jogo não seja do próprio autor da demanda coletiva. O interesse poderá pertencer a pessoas determinadas ou indetermináveis, mas sempre pertencerá a terceiros que não fazem parte da relação processual. E é isso que importa para caracterizar a legitimidade como extraordinária, pois alguém será substituto processual sempre que a lei autorizar essa pessoa a ajuizar uma demanda em nome próprio para defender direito alheio, conforme previsão genérica do art. 6º do Código de Processo Civil. Assim, nessas hipóteses as partes legítimas não correspondem aos integrantes da relação de direito material controvertida, ou seja, não correspondem precisamente a uma situação legitimante. Ademais, em se tratando de defesa de direitos individuais homogêneos, como o próprio indivíduo é determinado e pode por si próprio demandar em juízo, não há como afirmar que a legitimidade do autor coletivo (mesmo da associação) seja ordinária e negar que ele esteja agindo em nome próprio na defesa de direito alheio”. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 203-205.

⁶⁰³NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed., cit., p. 309. A respeito, registre-se trecho da ementa de acórdão proferido pelo STJ, para quem: “(...) O STJ possui entendimento de que, em ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada má-fé do Parquet (...)”.

AgRg no REsp 1261212/PR, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 2ª T., j. 28/02/2012, DJe 07/03/2012.

⁶⁰⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 617.

Com base na técnica processual sobre prova parece admissível esse posicionamento. Mas, é de difícil ocorrência, especialmente porque geralmente o integrante do Ministério Público trabalha com fatos passados, assim como o juiz.

Em virtude do interesse público defendido pela Instituição a lei lhe dispensa do pagamento das despesas do processo. Esse princípio é aplicado até mesmo quando se dá a improcedência da demanda que aforou a seu pedido, porquanto sua presença deve assegurar o cumprimento do direito material. Como já afirmou o Ministro Luiz Fux a ação civil pública constitui função institucionalizadora, o que justifica esteja seja isenta do seu custo (REsp 845339/TO, DJ 18/09/2007).

Um ponto é digno de observação. Refiro-me à Súmula 232 do STJ, que obriga a Fazenda Pública a adiantar os honorários do perito nos casos em que figurar como parte, e, pois, interessada em comprovar os fatos constitutivos das suas alegações.

Visando evitar que o perito se veja às voltas com eventual prejuízo ao seu patrimônio ou mesmo que o réu se obrigue a patrocinar prova contra si próprio – caso a ele fosse exigido pagar pelo ônus do autor, a jurisprudência tem decidido exigir o adiantamento dessas despesas da própria Fazenda Pública, ainda que a parte seja o Ministério Público, por analogia ao direito sumulado acima referido.⁶⁰⁵

Ou seja, a Organização continua isenta do pagamento das despesas, em obediência ao art. 18 da Lei 7.347/85, exceto quanto aos honorários periciais, quando deverá ser aplicada a Súmula 232 do STJ, por analogia.

Sobre o art. 27 do CPC, entende-se aplicável quando o Ministério Público estiver funcionando como *custos legis* na relação processual.

⁶⁰⁵“(…) Entretanto, se por um lado, o autor da ação civil pública não tem a obrigação, imposta pela lei, de adiantar as despesas do processo, inclusive as periciais, por outro lado, não se pode exigir que o perito judicial nomeado elabore o laudo sem a devida remuneração, ou que a perspectiva de recebimento seja por demais distante, ou, ainda, que se imponha esse ônus à parte ré, que não pode ser compelida a produzir prova contra si mesma (...)”. AI nº 0236164-68.2009.8.26.0000, rel. João Francisco Moreira Viegas, 1ª Câmara Reservada do Meio Ambiente, j. em 06/11/2014. No mesmo sentido: REsp 1293637/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 05/12/2013, DJe 16/12/2013; REsp 1253844/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, S1, Primeira Seção, j. 13/03/2013, DJe 17/10/2013; REsp 864314/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 10/08/2010, DJe 10/09/2010.

53. Órgão interveniente

Como já constou, o Ministério Público também desempenha suas funções como interveniente ou *custos legis*. O art. 82, do CPC relaciona as situações em que essa intervenção deve ocorrer, enquanto o art. 246 desse mesmo ato normativo pune com a nulidade do processo, na parte em que esse acompanhamento não ocorrer.

Há corrente jurisprudencial que defende a nulidade incondicional do processo pela falta da presença do *Parquet* na relação processual.⁶⁰⁶ Outra, pela sanabilidade do vício quando o órgão ministerial de segundo grau intervier e não vislumbrar prejuízo pela falta anterior.⁶⁰⁷

Cabe à parte pleitear sua intimação para se integrar ao feito (art. 84 do CPC).⁶⁰⁸

Não atende à boa técnica processual fulminar o processo de nulidade quando a organização não a integrou. Antes, é preciso investigar se sua ausência prejudicou a parte e o interesse em favor de quem é determinada essa intervenção. Em caso negativo, se deve entender que houve mera irregularidade insuficiente a conduzir o feito a tal consequência. É possível, ainda, que o prejuízo tenha ocorrido a partir de certo momento do arco procedimental. Nesse caso, deve ser declarado, repetindo-se os atos a partir de então.⁶⁰⁹

A doutrina, seguida da jurisprudência, destaca ser necessária a intimação do Ministério Público para passar a atuar no feito. Caso o integrante entenda não haver interesse que legitime sua atribuição também não haverá nulidade (arts. 84 e 246 do CPC). Conservando a autonomia de que se tratou no capítulo I, item 06, a ele é permitido decidir, fundamentadamente, sobre sua não intervenção.⁶¹⁰

Alinhada com a corrente de entendimento menos restritiva, o trecho da decisão abaixo transcrita ilustra hipótese de reconhecimento da nulidade pela falta de intervenção da organização:

⁶⁰⁶RTJ 72/267; RJTJSP 99/324; RT 630/173, dentre outras.

⁶⁰⁷RT 630/176; 582/212; 579/119, etc.

⁶⁰⁸O art. 179, *caput* do Projeto de Lei número 8.046/10 da Câmara Federal também previu a intimação do Ministério Público para integrar a relação processual quando presentes as causas da sua intervenção. Sobre eventual nulidade em virtude dessa ausência o tema foi tratado pelo art. 279 e §§, em tópico especialmente dedicado às nulidades.

⁶⁰⁹“O ato processual será nulo sempre que a infração à forma comprometer os fins de justiça do processo. ... Do contrário, o ato processual é válido” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 239.

⁶¹⁰Id. Ibid., p. 240. STJ, REsp 86.420/PE, rel. Min. Félix Fisher, 5ª T., j. em 09/06/1998, DJ 17/08/998, p. 78.

“(...)7. Na hipótese examinada, é notório que o Ministério Público não é parte nos autos, pois a ação civil de improbidade administrativa foi ajuizada pela RIOPREVIDÊNCIA e pelo Estado do Rio de Janeiro contra diversos réus. Também é incontroverso que a petição inicial da referida ação civil foi recebida em sua totalidade, posteriormente reconsiderada para excluir integrantes do polo passivo, sem qualquer intimação do representante do Ministério Público para atuar como *custos legis*.

8. O comando contido no § 4º do art. 17 da LIA é imperativo ao determinar a obrigatoriedade do Ministério Público intervir, quando não for parte, como fiscal da lei sob pena de nulidade. Por outro lado, é evidente que tal intervenção deve ocorrer antes de qualquer ato decisório do julgador, especialmente antes do recebimento ou rejeição da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa.

9. Nesse momento, intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público terá vista dos autos após as partes, será intimado de todos os atos do processo, poderá juntar documentos e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade, nos termos do art. 83 do Código de Processo Civil. A ausência de intimação para intervenção obrigatória do Ministério Público prevista em lei impõe a nulidade do processo (art. 84 do CPC).

10. O prejuízo causado ao Ministério Público é manifesto, pois apesar da obrigatoriedade determinada pela Lei de Improbidade Administrativa para fiscalizar a ação civil de improbidade administrativa, somente foi intimado após a fase preliminar prevista na referida norma que excluiu diversos réus da relação processual, bem como após o transcurso de quase dois anos do ajuizamento da ação.

Ademais, como observado pela Corte a quo, no caso concreto **a intervenção do representante do Ministério Público na fase recursal perante o Tribunal a quo não supriria a ausência de intimação do parquet que oficia em primeiro grau de jurisdição.**⁶¹¹ (destaquei).

Há quem tenha buscado justificar a natureza dessa intervenção na legislação processual tradicional, com o que se concluiu tratar-se de terceiro. Segundo essa corrente, o fiscal da lei não exerce ação ou defesa, mas deve se posicionar em prol da atuação do direito e da boa administração da justiça, em função muito parecida com a do magistrado. Para provar o acerto do seu raciocínio Antonio Cláudio da Costa Machado sustenta haver assistência diferenciada – o assistente é instituto típico da intervenção de terceiros – na relação processual em que figura o incapaz (defeito de idade ou interdição).⁶¹²

Essa classificação é criticada por outra corrente. Para os que adotam essa linha de pensamento, o *Parquet* fiscal não deve receber qualquer adjetivação, seja a da

⁶¹¹ REsp 1446285/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 05/08/2014, DJe 12/08/2014.

⁶¹² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, cit., p. 119-120.

imparcialidade, seja a da assistência, porquanto deve se entender que nesses casos a instituição atua simplesmente como *custos legis*.⁶¹³

Um terceiro posicionamento equipara a função de interveniente do Ministério Público ao *amicus curiae*. Trata-se de terceiro portador de conhecimento e representatividade, razão pelas quais pode ser admitido a ingressar em relação processual alheia para “transmitir ao juízo informações estranhas ao seu círculo de conhecimento de que ele não dispunha, independentemente da iniciativa das partes”.⁶¹⁴

Scarpinella fundamenta essa posição na teoria que defende a democratização do processo que está a exigir a participação dialógica, “com vistas à criação de um diálogo, o mais amplo possível – aqui, um ‘diálogo institucional’ –, com vistas ao proferimento da melhor, mais democrática e mais justa decisão”.⁶¹⁵

Com o devido respeito, prefiro filiar-me à corrente que vê na intervenção do Ministério Público a função do *custos legis*, do fiscal do cumprimento da lei.

É inerente à sua função a defesa do interesse geral, do interesse público, conforme abaixo se estudará.

No exame das espécies interventivas do art. 82 é preciso ponderar quais os interesses subjacentes a todas elas, não sendo assente na doutrina a afirmação de que quando a Instituição atua em virtude da qualidade da parte, segundo o art. 82, I do CPC deve, incondicionalmente, defender os seus interesses.⁶¹⁶

Já se afirmou que ninguém pode ter mais do que o direito material lhe assegurou. Portanto, não é possível ao órgão público inverter a mão de direção dessa premissa, apenas porque sua intervenção se deveu à presença do incapaz na relação jurídica processual.

Acresça-se, ainda, ser necessário se estabelecer o vínculo de toda atuação com os escopos constitucionais da Instituição, pois dar as costas para a ordem jurídica equivale a afrontar o mandamento do art. 127, da CF.

⁶¹³CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*, cit., p. 12-13.

⁶¹⁴PASTORE, Délton Esteves. *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*, cit., p. 136. Na redação firmada pela Câmara Federal, o art. 139 do projeto do novo CPC conteve previsão do *amicus curiae*.

⁶¹⁵BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, cit., p. 430.

⁶¹⁶Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 412-414; CRUZ, José Raimundo Gomes da. O problema da vinculação do Ministério Público a uma das partes no Processo Civil. *Justitia*, São Paulo, v. 49, n. 138, p. 103-111, abr./jun. 1987; XAVIER NETO, Francisco de Paula. A intervenção do Ministério Público ditada pelo interesse público derivado da qualidade de parte. *Justitia*, São Paulo, v. 47, n. 130, p. 60-64, jul/set. 1985.

O ingresso do *amicus curiae* no processo é importante fonte do diálogo, e, pois da sua democratização. Todavia, não é possível afastar a ideia de que muitos se valem desse instrumento para a defesa de interesses subjetivos e egoísticos, como já ocorre no processo objetivo do controle de constitucionalidade.

Duas são as situações em que o Ministério Público está autorizado a intervir em processo alheio na qualidade de fiscal da lei: 1) direitos ou interesses indisponíveis do grupo social; 2) interesses de pessoas ou classes de pessoas.⁶¹⁷

O móvel legitimador dessa intervenção parece partir de fundamentos diferentes.

Na primeira situação, a matéria objeto da presença da Instituição na relação processual leva em conta interesses firmados pelo Estado, e, em última análise, pelo próprio grupo social como fundamentais à sociedade organizada. É o exemplo do casamento, do pátrio poder, da falência e da recuperação judicial, da improbidade administrativa, do meio ambiente, da habitação e urbanismo, etc, cujo interesse público justifica a intervenção ministerial.

Na segunda, a presença institucional se dá em virtude da qualidade das pessoas envolvidas na relação processual, como o incapaz, o idoso em situação de risco, a pessoa com deficiência, a respeito das quais cabe à Instituição zelar por sua isonomia formal e material. O *discrímen* verificado com a presença dessas pessoas no processo civil impele a instituição a atuar para sua proteção.

Nesse ponto, é importante consignar haver quem defenda a impossibilidade de recurso contra os interesses da pessoa em favor da qual se deu a atuação, por falta de interesse, um dos seus pressupostos.⁶¹⁸

Todavia, na primeira situação acima apontada (natureza da lide) a Instituição está autorizada a recorrer mais amplamente, diante de sentença avessa à ordem jurídica ou aos escopos do processo. Nesse caso, anota-se que o bem protegido não é mais o interesse da pessoa em favor de quem a lei admite a intervenção do órgão ministerial, e sim de valores – interesses perseguidos pelo corpo social. Daí, porque haver maior liberdade de atuação.

⁶¹⁷Cf. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*, cit., p. 12.

⁶¹⁸Nesse sentido MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, cit., p. 556 e CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*, cit., p. 13.

Apesar dessa classificação, sustenta-se haver um interesse que não pode deixar de ser perseguido pelo membro da Instituição: o interesse público, presente em toda e qualquer providência a seu cargo.

Tal interesse pode estar tanto ao lado do autor, quando ao lado do réu, mas também poderá ser indeterminado. Em virtude disso, diz-se que “o Ministério Público intervém no processo civil em virtude e para defesa de um interesse público determinado, ou intervém na defesa de um interesse público indeterminado”.⁶¹⁹

Por conseguinte, parece-me mais consentâneo com os escopos da Instituição e do processo que tenha liberdade para recorrer em todas as hipóteses do art. 82 do CPC, pois sempre estará vinculado à defesa dos interesses que legitimam sua intervenção, ainda que para tanto tenha que falar em desfavor de quem justificou sua presença na relação processual.

Há também quem sustente que, embora se trate do Ministério Público interveniente, seu integrante deve avaliar se tem legitimidade para ingressar em processo alheio. Isso se dá quando houver interesse qualificado pela relação de direito material, em regra delineado pelo próprio legislador, como é o caso do art. 82, cujo rol é meramente exemplificativo. Sua atuação deve se compatibilizar com os fins constitucionais (art. 129, IX, da CF).⁶²⁰

O móvel da intervenção continua sendo o da necessidade de se interpretar adequadamente o interesse público.

Sobre o tema, concorde com o posicionamento de alguns Ministérios Públicos, como o de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e o próprio Ministério Público da União, por seus ramos Federal e do Trabalho, Cláudio Barros Silva do Conselho Nacional do Ministério Público sustentou ser necessário efetuar a releitura do art. 82 do CPC para que se pautasse não apenas pelo estado da pessoa, mas também pela presença do interesse determinante. Deve orientar-se pelo interesse público primário e estar conectado à repercussão social que o processo deve propiciar.⁶²¹

⁶¹⁹GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 162.

⁶²⁰“Conforme sustentado anteriormente, a verificação da legitimidade interventiva está ligada à presença de determinados interesses no processo, que se qualificam pela natureza da lide ou qualidade da parte”. SALLES, Carlos Alberto de. Legitimidade para agir: desenho processual da atuação do Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997 p. 244.

⁶²¹SILVA, Cláudio Barros. Atuação do MP como órgão interveniente no processo civil. *Revista do CNMP*, Série Especial – Principais decisões de 2005 a 2011. Brasília, v. 2 n. 3, p. 261-307, 2012.

De fato, desde 1991 o Ministério Público de São Paulo vem adotando linhas de entendimento que vão ao encontro ao que, em parte aqui está sendo preconizado, ou seja, o de uma atuação racional.

O art. 16 da Lei 667/91 revogou legislação anterior que determinava ao integrante do *Parquet* a defesa do réu preso ou do revel citado fictamente. O art. 18 e parágrafos impôs a participação de um único membro no processo, exceto se a atuação impusesse a concomitância de dois ou mais deles; passou a exigir que funcionasse o promotor cujo interesse fosse mais abrangente; o mais especializado e, se ambos tivessem a mesma especialização o que tivesse oficiado em primeiro lugar no processo judicial ou administrativo.

Com a superveniência da Lei 734/93, o mesmo entendimento foi mantido no art. 114, ao mesmo tempo em que o art. 18 da legislação revogada continuou suspenso por ordem cautelar expedida pelo Supremo Tribunal Federal na Adin 932, aforada pela Ordem dos Advogados do Brasil até a extinção do respectivo processo por carência superveniente (falta de interesse processual).

O Ato Normativo nº 295-PGJ/CGMP/CPJ, de 12/11/2002 previu a possibilidade de o membro do Ministério Público de São Paulo deixar de intervir nas Ações de Usucapião. A regra geral comportou a exceção do § 1º do art. 1º, qual seja o dever de intervenção quando a área se tratar de parcelamento ilegal do solo para fins urbanos ou rurais; quando houver interesses de incapazes (nesse caso o fundamento da intervenção não é o do inciso III, mas o do inciso I do art. 82) e quando se vislumbrar risco potencial ou efetivo a interesses sociais e individuais indisponíveis.⁶²²

Alguns anos mais tarde o Conselho Nacional do Ministério Público, na Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010, art. 5º autorizou os membros do Ministério Público do país a abrirem mão da sua intervenção em extenso rol de demandas que elencou.

Essa postura institucional foi objeto de fortes críticas, porque: 1) não cabe aos Ministérios Públicos, tampouco ao Conselho Nacional do Ministério Público expedir atos

⁶²² Infere-se que essa onda reformista teve origem no início de 2001, no Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Conselho Nacional dos Corregedores do Ministério Público dos Estados e da União, tornada pública através da Carta de Ipojuca. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. O Ministério Público e a intervenção no processo civil. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*, v. 2, 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/45/28>. Acesso em: 18 nov. 2014.

normativos em dissonância com a legislação federal que rege a intervenção no processo do *custos legis*, que lhe é superior; 2) a intervenção no Mandado de Segurança lhe é estratégica, pois por meio dela se exerce o controle sobre a Administração Pública; 3) na Ação de Usucapião Especial Individual ou Coletiva prevista no Estatuto da Cidade, a Lei 10.257/01 contém expressa previsão de participação do Ministério Público (art. 12 § 1º), pela presença do inequívoco interesse social e para a escoreita ordenação da cidade.⁶²³

Ainda que se tenha pretendido realizar interpretação sistemática entre a legislação processual e a ordem constitucional, há o risco de esses dispositivos serem interpretados inadequadamente, pois quem avalia o objeto da demanda e a necessidade de intervenção é o próprio integrante que poderá ou não intervir.

Melhor seria que os órgãos de controle expedissem recomendações pontuais sobre as mais variadas situações, com o que se estaria atendendo à multiplicidade de situações, a integração da Organização e a isonomia dos envolvidos, destinatários das atividades do *Parquet*.

54. Interesse público

Público é o interesse que pertence à generalidade das pessoas e não apenas a uma ou a um grupo delas ou mesmo ao Estado.

Na vida comum, em ambiente onde se busca a solidariedade ou a fraternidade, direito de terceira geração⁶²⁴, esse interesse assume fundamental relevância.

Segundo a doutrina,

“Interesse Público é o pertinente a toda a sociedade, personificada no Estado. É o interesse à preservação permanente dos valores transcendentais dessa sociedade. Não é, assim, o interesse de um, de alguns, de um grupo ou de uma parcela da comunidade; nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato. E por ser de todos não é de ninguém”.⁶²⁵

⁶²³MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. op. cit.

⁶²⁴FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 75-76.

⁶²⁵SALVADOR, Antonio Raphael da Silva et al. O Ministério Público no processo civil. *Justitia*, v. 82, p. 281 *apud* FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor. *Justitia*, São Paulo, ano, 49, n. 137, p. 51 p. 49-56, jan./mar. 1987.

Talvez, se possa ter alguma dificuldade para bem compreender o que significa interesse público, pois a expressão não é suficientemente clara para traduzir o seu exato e magno significado.

O próprio Código de Processo Civil vigente parece não traduzir, com a esperada nitidez, quais os interesses colocados a cargo da Instituição. Nos seus dois primeiros incisos relaciona as situações em que cabe intervir. Mas, no inciso III do mesmo art. 82, encerra o dispositivo prevendo que estará legitimada a comparecer nas relações processuais qualificadas pelo interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. As disposições acima deverão ser conjugadas com o art. 81 do mesmo estatuto processual, segundo o qual lhe cumprirá exercer o direito de ação nos casos expressos em lei. Mais que isso, deverão ser interpretados conforme a ordem constitucional, única maneira de receberem a verdadeira dimensão que o sistema normativo lhes impôs.⁶²⁶

Quanto ao Ministério Público autor, o trabalho do intérprete parece ser mais simplificado. Cabe ao legislador apontar em quais hipóteses deverá assim se posicionar, podendo até mesmo ser inserido no polo passivo de determinada relação processual, de acordo com a posição que irá ocupar na defesa do interesse para o qual está legitimado.⁶²⁷

Mas, nas demais situações em que lhe cabe intervir no processo civil das partes competirá aferir se está presente esse interesse legitimador.

Apesar do posicionamento segundo o qual o interesse público é o geral, a todos pertencente e pertencente a ninguém porque é de todos Susana Henriques da Costa lembra que o seu conceito é variável, pois será influenciado por fatores históricos, socioeconômicos e culturais, para concluir que a ideia que o justifica é ínsita à conformação do Estado, como pessoa jurídica de direito público.⁶²⁸

Afirma, ainda, que seu gérmen é mesmo o interesse geral ou comum. Mas, segundo a corrente pluralista, esse bem comum varia em conformidade com a necessidade humana, que para uns é diferente da de outros. Por isso, concorda com Carlos Alberto de Salles,

⁶²⁶Por isso, no PL 8.046/2010 da Câmara Federal o novo Código de Processo Civil previu: “Art. 177- O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”.

⁶²⁷O art. 155 da Lei 8.069/90 legitima o Ministério Público para a Ação de Perda ou Suspensão do Pátrio Poder; o art. 17 § 3º da Lei 8.429/92 autoriza a Instituição a promover a Ação de Improbidade Administrativa; o art. 74 da Lei 10.741/03 conferiu à Organização legitimidade para ações em que o idoso esteja em situação de risco, e assim por diante.

⁶²⁸COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, cit., p. 53.

quem apontou que esse valor deve ser investigado em conformidade com o direito material, única maneira de serem atendidos interesses particulares, de indivíduos e grupos com os de toda a coletividade.⁶²⁹

Costuma-se dizer que ele transcende a esfera individual do sujeito, seja pela matéria, seja pela pessoa envolvida na relação processual. Por conta dessa ultratividade de valores que interessam ao Estado preservar é que se chama a Instituição para atuar. Não é por outra razão que sua presença é obrigatória nos processos de jurisdição voluntária.⁶³⁰

55. Interesse individual indisponível

A Instituição é encarregada de zelar pela proteção do interesse que o envolve (item 05).

É a própria lei (em sentido amplo) que prevê a intervenção do órgão do *Parquet*, seja como agente, seja como interveniente.

Não é qualquer interesse que o habilita a atuar, pois, em regra as pessoas têm legitimidade para, por si mesmas obter a tutela jurisdicional de que necessitam para a cessação da crise de direito material, sem a presença da Organização.

O exame da legislação permite constatar haver bens que devem ser preservados, sobre os quais não se admite qualquer disposição. Seu conteúdo foi chamado pela doutrina especializada de *essencialidade social*, pois caracterizado pelo conjunto de valores essenciais do Estado. Estes se identificam com a ordem pública e com a indisponibilidade, a justificar a intervenção ministerial.⁶³¹

Embora individuais quando a um primeiro exame poderiam parecer disponíveis, não admitem qualquer transação e devem ter sua integridade assegurada pelo magistrado, assim como pelo Ministério Público.

⁶²⁹COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, cit., p. 54-57. SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coords.). *Direito processual público*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 57.

⁶³⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 320-322. MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 1. ed. Campinas: Milenium, 2000. p. 102-104. SALLES, Carlos Alberto de. Legitimidade para agir: desenho processual da atuação do Ministério Público, cit., p. 245.

⁶³¹MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 47-48.

Não é necessário que o Estado esteja em um dos polos da relação jurídica para que se verifique a existência desse interesse.

Quando se estiver diante de interesses privados, regulamentados por normas de direito público poderá haver essa espécie de interesse. O direito público regido por normas de ordem pública é indisponível, onde o Ministério Público está autorizado a atuar, desde que haja compatibilidade com a sua finalidade.⁶³²

A proposta em se otimizar meios e fins está ligada ao tamanho da Instituição, à qualidade e não à quantidade da sua intervenção, equação essa que deverá resultar na utilidade e efetividade das suas ações.⁶³³

A expressão interesse significa estar entre (*inter esse*), e se caracteriza pela relação de uma pessoa a um bem ou valor. Do ponto de vista do sujeito, representará a necessidade e do objeto sua utilidade.⁶³⁴

Sua adequada detecção pelo *Parquet* é fundamental.

Sabe-se que as ações são identificadas por seus elementos, partes, causa de pedir e pedido.

O processualista conhece bem as vantagens em se as identificar corretamente, pois desse trabalho é possível distingui-las ou conferir sua identidade com outras já propostas ou que podem vir a ser ajuizadas.

É dever do integrante da organização identificar o conflito não apenas do ponto de vista individual no caso que se lhe foi apresentado, mas também verificar se naquela relação existe dano maior, coletivo a evitar ou a reparar.

A respeito do tema, adverte-se que atividades e relações podem ensejar o tratamento coletivo de crises aparentemente individuais, para o que é necessário aceitar a mudança de paradigma de inspiração individualista-liberal para a dos direitos transindividuais.⁶³⁵

⁶³²“O que importa é a essencialidade social do direito, o que não é exclusividade de nenhum ramo jurídico. Logo, qualquer direito indisponível merece a tutela processual do Ministério Público”. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed., cit., p. 52. SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica*, cit., p. 45.

⁶³³SILVA, Cláudio Barros. op. cit., p. 265.

⁶³⁴FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor*, cit., p. 50.

⁶³⁵CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, cit., p. 31.

A atuação individual deve funcionar como elemento catalisador dos conflitos coletivos, cabendo a quem o identifica levar ao conhecimento do órgão especializado ou, se o caso, instaurar processo administrativo para apuração e solução (capítulo IV).

Posso exemplificar, para esclarecer.

A lei confere atribuições ao *Parquet* em processos nos quais, ao menos uma das partes seja incapaz (art. 82, I do CPC). Imagine-se ação ressarcitória decorrente de acidente automobilístico em que o genitor do menor faleceu, em virtude da má conservação da via pública ou porque ali inexistia a passarela prometida para a travessia de pedestres.

Embora a função institucional pudesse se esgotar no processo com a defesa dos interesses do menor, não é possível ignorar que a causa ensejadora do dano deve ser apurada pela Instituição, até mesmo para se evitar que outros prejuízos recaiam sobre as pessoas e o próprio Estado.

A otimização de esforços deve estar presente em toda ação ministerial, sendo possível discordar, com a devida vênia, daqueles que negam estar superada sua utilidade de participação no processo individual.

56. Interesse social

Se por um lado, a instituição está autorizada a atuar em casos em que haja interesses individuais indisponíveis, por outro está também legitimada a funcionar em causas nas quais o interesse individual agrupado constitui o interesse social, ainda que possa ser individualmente tratado (capítulo I, item 5).

Por natureza, os interesses sociais pertencem à coletividade, pois “transcendem a individualidade dos diversos interesses que neles podem estar inseridos, sendo relevantes para a sociedade como um todo (v.g.: interesses difusos e coletivos)”.⁶³⁶

O mesmo problema apontado no tópico anterior, aqui também se coloca.

O tratamento individual desses interesses coloca em crise a credibilidade da Instituição e o sistema da justiça, no qual está inserido.

O fenômeno da coletivização tem sido colocado pela doutrina processual como o passe de mágica para a solução da crise do Judiciário no país.

⁶³⁶GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*, cit., p. 50-51.

Compartilho dessa avaliação. Porém, deve-se buscar novo comportamento das pessoas e dos órgãos públicos encarregados, protagonistas do processo de modificação.

É o que Kazuo Watanabe pontuou ao chamar “Cultura da Sentença” o fenômeno consistente na formação de bacharéis voltados à solução contenciosa e adjudicada das controvérsias, em contraposição à técnica de meios alternativos ou adequados à solução dos conflitos.⁶³⁷

Por outro lado, o movimento reformista realizado nos últimos anos sobre a legislação processual permite entrever a adoção de mecanismos de coletivização e de aceleração da tutela, como se vê no art. 285A do CPC (julgamento antecipadíssimo) que, antes da citação permite o julgamento de improcedência nas controvérsias que envolvam exclusivamente matéria de direito, se o juízo já tiver examinado outras causas idênticas; da repercussão geral exigida pelo art. 102 § 3º da CF para a admissão do recurso extraordinário; da súmula impeditiva de recursos do art. 518, § 1º do CPC, que passou a barrar a apelação contra a sentença que estiver de acordo com a súmula do STJ ou do STF e da Súmula Vinculante criada pelo art. 103A da CF, cujo enunciado vinculará as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal.

No CPC, projetado o mesmo caminho está sendo construído como se vê do art. 333, III; 507 § 3º, I, II e III; 520 e 521, todos do PL 8.046/10 em trâmite na Câmara Federal.

O manejo dos processos que portam tais interesses traz a vantagem de demonstrar qual o desempenho e qual o fracasso da administração pública em determinada política. Através desses dados é desejável que o tema seja enfrentado nas suas causas.

A adoção das técnicas de coletivização, que também pode ser acolhida através de políticas idealizadas pela própria Instituição, ostenta a vantagem de se tratar diversos interesses expostos ao risco de dano ou à própria lesão, ao mesmo tempo em que a decisão será aproveitada por todo o grupo e de maneira isonômica, o que é impedido quando se opta pelo tratamento individual desses direitos.

⁶³⁷WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação, cit., p. 685.

57. Demandas individuais

As demandas individuais são comumente inseridas no que se tem chamado por processo civil tradicional.

Por meio delas fica claro o emprego do silogismo, até de certo modo facilitado diante da existência de um conflito entre Tício e Caio.

Nessas hipóteses, a intervenção do Ministério Público consistirá em ajuizar a demanda nos casos em que estiver legitimado a tanto, ou a comparecer em processo alheio para exercer suas funções como interveniente, *custos legis*, como anteriormente constou.

De certo, tais ações sempre desafiaram outro viés de preocupação e de enfoque, pois caracterizadas pelos elementos partes, pedido e causa de pedir que as identificam. O comando da sentença geralmente é limitado a sujeitos certos e determinados. Em regra, o cumprimento do julgado depende das próprias partes.

Quando a Fazenda Pública estiver no polo passivo, a condenação nas obrigações de fazer têm sido acompanhadas de pesadas multas em caso de recalcitrância.

Se o conflito envolver o interesse do indivíduo, mas também o de outras pessoas que, em tese, poderão sofrer os mesmos danos pela resistência oferecida por quem deveria prestar uma obrigação ou realizar um serviço o trabalho do Ministério Público não se encerra nessa demanda.

A atuação deverá se integrar à de outros membros da Organização, porque é de rigor que se zele pela litigiosidade remanescente. Se remanesce, não foi inteiramente resolvido.

Se há representações individuais pela falta de vagas em creches no ciclo fundamental; em abrigos e residências de longa permanência; se faltam medicamentos de alto custo em determinadas farmácias ou se alguns deles não foram listados pelo Sistema Único de Saúde, não é possível ignorar que a controvérsia individual conhecida em uma demanda pode ser indício da má prestação do serviço público e da existência de conflito coletivo, como ocorre com os interesses pseudoindividuais, cuja relação jurídica substancial é incindível e deve ser tratada unitariamente.⁶³⁸

⁶³⁸“São demandas propostas de forma individual, mas que são fundadas sobre uma relação jurídica material de natureza plurisubjetiva e incindível, que somente poderia ser objeto de uma ação coletiva”. WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; SICA, Lúcia Paula P. Pinto (Coords.). *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*. São Paulo: CEBEPEJ; FGV, 2014. p. 26-28. Disponível em: <http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2014.

O mesmo raciocínio deve ser empregado para as ações tipicamente individuais, em que o lesado está legitimado para vir a juízo pleitear o acolhimento de determinada pretensão, como ocorre com os direitos sociais. Sua reiterada negação levará ao surgimento de diversas outras demandas, sem que o tema possa ser tratado molecularmente.

Não interessa ao Estado-juiz, ao sistema da justiça, nem ao jurisdicionado que as demandas repetitivas sejam decididas sem uniformidade, definitividade e segurança jurídica.

Em levantamento realizado pela Procuradoria de Justiça Cível do Ministério Público de São Paulo, franqueado por seu Vice-Secretário, o Procurador de Justiça José Luis Aliche constatei a seguinte situação na área da judicialização da saúde pública:

De janeiro a dezembro de 2013, a segunda instância cível da Instituição, com atribuição em todo o Estado de São Paulo recebeu 8.556 processos, entre demandas para a obtenção de medicamentos e tratamento de saúde. De janeiro a setembro de 2014, mês em que a pesquisa foi realizada, 10.282 processos já haviam ingressado nesse órgão público.

Esse quadro é demasiadamente preocupante, pois demonstra que tanto o Judiciário como o Ministério Público contentam-se com as soluções adjudicadas, sem que haja qualquer medida efetiva de caráter administrativo para que o tema seja definido na esfera da Secretaria da Saúde, e, pois do Executivo.

Por outro lado, a integração dos membros da Organização deve levar a soluções que impeçam a proliferação de demandas, a adjudicação dos conflitos de interesse público e favoreçam a atuação coletiva e os mecanismos alternativos para a solução das controvérsias.

Há um rol de interesses a cargo do *Parquet*. Não é possível recusar que o interesse público para cuja defesa está vocacionado une todos os seus integrantes, em todos os ramos e instâncias, ainda que se esteja diante de ações individuais.

Esse fio condutor não impede, mas estimula e exige, atuação racional e unificada, podendo mesmo se falar que até a independência funcional deve ceder diante dos fins a que a Instituição se acha vinculada por força da legislação constitucional.

Propõe-se, portanto, que na atuação ministerial se desejem soluções coletivas quando se estiver diante de conflitos coletivos, apesar de se apresentar circunstancial e individualmente.

No projeto do novo CPC (Câmara Federal) fica claro esse movimento quando se examina o art. 988, que trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Cuida-se de um instrumento idealizado para que a reprodução de demandas que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito sejam agrupadas para julgamento conjunto. Espera-se, assim, preservar a isonomia e a segurança jurídica, sempre em risco quando as decisões são pulverizadas entre vários juízes e órgãos fracionários dos tribunais. Corolário dessa nova figura processual é o da vinculação dos demais julgamentos que contiverem discussão sobre idêntico tema.

Para a doutrina, é a mais importante modificação proposta para o novo CPC, cujo projeto ainda se acha sendo apreciado no Congresso Nacional.⁶³⁹

58. Limites à atuação do *Parquet*. Independência ou dependência. Democracia e independência funcional. Fins institucionais e independência funcional. Unidade, independência funcional e promotor natural

Do que até aqui se estudou, verifica-se que o Ministério Público é instituição pública fundamental, mas pode ser desenhada e implementada tanto em países democráticos, quanto nos não democráticos, ao sabor do governante da ocasião.⁶⁴⁰

A independência funcional não pode se sobrepor à lei, estando limitada pela própria ordem jurídica que a criou. Parece-me certo que a vontade institucional deva prevalecer sobre a atuação isolada, divergente, exceto se razoáveis fundamentos puderem ser invocados para dela se afastar.

⁶³⁹BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil*, cit., p. 467.

⁶⁴⁰“Como vimos, o Ministério Público recebe um considerável aumento de tarefas na Constituição de 1988. Os parlamentares constituintes delegaram aos promotores e procuradores de justiça, além de seu papel tradicional – em perspectiva comparada – de processar os criminosos ‘comuns’, a função de exigir o correto cumprimento da lei, principalmente dos poderes públicos, e de fiscalizar a ‘honestidade’ daqueles que ocupam cargos públicos. Por outro lado, os políticos retiraram do rol de responsabilidades dos integrantes do Ministério Público Federal o papel de advogado da União. **Esse acréscimo de funções (e de retirada de outras) demonstra claramente que nenhuma tarefa é de responsabilidade ‘natural’ de uma organização**”. KERSHE, Fabio. *O Ministério Público no Brasil: autonomia, organização e atribuições*. 2002. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 54 (destaquei).

O tratamento coletivo dos conflitos, a democratização da atuação institucional, a rejeição à constante judicialização – salvo nas hipóteses em que não couber composição, o incremento dos mecanismos para a solução alternativa dos conflitos, a catalisação de conflitos pelos órgãos fracionários, o cultivo por uma jurisprudência institucional estão a balizar a atuação do integrante da organização.

A atuação tradicional e individual, nos moldes em que é praticada não mais satisfaz o cumprimento da sua missão constitucional. O rol de interesses que se agregou após 1988 às suas atribuições tem exigido convergência e integração de tarefas.

O hoje chamado processo tradicional, cujo modelo era baseado no exercício de silogismos – subsunção do fato à norma, já não mais satisfaz a missão institucional.⁶⁴¹ Nem por isso deve perder sua importância, conforme antes se aduziu.

O interesse público a que a Instituição se obriga a tutelar deve ser o fio condutor de todo esse processo, sendo necessário lembrar que assim como o Estado, o Ministério Público também deve ser meio para o alcance do bem comum, pois não pode ser resumido a um fim em si mesmo.

Nesse estado de coisas, a instituição não pode desprezar, como não despreza, as bases democráticas sobre as quais a civilização chegou a esse notável modelo de convivência social, se adequadamente praticadas.

A unidade, como princípio institucional não pode ser relegada à visão ou ao interesse de um único membro ou a de um grupo. Na mesma independência os órgãos da administração ou órgãos propositalmente criados também devem encontrar a vontade institucional, e para tanto podem racionalizá-la. É preciso fortalecer a unidade institucional.

⁶⁴¹“Também no cível, em suas áreas de atuação tradicional, a atuação do Ministério Público nunca foi significativa do rompimento do modo básico de aplicação do direito no sistema legal próprio do Estado Moderno. Sua atuação originariamente era, sobretudo, no sentido de corrigir um vício de capacidade ou de vontade de um dos sujeitos envolvidos no processo. Considerando que o sistema jurídico liberal tem como premissa que todo indivíduo tem capacidade de decidir autonomamente sobre seus interesses, naquelas situações nas quais essa premissa notoriamente não ocorre (como no caso de incapazes, de disposições de última vontade, de ausentes etc.), surge a necessidade da atuação ministerial para conduzir a relação Jurídica à situação de normalidade sistêmica”. SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coords.). *Ministério Público II e democracia*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 39.

Não há liberdade, há atuação pautada por lei. A má compreensão, o desconhecimento, a desunião e os erros comprometem a instituição como um todo, o que é preciso superar.⁶⁴²

O Ministério Público é representante da sociedade, mas também é órgão do Estado, e por conta disso tem compromisso com os fins da República.

Diante da detecção de conflito massa no decorrer da atuação funcional em um processo individual, o membro do *Parquet* deve ser levado a comunicar os órgãos competentes para a aferição e encaminhamento administrativo ou judicial de soluções junto ao devedor coletivo. Em conhecido estudo sobre as formações sociais e os interesses coletivos, Mauro Cappelletti sustentou haver certa incongruência com esses fenômenos jurídicos a visão puramente privatística do processo.⁶⁴³

O aprimoramento da atuação parte de um recorte puramente individual e independente, para alcançar solução mais unificada, que transcende a esfera do indivíduo e que possa atingir a causa dos conflitos. Caso contrário, o risco é de se combaterem efeitos em um sistema pouco eficiente.⁶⁴⁴

A atuação integrada não interfere na independência, não torna o membro ministerial submisso hierarquicamente a qualquer órgão superior. Ao contrário, otimiza a atuação individual, previne outras demandas, fortalece a unidade e assegura o Promotor Natural.

Portanto, embora a garantia da independência se mostre necessária para o desempenho destemido das funções do Ministério Público, a responsabilidade dos

⁶⁴²“Paralelamente ao acréscimo de tarefas e responsabilidades, houve um decréscimo pelo menos aparente de mecanismos de controle por parte dos políticos de uma maneira geral e por parte do governo de uma maneira específica. Essa perda de controle é comemorada pelos integrantes do Ministério Público e vista como positiva por parte dos analistas da organização. O argumento é o de que com essa autonomia, os promotores e procuradores de justiça possuem liberdade para agir contrariamente aos interesses dos grupos que controlam o poder, exercendo aquilo que muitos chamam de ‘vocação’ do Ministério Público. O curioso, nesse tipo de argumento, é que há uma desconfiança dos políticos e uma confiança, na mesma proporção, nos integrantes do Ministério Público. Ou seja, os políticos, por serem políticos, precisam de controle; os promotores, por serem promotores, não precisam”. KERCHÉ, Fábio. *O Ministério Público no Brasil*, cit., p. 55.

⁶⁴³CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 147.

⁶⁴⁴“(…) a defesa de interesses difusos e coletivos pelo Ministério Público, embora inovadora, atende à vocação tradicional e histórica da instituição. O Ministério Público, visto de uma perspectiva tradicional e histórica, tem como característica fundamental, tanto em suas atribuições criminais como naquelas cíveis, a defesa dos interesses coletivos da sociedade. Em última análise, ao defender direitos que, porque pertencentes a toda a sociedade, não podem ser titularizados na pessoa de um sujeito determinado, o Ministério Público nada mais faz do que a defesa de interesses gerais da sociedade, tarefa que historicamente exerce na titularidade da ação penal e na defesa de interesses indisponíveis junto à jurisdição civil”. SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público, cit., p. 35.

integrantes da instituição deve ser submetida ao necessário controle interno, não só para que sua missão seja atingida, mas também para que os excessos sejam prevenidos e reparados. Para tanto, deve haver um melhor aparelhamento dos órgãos de cúpula, encarregados da administração.

O que me parece importante registrar nesse tópico é que a atuação tradicional, frente às novas atribuições recebidas pelo constituinte de 1988 ainda estão a exigir eficiente estruturação em que seja possível maior integração entre os membros ministeriais, com a profícua participação dos órgãos de cúpula e de segundo grau.

De qualquer maneira, observa-se mudança de paradigma entre a atuação tradicional e a nova missão constitucional. A independência é a mesma, mas vem agregada de maior complexidade frente aos plúrimos desafios a cargo da instituição.

O Ministério Público opera sobre os eixos da unidade, da indivisibilidade, da independência, da autonomia e do promotor natural, para que sua atuação transcorra nos quadrantes da lei e da imparcialidade na sua aplicação.

Nesse sentido, verifica-se que a atuação irracional compromete a unidade, ao mesmo tempo em que a união permite o exercício racional e baliza a independência. O ponto de equilíbrio entre uma e outra garantia é que se está a desejar, para permitir maior eficiência, a efetiva aplicação da igualdade e o exercício da democracia.

VI. MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO COLETIVO

59. Órgão agente

A condição de órgão agente decorre da legislação que o legitimou à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme se verá mais adiante (item 61).

Seguindo a mesma linha de entendimento do que já se afirmou no capítulo anterior a legitimação para a defesa desses direitos vincula-se com o art. 127, *in fine* da CF. Justifica-se o fundamento em virtude da redação do art. 129, III da CF que, ao contrário do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, limitou essa atuação aos interesses difusos e coletivos.⁶⁴⁵ Sua defesa pressupõe a existência de interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ministério Público é considerado legitimado universal para a tutela dessa espécie de interesses (coletivos *lato sensu*), ou seja, não há necessidade de se demonstrar a representação adequada e a pertinência temática⁶⁴⁶, porque são presumidas face à natureza dos bens para os quais está vocacionado a defender (art. 127 da CF).⁶⁴⁷

A respeito, a doutrina lembra que:

“O anseio por essa estabilidade democrática com certeza motivou que muitos atores do último processo constituinte brasileiro defendessem a existência da criação de uma instituição nos moldes do ombudsman no cenário jurídico pátrio. Houve um dissenso entre os que consideravam necessária a concepção de uma nova instituição, com funções de defesa dos interesses da sociedade, e os que entendiam ser melhor reservar ao Ministério Público essas novas atribuições. Para esses últimos, as funções de defesa da cidadania seriam um aprofundamento natural da clássica vocação da instituição de defesa do ordenamento jurídico, uma verdadeira releitura do encargo de proteção dos fracos e da salvaguarda do bem público. Todavia, o que restava evidente era a necessidade de superar a dependência da instituição em relação ao Poder Executivo e romper com seu histórico modo de atuar, ainda muito limitado pelas peias do individualismo e praticamente se resumindo ao oficiar perante o juízo”.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵SOUZA, Motaui Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 54.

⁶⁴⁶“... no ordenamento brasileiro a legitimação é reconhecida de forma incondicionada ao Ministério Público e aos entes ou órgãos oficiais (pessoas jurídicas de direito público da administração direta ou indireta das três esferas da Federação), ao passo que as associações devem preencher os quesitos de pré-constituição, com antecedência anual, e inserção da defesa dos interesses especificados entre seus fins institucionais (...)”. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 173-174.

⁶⁴⁷Id. Ibid., p. 163-164. ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 96-97. MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 55-59.

⁶⁴⁸RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 58-59.

A clássica dicotomia entre os interesses do Executivo e os da sociedade já havia sido detectada no Brasil com as Leis 4.717/65 (Lei da Ação Popular); 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). A legitimidade ministerial para tais questões sobreveio com o art. 14 § 1º da Lei 6.938/81, depois com o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, e já na vigência da Constituição de 1988 com a Lei 8.078/90, que instituiu o Código do Consumidor.⁶⁴⁹

Não é demais lembrar que o Ministério Público foi legitimado a agir na defesa dos interesses metaindividuais ou transindividuais ou coletivos *lato sensu*, pois assim autorizado pelo art. 5º, I, da Lei 7.347/85 e 82, I, da Lei 8.078/90. Tais permissivos legais foram citados sem prejuízo de outros, cuja autorização também foi expressa no art. 3º da Lei 7.853/89; art. 201, V da Lei 8.069/90; art. 81, I da Lei 10.741/03; Lei 8.884/94, etc.

O instrumento da ação civil pública é largamente utilizado pelos membros da Instituição.⁶⁵⁰

Mas, por conta do livre exercício da independência funcional, em razão da qual seus integrantes só devem satisfação à sua consciência e à lei críticas têm-lhe sido direcionadas, sob o fundamento de que a falta de ordenação a leva à ineficiência.⁶⁵¹

Vozes contrárias a essa liberdade apontam que ela não pode ser interpretada como um valor absoluto.⁶⁵²

Ao longo do presente estudo tenho buscado demonstrar a necessidade de se adotar postura racional, integrada, interdependente, em rede, pois é fundamental que se preserve a isonomia do indivíduo.

Não é possível negar que a atuação descoordenada, irracional leva a resultados nefastos para o próprio cidadão. Em uma concepção exclusivamente liberal é possível

⁶⁴⁹“O grande avanço institucional do Ministério Público no Brasil, não obstante o importante marco representado pela Constituição Federal de 1988, dá-se a partir da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Essa lei, que concede ao Ministério Público legitimidade para a defesa de interesses difusos e coletivos, respondendo a uma necessidade crescente da sociedade contemporânea, não é significativa apenas do desenvolvimento institucional do Parquet, mas do aprimoramento de suas funções como representante da sociedade. Embora a Lei nº 6.938/81, conhecida como Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, trouxesse a legitimação do Ministério Público para reparação de danos ambientais (art. 14, § 1º), a ausência de uma disciplina processual mais específica impediu uma atuação mais significativa do Ministério Público”. SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público, cit., p. 34.

⁶⁵⁰MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, cit., p. 122.

⁶⁵¹Sobre a independência funcional vide capítulo II.

⁶⁵²PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*, cit., p. 33.

compreender que a atuação livre do membro do Ministério Público representa dar as costas para um passado que não se quer mais, porque não se pode admitir seja regido por interesses avessos aos da comunidade.

O aperfeiçoamento não pode temer percalços, porque eles certamente surgirão e se surgirem será necessário superá-los. A rejeição certamente remonta à experiência já vivida e que, de certo modo, encontra-se referida na literatura sobre período que antecedeu a criação da Lei da Ação Civil Pública.

Em princípio, rejeitou-se a ideia de se legitimar a Instituição para as ações civis voltadas a prevenir ou coibir danos ambientais, sob o argumento de que se tratava de órgão ligado ao Executivo, cuja independência poderia ser ofuscada quando o tema tivesse o envolvimento de órgãos ou agentes públicos. Dizia-se que os Procuradores-Gerais da República e de Justiça dos Estados eram nomeados e demissíveis *ad nutum* pelo Presidente da República e Governadores dos Estados, o que também não recomendava sua legitimação.⁶⁵³

A doutrina traz à colação discreto histórico do uso abusivo das ações coletivas. Justifica-se com o argumento de que não é possível negar acesso à jurisdição, pois isso implicaria em violar o art. 5º, XXXV da CF. Em segundo lugar, afirma-se que se a demanda era indevida há recursos para brecá-la.

O ex-Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul concorda, no entanto, que tais ações civis deveriam ser ajuizadas com mais critérios e com menor aqodamento em algumas ocasiões.⁶⁵⁴

60. Órgão interveniente

Se não for autor, o Ministério Público deverá participar da ação civil pública como interveniente, em cumprimento ao art. 5º § 1º da Lei 7.347/85 e art. 92 da Lei 8.078/90.⁶⁵⁵

Justifica-se a intervenção em virtude do interesse público (item 53) subjacente nas ações coletivas, tanto que sua falta induz à nulidade do processo. Cabe ao autor requerer a

⁶⁵³MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 123. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 191.

⁶⁵⁴MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública*, cit., p. 59-60.

⁶⁵⁵Embora outras espécies normativas também exijam a presença do Ministério Público, tais como os arts. 202 a 204 da Lei 8.069/90; 17 § 4º da Lei 8.429/92; 75 a 77 da Lei 10.741/03, etc., optei por apontar a Lei da Ação Civil Pública e o Código do Consumidor, tidos pela doutrina como o microsistema de Processos Coletivos.

intimação do representante do *Parquet* para seu ingresso na relação processual. Sobre o tema, remeto o leitor ao item 53 quando examinei as hipóteses em que a nulidade pode ocorrer, aqui também aplicadas.

A presença da Organização no feito não é garantia do acolhimento da pretensão deduzida pelo autor, pois como *custos legis* competirá ao seu integrante aferir se as alegações do autor encontram supedâneo no direito material.

Nesse aspecto, impende observar que as mesmas dificuldades porventura aparentes com o Ministério Público autor, podem ocorrer com o Ministério Público interveniente, cabendo a ele opinar segundo a ordem jurídica vigente e o material probatório produzido. Aplica-se o art. 83 do CPC.

Isso não significa que o fiscal do cumprimento da lei esteja autorizado a agir contra o interesse coletivo defendido pelo autor. Nem por isso deve aceitar sentença que tenha mal compreendido o melhor desfecho para a demanda. Em razão, disso é livre para opinar em recurso alheio ou para recorrer:

“a legitimidade como interveniente verifica-se com o exame da existência de algum interesse qualificado, na situação de direito material, determinando-se a participação do órgão ministerial no contraditório. A legitimação, insista-se, tem aplicação tanto para definir a possibilidade legal da atuação como interveniente”.⁶⁵⁶

Pode ocorrer que o autor desista ou abandone a ação, o que levará o juiz ao dever de abrir vista para a manifestação do *Parquet* (art. 5º, § 3º da Lei 7.347/85).

Duas opções se abrem ao seu integrante: 1) Considerar infundada a desistência e pleitear o prosseguimento da ação, assumindo o seu polo ativo; 2) Assumir o polo ativo, promover os atos necessários e percorrer todo o arco procedimental até sentença, em caso de abandono.

Caso entenda despropositada a ação ou não comprovados os fatos e o direito dela emergentes não se obriga a pleitear a procedência ou a prosseguir em todos os termos do processo, podendo requerer a improcedência ou, até mesmo, se for o caso, a extinção do processo sem resolução do mérito.⁶⁵⁷

⁶⁵⁶SALLES, Carlos Alberto de. Legitimidade para agir: desenho processual da atuação do Ministério Público, cit., p. 243.

⁶⁵⁷LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 200. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 234.

A postura ministerial acima comentada já era aplicada à Ação Popular, nas mesmas hipóteses de desistência ou de abandono pelo autor.

A atuação como interveniente vem revestida das mesmas garantias e dificuldades de quando postula como autor, qual seja, a de uma atuação independente e livre, cabendo-lhe observar e interpretar os contornos do ordenamento jurídico. Por conseguinte, não há qualquer comprometimento com a racionalidade, porque inexistente no sistema. A mesma liberdade que lhe permite opinar no processo individual, lhe assegura, em absoluto, decidir no processo coletivo.

61. Interesse coletivo

Além das hipóteses em que o *Parquet* está expressamente legitimado – interesses difusos e coletivos, há os individuais homogêneos, cuja dimensão social o credencia a agir. Trata-se de considerar sua razão de ser, concernente à defesa do interesse público para o qual foi encarregado, como já se disse alhures.⁶⁵⁸

A escolha dos interesses a defender não pode prescindir do exame do que se entende por interesse público e se este se confunde com o interesse difuso, para o qual a Instituição também está habilitada a postular.

Público é o antônimo de privado. Portanto, se o interesse público aproveita a todos indistintamente, significa que a coletividade é o seu titular, ao mesmo tempo em que constituem o seu objeto tudo o que seja fundamental para a vida em sociedade. Interessante notar que o agrupamento humano não está a exigir apenas a adoção de determinadas regras de convivência, naturalmente exigíveis, sob pena da ocorrência de conflitos, mas também é possível detectar a existência de bens materiais ou imateriais, indispensáveis àquele convívio.

Nesse sentido, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz anotou:

⁶⁵⁸“Observe-se, ainda, que inexistente diferença ontológica entre os interesses coletivos e os individuais homogêneos quando coletivamente tutelados, ocorrendo mera dissonância entre a nomenclatura utilizada pela Constituição da República, em seu art. 129, III (‘São funções institucionais do Ministério Público: (...) III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’), e aquela introduzida pelo art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor (‘A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.’)”. GARCIA, Emerson. op. cit., p. 51.

“Transportando as noções de caráter geral, até aqui apresentadas, para a esfera mais restrita do interesse público, observaremos que ele tem por sujeito toda a coletividade, todo o grupo social, e, por objeto, bens ou valores essenciais para a vida em sociedade”.⁶⁵⁹

É frequente o encontro da expressão interesse público, ao mesmo tempo em que não se a emprega para os interesses coletivos *lato sensu*, considerados pelo legislador e pela doutrina como os difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Encontra-se dicotomia entre eles. Mas, a doutrina chega a colocar o interesse difuso como espécie do interesse público. Isso porque, o primeiro se apresenta como pertencente a toda sociedade - assim como o público -, com a advertência de que os bens que o constituem são fruíveis.

“O interesse difuso, em suma, segundo pensamos, é aquela espécie de interesse público que tem por objeto bens corpóreos, em contraposição ao interesse público *stricto sensu*, que tem por objeto bens imateriais, incorpóreos, que parece lícito identificar com os ‘princípios’, ‘normas’ e ‘valores’ essenciais para a vida social”.⁶⁶⁰

Mancuso, contudo, vê nessa espécie um interesse metaindividual que pode ser coincidente com o interesse público, mas com ele não se confunde. É que nele se concentra um valor socialmente relevante, podendo interessar a toda a coletividade ou a apenas parte dela.⁶⁶¹

Não se pode negar a relação de complementariedade entre ambos. A tutela do interesse coletivo coloca a salvo o interesse público, porque a todos interessa que aqueles não sejam vulnerados.

Para pôr fim às dúvidas que surgiram sobre o conceito dessa espécie de interesses, o Código do Consumidor, no art. 81, parágrafo único, I, estabeleceu que “se tratam dos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

A doutrina destaca que, se por um lado, a definição teve o mérito de auxiliar o intérprete na classificação dessa modalidade de interesse, por outro tem o defeito de se

⁶⁵⁹FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor, cit., p. 983.

⁶⁶⁰Id. Ibid., p. 986.

⁶⁶¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, cit., p. 61.

apresentar como solução perene para conceituar fenômenos, normalmente modificáveis pela transformação social.⁶⁶²

Seja como for, não se pode negar que o conceito jurídico fornecido pela legislação consumerista foi de grande utilidade prática e doutrinária. Como característica dessa modalidade de interesse, lembra-se ser impossível a cada um desfrutar mais ou menos do interesse difuso, pois todos os indivíduos o aproveitarão em igualdade de condições. É como o canto dos pássaros, que a todos beneficia com a audição do seu gorjeio; como a foz de um rio, com a qual todos os indivíduos se encantarão com a beleza da queda d'água; como a chuva, que melhora a qualidade do ar e serve como fonte de vida para as regiões secas de determinado território. Evidentemente, não são esses os exemplos clássicos trazidos pelos estudiosos sobre as várias situações de fato que se difundem no meio social, mas tais ideias têm o escopo de simplesmente apontar a importância e de que maneira as pessoas se aproveitam dessa modalidade de bens.⁶⁶³

Os interesses coletivos *stricto sensu* também integram o rol de interesses a cargo do Ministério Público, por expressa dicção legal.

Sobre eles, o legislador tratou de trazer conceito próprio e de certo modo acabado para facilitar o trabalho dos operadores do direito, e, sobretudo dos destinatários da norma. Segundo o art. 81, parágrafo único, II, do Código do Consumidor são 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.

Anota-se que ambas as definições apontam característica de ordem subjetiva, ou seja, a transindividualidade, em que o interesse não pertence exclusivamente a um indivíduo, mas a um conjunto deles, indeterminadamente considerados ou determináveis, dependendo da situação de fato ou do vínculo jurídico que os prende.

A doutrina aponta para um elemento de ordem objetiva comum a ambos, qual seja o da indivisibilidade do interesse. Ela não se relaciona com o pressuposto subjetivo, porque

⁶⁶²LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 99.

⁶⁶³“Tomando como exemplo a tradicional referência às questões do meio ambiente para a compreensão da natureza e dimensão destes interesses, nota-se que o direito ao ar puro, à limpeza das águas, à higidez das florestas, à preservação das espécies animais são inerentes a toda humanidade, ou de forma mais específica, àquela comunidade que habita em determinada cidade, estado, região ou país. Sua titularidade é de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que não podem ser identificadas precisamente; são unidas por uma simples circunstância de fato ou contingencial extremamente mutável, o fato de residirem em determinado local ou região; o objeto do seu interesse é indivisível, pois não se pode repartir o proveito, e tampouco o prejuízo, visto que a lesão atinge a todos indiscriminadamente, assim como a preservação a todos aproveita; não há vínculo jurídico preciso entre os titulares”. Id. Ibid., p. 99.

sua incindibilidade é ínsita à própria natureza do direito e está situada no objeto que se busca para a fruição do bem da vida. Para Aluisio Gonçalves de Castro Mendes “a indivisibilidade deve ser apreciada a partir dos objetos imediato e mediato do pedido formulado”.⁶⁶⁴

O tratamento molecularizado dos interesses difusos e coletivos conduz à impossibilidade de solução diversa para os seus destinatários, porquanto não é possível que um único indivíduo vá a juízo pleitear a tutela individual do bem pertencente à comunidade. Essa constatação deve ser feita a partir da causa de pedir, e especialmente do pedido. Em determinadas situações, a demanda poderá veicular interesse individual, cuja decisão produzirá efeitos coletivos. No caso, a demanda continuará sendo individual, apesar dos possíveis benefícios que o cumprimento do julgado poderá produzir. Imagina-se a hipótese em que, calcado no direito de vizinhança, o autor pleiteia a cessação do ruído de um estabelecimento ou a instalação de filtros no sistema de exaustão das suas máquinas. Não se pode negar que nessas situações mais de uma pessoa será beneficiada.

Nessa linha de raciocínio, colhe-se da doutrina que os interesses poderão ser essencialmente coletivos, “situação esta que, se constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário”.⁶⁶⁵

A partir da conceituação e diferenciação entre os interesses essencialmente coletivos, segundo feliz expressão de José Carlos Barbosa Moreira, é possível avançar no exame dos interesses individuais homogêneos, para os quais a instituição é legitimada, se se verificar impacto social suficiente para a habilitação do interesse do *Parquet*.

Na dicção do art. 81, III, do Código do Consumidor, os interesses ou direitos individuais homogêneos decorrem de origem comum.

Faz-se importante a correta compreensão do conceito legal, pois apesar da aparente ausência de precisão, não refoge da linha construtiva adotada pelos incisos anteriores, ou seja, o de resolver conflitos de massa por meio de uma única via processual, uma única demanda, a ação coletiva.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas*, cit., p. 210-211.

⁶⁶⁵Id. *Ibid.*, p. 211.

⁶⁶⁶O Supremo Tribunal Federal, através de acórdão da relatoria do então Ministro Mauricio Correa distinguiu esses dos demais direitos coletivos, nos seguintes termos: “(...) 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11

Como afirma Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, tais interesses são “essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos”⁶⁶⁷, pois não há dúvidas de que seus detentores podem defendê-los pulverizadamente, ou seja, por demandas individuais.

Entretanto, a molecularização dessas demandas leva à vantagem de uma única decisão, afastando-se a atomização de ações, cujas sentenças podem conflitar, além de impedir que o Judiciário se veja às voltas com um grande número de processos, com dispêndio de tempo, trabalho e recursos.⁶⁶⁸ Além disso, dependendo da dimensão do dano, a vítima normalmente é desestimulada a reparar o prejuízo sofrido, preferindo registrá-lo nos prejuízos da sua contabilidade.

Se o consumidor adquire determinado produto, cujo conteúdo anunciado na embalagem é inferior ao encontrado, não raras vezes o interesse na reparação do dano é abandonado diante da burocracia, do tempo e do custo em se pleiteá-la judicialmente.

Nada impede que cada um dos lesados postule individualmente a recomposição do prejuízo sofrido. Porém, consoante acima constou, é desejável que tais demandas sejam agrupadas, propostas por um legitimado e julgadas por um único juiz.

O entendimento é o de que o Ministério Público é legitimado a postular em favor das vítimas que tiveram seus interesses prejudicados, se se verificar dano que apresente impacto de massa, capaz de pôr em risco a ordem jurídico-social, cuja defesa lhe cabe velar.⁶⁶⁹

de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas”. Tribunal Pleno, RE 163.231/SP, DJ 29.6.01). Confira-se, ainda, GARCIA, Emerson. op. cit., p. 51.

⁶⁶⁷MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. op. cit., p. 220.

⁶⁶⁸“A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à Justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de repetitivas, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. op. cit., p. 221.

⁶⁶⁹Em outro julgado, desta vez da relatoria do Ministro Eros Grau, o tema da legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses homogêneos foi assim enfrentado: “(...) entende-se que o Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, quando presente evidente relevo social, independentemente de os potenciais titulares terem a possibilidade de declinar a fruição do direito afirmado na ação”. AI 718.547 AgR/SP. A mesma linha de entendimento foi adotada pelo Min. Dias Toffoli, em acórdão da sua relatoria, cujos fundamentos em parte passo a

62. Interesse individual com efeitos coletivos

Para uma adequada compreensão do tema em debate é preciso retomar alguns conceitos, sobretudo no tocante às partes e à sentença, como meio de eliminação das controvérsias e de pacificação social.

O processo individual instaurado mediante o ajuizamento (protocolo) da demanda (art. 263 do CPC), ainda que em um primeiro momento se desenvolva em uma relação jurídica angular entre o autor ou um grupo deles (litisconsórcio) e o juiz; e depois da citação ou comparecimento espontâneo com o réu, cumpre o seu papel com a sentença de procedência ou de improcedência. Os efeitos do julgado beneficiarão os sujeitos interessados do processo: ao autor ou autores se acolhida a pretensão; ao réu se ela for rejeitada.

Já o processo coletivo só pode ser instaurado por iniciativa dos legitimados expressamente relacionados pelo legislador (art. 5º da Lei 7.347/85 e 82 da Lei 8.078/90), para a tutela de direitos coletivos. Seu julgado opera efeitos *erga omnes* ou ultra-partes, tal como se vê no art. 103 do Código do Consumidor.

Há situações em que as demandas assumem a aparência de individuais, mas portam direitos coletivos – ações pseudoindividuais. Noutras vezes trazem pedidos, cujos efeitos da sentença atingirão a coletividade - ação individual de efeitos coletivos.

Em uma quinta situação, a doutrina aduz a utilização da ação civil pública por um dos legitimados para a tutela de interesse meramente individual, como no caso do fornecimento de medicamentos ou de tratamento de saúde para um único indivíduo.⁶⁷⁰

A correta identificação da causa de pedir e do pedido é tarefa que encontra respaldo no interesse público ou no interesse social legitimador da atuação do *Parquet*. Tão importante que seu menosprezo pode levar o processo a não atingir os seus escopos, pois não haverá a esperada pacificação, um dos seus fins institucionais.

transcrever: “Não encontra eco, destarte, na jurisprudência desta Suprema Corte, a assertiva de que apenas em face de interesses indisponíveis estaria o Ministério Público legitimado a agir.

Também em face de interesses tidos como ‘disponíveis’ essa legitimação se faz presente, máxime em hipóteses de relevante interesse social, como ocorre na situação fática retratada nestes autos, em que se está a defender interesses de trabalhadores rurais, na busca do reconhecimento de seus direitos previdenciários”.

Ag. Reg. no RE 475.010/RS, j. 02/08/2011.

⁶⁷⁰ WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; SICA, Ligia Paula P. Pinto (Coords.). *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*, cit., p. 26-28.

Tais situações não podem passar ao largo da avaliação ministerial, porquanto se por um lado está habilitado a atuar em processos nos quais se veicula direito individual indisponível, por outro deverá estar compelido a encaminhar a discussão para um fórum mais amplo, o dos direitos coletivos, para os quais, como visto detém legitimação.⁶⁷¹

Nas demandas pseudoindividuais diz-se que o direito material é incindível, e que, portanto a demanda individual é insuficiente para o seu conhecimento, pois os efeitos da sentença atingirão necessariamente todo o grupo ligado pela mesma relação jurídica. Como exemplo, a doutrina cita a Ação de Anulação de Deliberação Assemblear, em que uma única demanda levará a esse desfecho sem que todos os interessados eventualmente participem da relação processual.⁶⁷²

Na demanda individual com efeitos coletivos, o pedido deduzido pelo autor invariavelmente atingirá a coletividade, prejudicando-a ou beneficiando-a, conforme o resultado do julgamento.

Imagine-se que determinado indivíduo promova demanda baseada no direito de vizinhança para pleitear que determinada indústria cesse a poluição atmosférica ou o ruído que produz no exercício das suas atividades empresariais; ou que determinada empresa de extração de areia pare suas atividades pelo risco de assoreamento do leito do rio.

Há interesse coletivo no conhecimento e julgamento dessas demandas, que impede ou ao menos deveriam impedir fossem tratadas individualmente.

No Projeto do Novo CPC, a Comissão de Juristas inseriu o art. 334 na versão aprovada pela Câmara Federal (PL 8.046/10) que prevê a possibilidade de se transformar a ação individual em coletiva, atendidos os seguintes pressupostos: I) desde que a ação individual tenha alcance coletivo, em razão de pretender tutelar bem difuso ou coletivo; II) tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser

⁶⁷¹“Essas novas tarefas a cargo do Ministério Público colocam em xeque a forma de atuação tradicional a partir de seus próprios pressupostos. A racionalidade lógico-formal não oferece resposta a grande parte dos problemas que lhe são presentemente colocados”. SALLES, Carlos Alberto de. *Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público*, cit., p. 40.

⁶⁷²Nesse caso Ada Pellegrini Grinover defende a impossibilidade de tratamento individual desses direitos subjetivos, em virtude da unitariedade de que se revestem. Kazuo, porém, defende que tais demandas individuais deveriam ser impedidas, ou, ao menos, se existentes, deveriam ensejar a suspensão dos respectivos processos para o julgamento de ação coletiva versando a mesma causa de pedir e pedido. WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; SICA, Lígia Paula P. Pinto (Coords.). *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*, cit., p. 25-26.

necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico a todos os membros do grupo.

Parece-me nítida a transição de um processo nitidamente liberal, cujas partes foram autorizadas a discutir interesses que não lhes pertencem com exclusividade sem que seus titulares ou, ao menos, seus legítimos representantes pudessem participar da relação processual, e, pois do contraditório, para um processo de interesse coletivo em que a coletividade passa a dele participar.

Essa passagem da proposta legislativa também irá repercutir na atuação do *Parquet*, dele se exigindo novas estratégias de trabalho. Paulatinamente, suas funções vão deixando para trás uma visão estritamente individualista para interligá-la ao trabalho integrado com o de outros membros da Organização, em verdadeira relação de complementariedade.

A coletivização da atuação dos membros da Instituição parece inevitável. Tal se deve à descoberta e amparo a novos direitos e conflitos, sem os quais não mais se desincumbirão da sua missão institucional. A liberdade passa a dar lugar ao balizamento.

63. Demandas coletivas

A expressão demanda comporta dois significados. O primeiro consiste no ato de alguém ir a juízo e pedir a tutela; o segundo consiste na pretensão nela contida, em regra tendente a pretender que o interesse do outro se subordine ao seu.

Na esfera do mundo fenomênico compreende-se que a impossibilidade de se obter o bem por seus próprios meios – proibida a autotutela, exceto em alguns casos quando o próprio ordenamento o autoriza, levou o legislador a entregar ao Estado a missão de se substituir ao seu titular para assegurá-lo. Demandar em juízo é uma maneira de exigir.⁶⁷³

A antiga ação material que no ordenamento passado permitia ao indivíduo se utilizasse da força física para submeter os interesses do outro aos seus (*agere e actio* do Direito Romano) cedeu lugar ao sistema em que a ação provoca a atuação do Estado e ele, por meio de juízes exerce sua própria força para assegurar o direito que aquele alega lhe pertencer.⁶⁷⁴

⁶⁷³DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 102. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 172-173.

⁶⁷⁴CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996. v. 1, p. 229-230.

A interpretação histórica das ações a cargo do Ministério Público é importante passo para que se conheça o caminho percorrido e se compreenda o modelo a que chegou na atualidade.

Parte-se do Código de Processo Civil, cujo art. 81 deu-lhe a função de órgão agente para interesses individuais ou coletivos. Segundo o Código de 1939, esse posicionamento não era expresso; e sim genérico, como quando podia requerer inventário e partilha, quando houvesse menores (art. 468); requeria a extinção de fundações (art. 654, caput); a dissolução de associações com atuação contrária à ordem jurídica (art. 670). Preponderava sua atuação processual como *custos legis*.⁶⁷⁵

Antes do advento da Lei 7.347/85, a Lei Complementar número 40/81 que estabelecia normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos Estaduais, no art. 3º, II e III referia à Ação Civil Pública e à Ação Penal Pública.

Em virtude disso, sustenta-se que essa nomenclatura se deveu às ações civis promovidas pelo Ministério Público como órgão agente, valendo lembrar que sob esse aspecto tanto são públicas as demandas para a defesa de direitos individuais indisponíveis, quanto coletivos.

A Lei 7.347/85 criou a possibilidade de se defenderem os interesses metaindividuais, difusos ou coletivos em sentido estrito. A Lei 8.078/90 manteve essa previsão e acresceu ao sistema os interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, c.c. arts. 83 e 117).⁶⁷⁶ Como a legitimação ativa para a defesa desses interesses não recai apenas sobre o Ministério Público a ação não é pública, até porque a garantia do art. 5º, XXXV da CF não poderia estar fechada aos demais legitimados. No entanto, a expressão ação civil pública é adotada em diversos atos normativos.⁶⁷⁷

A Lei de 1985 reveste-se de natureza preponderantemente processual, porque disciplina diversos institutos que lhe são inerentes, como foro, legitimidade, intervenção do Ministério Público, efeitos dos recursos, coisa julgada, execução, etc.

A multiplicidade de temas que interessam à coletividade e que irão constituir a *causa petendi* dessas demandas, ajuizadas especialmente pelo Ministério Público deve

⁶⁷⁵MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública*, cit., p. 17.

⁶⁷⁶João Batista de Almeida sustenta que o art. 91 do CDC criou a Ação Civil Coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, que não deve ser comparada com a Ação Civil Pública, cujo objeto é mais amplo, porque inclui os difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse público e relevância social. ALMEIDA, João Batista de. op. cit., p. 36.

⁶⁷⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, cit., p. 23-24.

partir de dupla análise: 1) Ações voltadas ao sancionamento do réu, tais as previstas na Lei 6.938/81, que criou a Política Nacional do Meio Ambiente; na Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa; na Lei 11.343/06, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas; 2) Ações fundadas em direitos previstos na legislação especial (Lei 8.069/90, Lei 8.078/90, Lei 10.741/03 etc.) e sob sua égide na própria Constituição Federal, quando possível aplicá-la diretamente. É o caso das Políticas Públicas, que portam os Direitos Sociais (capítulo III).

Portanto, há situações em que a Organização perquirirá a punição do agente. Em outras trabalhará com conceitos abertos, muitos extraídos da própria Carta da República (item 14).

O objeto dessas ações se identifica com o pedido, mediato e imediato, ou seja, respectivamente no bem da vida pretendido e na providência jurisdicional requerida.

Segundo o art. 3º da Lei 7.347/85, o autor poderá pleitear a condenação do réu em obrigações de dar dinheiro, fazer ou não fazer, cuja sentença se revestirá da força de título executivo, na forma do art. 475N, I do CPC.

À medida que os direitos de massa exigem o processo de massa, cada integrante da Organização é acionado para os mais diversos conflitos, cuja iniciativa pode ou não vir acompanhada do ajuizamento da respectiva demanda.

Ronaldo Porto Macedo Júnior menciona crítica colhida na Revista *The Economist* que leva à reflexão sobre o fenômeno da processualização desses direitos: “Legislation will be replaced by litigation, deliberation by legal threats” (“As leis serão substituídas por demandas, a deliberação por ameaças”).⁶⁷⁸

Há quem não veja qualquer anomalia nesse sistema colocando ditas ações como simples consectário do rol de direitos positivados pelo legislador constitucional.⁶⁷⁹

As dificuldades são evidentes. A começar pelos pedidos deduzidos segundo o modelo tradicional de processo, cujo teor quase sempre corre o risco de invadir a esfera de poder da administração, sob a falsa ideia de que o juiz tem melhores condições de decidir do que o Executivo, arena natural das políticas públicas. Por estar fundado em conceitos abertos, o processo de escolhas para o requerimento desses direitos fica a cargo do membro

⁶⁷⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 559.

⁶⁷⁹ ALMEIDA, João Batista de. op. cit., p. 73.

do Ministério Público, porque se supõe que a independência é incompatível com a interdependência. O Executivo deve prever no orçamento recursos para cumprir as ordens judiciais de urgência, além de cumpri-las tal como determinadas. A razoável duração do processo é meramente figurativa, em virtude do amplo lapso de tempo entre o ajuizamento e a sentença definitiva.

Tem-se apontado a crescente judicialização de direitos como uma das consequências do processo de democratização e adoção de Constituições democráticas, do tipo social, como Portugal (1976), Brasil (1988), Colômbia (1991), Paraguai (1992), etc. Citam-se, ainda, os pactos e convenções sobre direitos humanos, que também impõem compromissos aos seus signatários e aderentes.⁶⁸⁰

Esses conflitos de interesse público ou estratégicos a que já me referi na nota de rodapé número 02 conduz à experiência norte-americana dos anos 50, quando do julgamento *Brown vs. Board of Education of Topeka* quando se detectaram conflitos diferentes dos tradicionais, pelo fato de envolverem a coletividade e exigirem o debate com instituições e órgãos públicos.

Em 1986, Comparato tratou do tema da *public law litigation* e na sua avaliação o conflito que porta deve desembocar em sentenças menos jurisdicionais e mais normativas, incitando a magistratura no sentido de que sua postura deveria ser afinada com essas novas funções, o que estava a exigir a preparação dos juízes então preponderantemente neutros, “árbitros distantes e indiferentes de conflitos privados ou de litígios entre indivíduos e o Estado”.⁶⁸¹

Ada Pellegrini Grinover também tratou do assunto, e após concluir pela possibilidade do controle judicial das políticas públicas, inclusive sobre sua discricionariedade administrativa, até mesmo para avaliar o porquê das escolhas do administrador (finalidade, motivação, motivos, moralidade administrativa, legalidade) propõe um novo processo desse jaez: dialogal, com contraditório e cognição ampliada, democrático e inclusivo com a intervenção de terceiros e do *amicus curiae*, meios técnicos e que culmine com decisões mais abertas, por construir juntamente com a administração pública, por ele aprovado e executado paulatinamente sob sua tutela.⁶⁸²

⁶⁸⁰As outras duas consequências mencionadas são o ativismo judicial e a participação dos juízes na construção das políticas públicas. BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público, cit.

⁶⁸¹COMPARATO, Fabio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno, cit., p. 14-22.

⁶⁸²GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, cit., p. 20. A respeito confira-se o art. 2º, parágrafo único do Projeto de Lei nº 8.058/14.

Recentemente, sobreveio o Projeto de Lei 8.058/14 do Deputado Paulo Teixeira, de cuja Exposição de Motivos extraio a seguinte justificativa:

“É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública”.

Para o controle das políticas públicas o art. 2º do aludido Projeto de Lei previu os seguintes princípios: 1) proporcionalidade; 2) razoabilidade; 3) garantia do mínimo existencial; 4) justiça social; 5) atendimento ao bem comum; 6) universalidade das políticas públicas; 7) equilíbrio orçamentário.

Esse novo viés jurídico imporá à Instituição a necessidade de se adaptar, pois parece difícil que cada um dos seus integrantes consiga levar adiante suas tarefas sem uma atuação racional e integrada.

Muitos dos seus princípios entrelaçam-se uns com os outros e deles são dependentes. O mínimo existencial exigirá o equilíbrio orçamentário. A universalidade das políticas será a base para a justiça social e o bem comum.

Por conseguinte, reafirmo a proposta de que se atue coordenadamente, sob o triunfo de uma linha de condução consensual e consensuada, interdependente e não apenas liberal.

64. Orçamentos públicos. Conceito. Efeitos orçamentários

Não é sem razão que o Projeto de Lei 8.058/14, há pouco mencionado incluiu dentre os princípios a serem observados pelo juiz o do equilíbrio orçamentário do ente público contra o qual pesa a ausência da política.

Na mesma linha do que se vem sustentando ao longo do presente estudo, a indiferença à disponibilidade econômico-financeira para o pagamento de direitos e para a adoção das políticas configura-se em grave disfunção do sistema jurisdicional e da justiça.

Por definição, essa peça financeira deve conter normas sobre a previsão das receitas e a fixação das despesas, com o estabelecimento do orçamento fiscal, inclusive fundos,

órgãos e entidades da Administração direta e indireta, fundações, autorização de créditos suplementares e operações por antecipação de receita orçamentária.⁶⁸³

As receitas públicas são obtidas pela exploração patrimonial dos bens públicos (natureza patrimonial); da arrecadação tributária, por todas as suas espécies, impostos, taxas e contribuições (arts. 145 e 149 da CF).

Afirma-se que no Estado Democrático de Direito a tributação se constitui em importante instrumento social, pois por meio dela é que são viabilizadas as atividades políticas, administrativas e as ações de governo.

Assim, o orçamento público deixou de ser uma peça meramente contábil, de previsão da receita e fixação da despesa. Tornou-se, sim, mecanismo de controle social sobre as finanças públicas. Por meio dele se consegue detectar a política econômico-financeira e o programa de trabalho de determinado Governo. Segue, lembrando que, ao lado do art. 165, da CF há a Lei de Diretrizes Orçamentárias e o Plano Plurianual, por meio dos quais se consegue avaliar os mesmos propósitos governamentais.⁶⁸⁴

A arena processual como é hoje, apesar de ter se transformado em reiterado *locus* de discussão da ausência ou da insuficiência das políticas, é extremamente limitada e praticamente impede que seus sujeitos consigam traçar a melhor estratégia para determinada falta de direitos. É mais simples detectar a falha administrativa e tentar prover interesses individuais, do que entender os motivos pelos quais o Estado não atende satisfatoriamente este ou aquele direito social.⁶⁸⁵

O tema é extremamente arenoso, porque o exercício do poder constitucional das funções estatais não exclui a interferência do Judiciário na matéria. Ao contrário, o texto constitucional deixou francamente aberta suas portas para a discussão e deliberação sobre qualquer assunto.

⁶⁸³TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1.165-1.167.

⁶⁸⁴HENRIQUES, Elcio Fiori. In: CONTI, José Mauricio (Coord.). *Orçamentos públicos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 33.

⁶⁸⁵“... há quem, afirmando ser inquestionável a possibilidade de controle judicial diante do inciso XXXV do artigo 5º da CF, pondere que, como o comando constitucional faz referência a ‘lesão ou ameaça a direito’, o Judiciário somente tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. Excluem-se, portanto os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo”. JACOB, César Augusto Alckmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 247.

Parece-me mais fácil resolver tais deficiências com a obtenção de provimento jurisdicional para um só indivíduo, mas essas demandas individuais se tornaram tão repetidas que o orçamento público acaba comprometido. Ao lado disso, o velho processo tradicional já não mais atende as justas expectativas de uma justiça célere e segura.

A doutrina concorda que todo direito tem um custo, havendo quem exclua até mesmo a concessão de direitos sociais, se não houver recursos.⁶⁸⁶

Observo, porém, que a atividade prestacional se bifurca em duas correntes: 1) a de que a falta de recursos impede o pagamento do direito fundamental; 2) a de que sua existência é pressuposto para o seu deferimento.

Recomenda-se a adoção dessa última orientação, pois não se haveria de vetar a atividade estatal com fundamento em um único orçamento. A atividade arrecadatória é permanente, de maneira que em outro exercício financeiro a despesa poderá ser prevista e realizada.

Com base nesse posicionamento a doutrina traz o entendimento de que:

“(...) não é propriamente a ‘exaustão da capacidade orçamentária’ que impede a realização de um determinado direito subjetivo fundamental (embora isso também seja possível). O referido argumento usualmente presta-se a encobrir as trágicas escolhas que tenham deixado de fora do universo do possível a tutela de um determinado bem invocado na qualidade de ‘direito’ fundamental”.⁶⁸⁷

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado favoravelmente à concessão de benefícios sociais, sob o fundamento de que o Estado não pode se furtar em dar concretude às normas programáticas, pena de elas se tornarem promessa constitucional inconsequente. Para permitir a prestação, afasta a necessidade de licitação, assim como o da previsão orçamentária.

O julgado teve como relator o Ministro Celso de Mello, do qual destaco o seguinte tópico:

“(...) Por derradeiro, a licitação não se faz necessária para a aquisição dos medicamentos, pois ela é dispensada nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência do atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometer a segurança das

⁶⁸⁶JACOB, César Augusto Alckmin. op. cit., p. 251-252.

⁶⁸⁷GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 235.

peessoas. Também com estes argumentos afastam-se as assertivas de inexistência de previsão orçamentária”.⁶⁸⁸

Em precedente do Superior Tribunal de Justiça, ao examinar Recurso Especial do Estado do Rio de Janeiro que pleiteava a anulação de acórdão para lhe permitir produzisse prova de que não tinha disponibilidade orçamentária para o cumprimento de obrigação de fazer consistente em suprir as carências do Hospital Carlos Chagas e a implementação de medidas hábeis à obtenção de equipamentos e contratação de pessoal, cuja necessidade foi apurada em inquérito civil do Ministério Público local, o Min. Luiz Fux, hoje no Supremo Tribunal Federal pontuou:

“... à luz da jurisprudência de resultado, imperioso o acolhimento do recurso especial para que na instância *a quo* se faça quiçá não só a prova, mas que se tenha efetivamente o decurso de tempo necessário para implementação dessas políticas públicas”.⁶⁸⁹

Nessa linha, sustenta-se que a reserva do possível deve ser focada sob os aspectos fático e jurídico. Aquele deve ser examinado para se aferir se há dinheiro para fazer frente à determinada despesa, pois se não houver não há como se exigir determinada prestação positiva, materializada na obrigação de fazer. O outro deve levar em conta a previsão orçamentária. Em não havendo, qualquer pretensão esbarraria na impossibilidade jurídica.⁶⁹⁰

A investigação científica conduz a um outro dado preocupante, o do contingenciamento de recursos como meio de assegurar o superávit primário e os acordos estabelecidos com instituições financeiras multilaterais, tido como política econômica do Governo Federal.

Isso leva a uma técnica de contenção de gastos até certa época do exercício fiscal, para se priorizar o pagamento de juros da dívida pública. Após, os recursos são liberados

⁶⁸⁸ AgRg 271.286-RS, Informativo nº 210.

⁶⁸⁹ REsp nº 783.185/RJ, j. em 24/04/2007, DJ 13/12/2007.

⁶⁹⁰ “Em geral, costuma-se analisar a ‘reserva do possível’ sob dois prismas até certo ponto complementares: o fático e o jurídico. Do ponto de vista dos fatos, não seria possível exigir uma prestação positiva do Estado, se não há, de fato, materialmente, dinheiro em caixa. Nestes casos, a propósito, não há direito que se faça valer, já que não há Direito se não houver alternativa. Trata-se da velha máxima romana: *ad impossibilia nemo tenetur ou impossibilium est* (Celso, D. 50, 17, 185).

Já a impossibilidade jurídica é aquela baseada na falta de previsão orçamentária, dentro do sistema vigente, para o gasto com este ou aquele direito”. JACOB, César Augusto Alckmin. op. cit., p. 252.

em prejuízo das políticas que deviam ter tido seguimento ou sido implementadas ao longo do tempo.⁶⁹¹

Outro problema verificado com a Lei Orçamentária Federal nº 11.100/05 foi a insuficiência na execução dos programas autorizados ao longo desse exercício fiscal. Em 28 de dezembro de 2005 nem 10% da dotação orçamentária havia sido paga. Tal se deveu à “frustração reiterada de agendas orçamentárias discutidas, aprovadas em lei, mas apenas minimamente executadas”.⁶⁹²

Tanto um quanto outro são problemas de ordem técnica que exigem do *Parquet* conhecimento especializado, que o levarão cada vez mais a dialogar com a administração pública, a investigar e a se conformar com um sistema de trabalho integrado e policêntrico.

65. Tutela judicial de emergência

A busca pela tutela jurisdicional está diretamente ligada à não realização do direito material, criado para disciplinar as relações entre os indivíduos ou entre eles e o Estado.

A atividade judicial não prescinde da cognição (capítulo IV), que pode ser plena e exauriente ou sumária e não exauriente, baseada no risco da demora na prestação de direito material e na verossimilhança (probabilidade).

De qualquer maneira, as medidas de urgência existem para abrandar o risco da demora do julgamento de mérito, conspiratórias ao verdadeiro detentor do direito substancial e à efetividade do processo.

Exceto nas situações em que a tutela baseada em cognição sumária se tornou definitiva, pela conformação das partes com o seu resultado ou pela coisa julgada que se aderiu à decisão, os métodos de cognição plena devem sempre se seguir aos não exaurientes.

Há quem sustente que os provimentos cautelares devem ser estudados do ponto de vista da tutela jurisdicional, sendo indiferente quando concedida em processo autônomo ou

⁶⁹¹“As consequências desse contingenciamento preventivo foram observadas no ano de 2003, quando foram executados R\$ 120,2 bilhões em 19 dias, e em 2004 quando foram executados R\$ 90,0 bilhões em apenas 15 dias, sempre no final do exercício fiscal. Todo começo de ano há interrupção na execução das políticas para nos últimos dias do mês de dezembro haver liberações exorbitantes de recursos”. PINTO, Élica Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre execução orçamentária. In: FORTINI, Cristiane; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 83.

⁶⁹²Id. Ibid., p. 77.

em incidente de uma ação principal, incluídas as decisões antecipatórias. Esse acautelamento será sempre instrumental ao processo em que o direito substancial é debatido com vistas à futura sentença de mérito.⁶⁹³

Ontologicamente distingue-se liminar de cautelar.

Enquanto a primeira constitui-se em uma decisão tomada no início ou durante o processo, na qual se incluem as antecipatórias de tutela, podendo ensejar pronta execução (mandado de segurança, possessórias, despejo), a última vem estruturada em um processo cautelar (Livro III do CPC), baseado na emergência.⁶⁹⁴

Há quem considere impróprio entender as antecipações de tutela como espécie do gênero liminar. Enquanto esta quase sempre deve ser concedida no limiar da relação processual, a outra pode ser deferida após a fase postulatória e até mesmo quando o processo estiver em segundo grau de jurisdição.⁶⁹⁵

As liminares do processo cautelar e as antecipatórias adiantam efeitos da sentença de mérito, mas somente aquelas asseguram a eficácia, leia-se o conteúdo, de futura sentença (caráter instrumental). As outras operam em verdadeiro adiantamento do resultado do julgamento de mérito ou de parte dele.

As liminares e as antecipatórias apresentam as características da provisoriedade, da revogabilidade e da satisfatividade. Esse regime está assentado na própria cognição não exauriente e também no *fumus boni juris* e na verossimilhança⁶⁹⁶ de que, respectivamente, se revestem. Ao contrário a liminar deferida em processo cautelar ostenta a característica da não satisfatividade, em virtude da função de apoio ao processo principal de que se reveste.

A Lei 7.347/85 previu as duas espécies de medidas de urgência, cautelares (art. 4º) e liminares, com ou sem justificação prévia (at. 12).

O art. 273 do CPC também se integrou ao sistema do processo coletivo, devidamente autorizado pelo art. 19 da Lei 7.347/85. Da mesma maneira o art. 461 § 3º do CPC que trata da tutela específica, pois considerada espécie do gênero antecipação.

⁶⁹³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 120-125.

⁶⁹⁴MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, cit., p. 217.

⁶⁹⁵LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 148.

⁶⁹⁶“(rectius, probabilidade da existência do direito)”. Id. Ibid., p. 150.

A doutrina sinaliza para a prevalência da efetividade do interesse metaindividual lesado ou ameaçado de lesão, de maneira que esse regime preponderará sobre a cognição não exauriente e a resistência meramente formal oferecida pelo sujeito passivo, apesar das disposições dos arts. 302, I e 351 do CPC.⁶⁹⁷ Por conseguinte, a obrigação de fazer ou de não fazer é o meio mais efetivo para a recomposição do bem. Excepcionalmente, admite-se sua conversão em reparação.⁶⁹⁸

Outro fundamento geral para a concessão liminar da tutela pretendida é o da sua conveniência, a ser examinada com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Cumpre citar o sistema do *balance of convenience* da *common law*, pelo qual o juiz comparará os possíveis danos que poderão ocorrer com o acolhimento ou com a rejeição do pedido. “Apenas se concluir pela existência de equilíbrio irá ele analisar as razões apresentadas para obtenção da medida provisória”. E, a concessão da liminar sem a oitiva da parte contrária é excepcional, assim como se requerida antes do processo.⁶⁹⁹

Há que se lembrar da existência da Lei 8.437/92 sobre a qual pairam críticas doutrinárias em virtude de violação ao acesso à jurisdição e à isonomia de tratamento que deveria existir entre a Fazenda Pública e o indivíduo, quando figurarem como réus em ação coletiva.⁷⁰⁰

Esse ato normativo faz restrições à concessão da liminar em desfavor do poder público quando: 1) providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança; 2) quando esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação; 3) não tiver sido ouvido o representante da judicial da pessoa jurídica de direito público no prazo de 72 horas.

Fixadas essas premissas, é preciso lembrar que o integrante do Ministério Público age premido pelo direito substancial coletivo que lhe cabe defender, e *mutatis mutandis*, da mesma maneira que defende o interesse individual. Some-se o princípio da obrigatoriedade, contrário ao da oportunidade (item 05).

Talvez esses sejam os primeiros, mas não os únicos elementos motivadores da sua decisão, baseada nos mecanismos e objetivos constitucionais e de investigação de que já se tratou nos capítulos I e IV.

⁶⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, cit., p. 219.

⁶⁹⁸ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 314. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 294-295.

⁶⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, cit., p. 58. DINAMARCO, Pedro da Silva. op. cit., p. 314.

⁷⁰⁰ “Os dispositivos padecem se má técnica legislativa e ostentam visível inconstitucionalidade”. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 299.

Nessa trilha é intuitivo que o sucesso na obtenção de liminares, antecipatórias ou liminares cautelares está diretamente ligada ao desempenho do agente e da qualidade da prova que irá produzir, seja preparando demanda futura, seja no decorrer ou *ab initio* da relação processual, como já constou no estudo sobre provas. Nesse sentido, é preciso identificar a inobservância das regras de conduta, para que o juiz a declare e a faça atuar.⁷⁰¹

Limitar o entendimento de que prova se destina exclusivamente ao juiz para a formação do seu convencimento é deixar de lado o outro lado do problema, consistente na formação da prova antes e fora do processo.⁷⁰²

Com base nesse fenômeno é certo afirmar que o sucesso no deferimento das medidas de urgência dependerá da prova obtida, unilateralmente ou não, conforme o emprego dos princípios do contraditório no inquérito civil, que se recomenda (item 33.3).

No entanto, o que chamei de desempenho é conceito absolutamente fluido. Promotores e procuradores podem traçar a linha de atuação que entenderem, o que de certo levará ao sucesso ou ao prejuízo do interesse que lhe cabem defender.

O reverso seria uma organização diferente, em que a Instituição participasse mais ativamente dos processos de escolha dos promotores e procuradores, com a inserção de um verdadeiro sistema de produção de provas no inquérito civil, como se tentou demonstrar no capítulo IV, a exemplo do que sucede na Argentina onde o Procurador-Geral e o Defensor-Geral da Nação, ambos do *Parquet*, estão autorizados a expedir regulamentações gerais e particulares que assegurem à Instituição o cumprimento de objetivos importantes e uniformes.⁷⁰³

No caso abaixo citado, parece estar presente a ausência de racionalização institucional, cujo pedido foi assim deduzido (Ação Civil Pública número 1003386-62.2014.8.26.0347 da Comarca de Matão, Estado de São Paulo):

⁷⁰¹LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., v. 1, p. 19.

⁷⁰²No conceito de prova pré-constituída para integrar processo futuro “ora se entende tratar-se da prova preparada preventivamente, em vista de possível necessidade em futuro processo; ora se entende tratar-se da prova formada e existente fora e antes do processo (o que – adiante-se – parece mais exato, se considerado que o processo aí referido é aquele cujo objeto é a declaração do direito); ora se considera a participação das partes como elemento relevante para sua configuração, a ponto de se falar em prova ‘semi-pré-constituída’ para referir aquela cuja formação contou com apenas uma das partes envolvidas”. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 26-27.

⁷⁰³ARDUINO, Ileana; LITVACHKY, Paula; MAXIT, Margarita O Ministério Público na Argentina, cit., p. 266.

“(…)

Em caráter provisório, diante da verossimilhança das alegações e do receio de dano irreparável ou de difícil reparação à saúde dos pacientes que a demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva poderia acarretar, obrigar **EM TUTELA ANTECIPADA** ao Governo do Estado de São Paulo o atendimento integral em neurocirurgia (transporte, alimentação, consultas, medicamentos, exames, cirurgia e pós-operatório), nos seguintes prazos:

1) no prazo máximo de 10 (dez) dias, dos 09 (nove) pacientes de Matão, e dos seis (seis) de Dobrada, que aguardam prioritariamente o agendamento de neurocirurgia, conforme relação que segue abaixo, incluindo novos casos que vierem a ocorrer a partir da distribuição da ação (...);

2) no prazo máximo de 20 (vinte) dias, dos 19 (dezenove) pacientes que aguardam agendamento em neurocirurgia, conforme relação que segue abaixo, incluindo novos casos que vierem a ocorrer a partir da distribuição desta ação (...);

3) no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, dos 67 (sessenta e sete) pacientes que dependem de avaliação e têm indicação de neurocirurgia, conforme relação que segue abaixo, incluindo novos casos que vierem a ocorrer a partir da distribuição desta ação (...).”

A antecipação foi integralmente deferida pelo juízo.

Não é o caso de adentrar ao mérito de ambas as iniciativas, nobres por excelência. Contudo, o sistema não atende aos fins a que o processo se propõe, qual seja o da efetividade.

Na espécie, houve escolhas de prioridade, prazo, várias e custosas obrigações de fazer, com a consequente formação de expectativas no grupo de pacientes, que dependerão do cumprimento da ordem, se e como possível.

Apesar das antigas advertências da doutrina, parece que ainda não se conseguiu compreender os conceitos dos conflitos de interesse público x conflitos de interesse individual.

Nesse sentido:

“As transformações no direito processual são significativas da emergência de um novo modelo de litigância civil, de crescente influência em nossos dias. Com isso, ‘nossa concepção tradicional de adjudicação e as assunções sobre as quais ela é baseada oferecem um modelo crescentemente sem utilidade, verdadeiramente desorientado, para avaliar tanto a operacionalidade como a legitimidade dos papéis do juiz e do sistema jurisdicional’”.⁷⁰⁴

⁷⁰⁴ SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica, cit., p. 48.

Em razão disso, se vem chamando a atenção para a existência de um novo processo, fundado em conflitos de interesse público ou estratégicos (v. nota 02). Sua realização é diferente de uma simples controvérsia existente no processo onde os seus sujeitos se submetem à solução adjudicada pelo juiz, em que os interesses do perdedor se submeterão aos do vencedor.

Essa disfunção do processo poderá levá-lo a consequências negativas e ao seu descrédito, porque dificilmente se conseguirá realizar o direito material pela via ortodoxa, com todos os riscos inerentes ao tratamento desigual entre iguais, princípio fundamental que ao *Parquet* cabe zelar (art. 5º, *caput* da CF).

66. Sentença

Dentre os institutos fundamentos do processo, diz-se que o da jurisdição está ao centro, enquanto os demais, ação, defesa e processo gravitam ao seu redor.⁷⁰⁵

Na Teoria Geral do Processo o exercício da jurisdição, da qual a sentença é uma das suas manifestações, talvez das mais importantes, é possível verificar que se apresenta como ato jurídico processual e documento.

Como ato, comprova a vontade do Estado-juiz, ou seja, dos agentes da jurisdição, e como documento porta o conteúdo dessa manifestação, segundo os métodos processuais desenvolvidos, os outros fundamentos do processo.

Portanto, peça escrita e manifestação de vontade do julgador formam os elementos da sentença.⁷⁰⁶

Essa clássica visão, baseada no fato de que nela se condensam a reconstrução dos fatos sob a presidência do juiz, a verificação do direito aplicável e a súmula conclusiva com os seus capítulos,⁷⁰⁷ cedeu lugar na legislação pátria a outro fenômeno tão ou mais importante, qual seja, o da realização prática do direito material. O dever ser que até então se manteve em prejuízo do autor, pela insatisfação do seu interesse transmutará para o

⁷⁰⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 88, p. 147, nov. 2006.

⁷⁰⁶ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 227. NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*, cit., p. 235.

⁷⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos da sentença*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 31-35.

mundo do ser (acesso à ordem jurídica justa), o que também é preconizado pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos.⁷⁰⁸

A sentença deve obediência ao princípio da congruência ou da correlação. Significa que, uma vez deferida a demanda porque presentes os pressupostos para o julgamento do mérito, o juiz estará compelido a decidir nos limites propostos pelo autor, nem para mais, nem para menos.⁷⁰⁹

Contudo, em se tratando de condenação em obrigação de fazer ou de não fazer, a obrigação específica poderá se constituir ou ser convertida no resultado equivalente, o que é entendido pela doutrina como certa mitigação do princípio da correlação (art. 461, *caput* do CPC).⁷¹⁰ Em se tratando de processo coletivo caberá ao juiz interpretar o pedido de acordo com o interesse da coletividade, marcadamente indisponível.⁷¹¹

Ao discorrer sobre o objeto do processo, a que também chamou de mérito, Buzaid distinguiu entre relação material e lide, mas assentiu que no processo esta pode incorporar aquela.⁷¹²

Em virtude dessa conexão é possível afirmar que a sentença refletirá o que for pedido. O objeto do processo reclama o bem da vida faltante ou resistente, ou seja, o que se obterá em eventual sentença de procedência.

⁷⁰⁸ Il n'est donc pas suffisant qu'un État prévoit, dans sa législation, un droit d'accès aux tribunaux, si ce droit n'est pas garanti aux justiciables, dans le vécu quotidien et concret de sa relation avec la justice. Par la suite, la Cour européenne a insisté sur la nécessité de tenir compte, dans l'appréciation de l'effectivité des droits de l'homme, des droits économiques et sociaux comme prolongements des droits civils et politiques" ("Não é suficiente que um Estado preveja, na sua legislação o direito de acesso aos tribunais, se este direito não for garantido aos jurisdicionados, na realidade cotidiana e concreta da sua relação com a justiça. Em seguida, a Corte europeia insistiu sobre a necessidade de levar em consideração, na apreciação da efetividade dos direitos humanos, os direitos econômicos e sociais como prolongamento dos direitos civis e políticos"). GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*, cit., p. 657.

⁷⁰⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 2, p. 311.

⁷¹⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 302-303.

⁷¹¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 184.

⁷¹² Lembrou que "há processos em que o seu objeto é não uma relação jurídica, mas a verificação de um fato: a autenticidade, ou a falsidade de um documento (CPC, art. 2º, parágrafo único). Há processo ainda que tem conteúdo puramente processual: homologação de sentença estrangeira (CPC, art. 785 e segs.). Não se pode, a vista disso, dizer que o objeto do processo seja a relação jurídica, ou a sua litigiosidade. Este conceito só parcialmente seria exato e em qualquer hipótese não é unitário, deixando de abranger a totalidade de questões que se apresentam como objeto do processo civil. Seria errôneo, portanto, identificar a relação jurídica com o mérito da causa". BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 102-103. DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, cit., p. 296.

Deve ser lembrado que o art. 3º da Lei 7.347/85 previu a possibilidade de condenações em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer. E, o seu art. 13 estabeleceu a existência de um fundo para receber o produto desses recursos, o que também é extraído do art. 461 § 1º do CPC.

A interpretação desses dispositivos leva à conclusão de que é preferível a obtenção da prestação específica nas obrigações de fazer, à condenação em dinheiro.

Quaisquer ações são admissíveis para a tutela dos interesses metaindividuais como expressamente constou do art. 83 da Lei 8.078/90, aplicável a todo o sistema de defesa desses direitos como previu o art. 21 da Lei 7.347/85.

Logo, admitem-se todas as espécies de sentenças, declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas, mas se reconhece que haverá maior incidência de provimentos cominatórios. Mancuso também alerta ser preferível nesse campo a teoria quinária dos provimentos, classificação proposta por Pontes de Miranda.⁷¹³

Esse modelo tem apresentado alguns inconvenientes.

Sua aplicação às ações promovidas em face de um indivíduo ou de uma pessoa jurídica de direito privado não pode ser comparada àquelas em que o poder público figurar no polo passivo.

Os contornos que envolvem os interesses no direito privado não são os mesmos que os envolvem no direito público. Lá, o indivíduo pode fazer tudo que a lei não proíbe; aqui o agente deve fazer apenas o que a lei determinar.

Cessar a atividade nociva ao meio ambiente pelo agricultor e implantar a rede de saneamento básico em um município, seguramente são comandos que não se comparam entre si. É que para o seu cumprimento se deve obedecer ao regime jurídico a que cada qual se acha inserido.

Não se nega a possibilidade de acionamento do poder público para sua condenação em obrigações de fazer ou de não fazer, pois o sistema processual não o impede. Todavia, nesse caso a respectiva sentença deveria conter todos os requisitos para a realização do direito material, inclusive a existência de disponibilidade orçamentária⁷¹⁴ – o que

⁷¹³MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, cit., p. 290. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 304. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 5, p. 49-64.

⁷¹⁴LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 292-293.

dependerá da verticalidade da cognição, para o que o investigador deverá atentar antes mesmo do ajuizamento da demanda, no inquérito civil.

Sobre o tema, vem se afirmando e confirmando o estudo dos conflitos de interesse público, ou seja, de que as respectivas sentenças condenatórias têm se apresentado herméticas - rígidas e fixas, de cumprimento difícil, senão inexecutável.⁷¹⁵

A ausência dessa distinção tem levado o processo a resultados indesejados, à baixa efetividade, porque não é possível se tratar uma e outra coisa da mesma maneira. *De lege ferenda* é desejável a adoção de mecanismos que evitem o sacrifício do Estado para soluções de difícil implementação, para se por em prática sistema de maior efetividade. Caso contrário, o representante do *Parquet* favorecerá o anacronismo, em um sistema pouco eficiente e avesso aos interesses que lhe cabe tutelar (itens 04 e 05).

Esse também o ensinamento de Sérgio Arenhart, para quem as decisões estruturais⁷¹⁶ se ligam a critérios de ponderação entre a imposição judicial e as condições em que o poder público ou mesmo o particular ostentam para a realização do seu comando.

A rejeição a esse critério, em se adotar decisão mais flexível, onde se aceita manejar o tempo e o modo do seu cumprimento poderá acarretar um problema muito maior do que o próprio conflito que a ensejou.⁷¹⁷

A Corte Suprema de Justiça da Colômbia, ao apreciar Ação de Amparo para a proteção de direitos fundamentais do grupo de presos da Penitenciária de Armenia, reconheceu que a população carcerária estava abaixo da linha da dignidade humana em virtude do excesso de pessoas – 663 internos (quando a capacidade era para 284); falta de recursos humanos e estrutura física inadequada. Assim, expediu ordem ao Ministério da Justiça e ao Inpec (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario) para:

⁷¹⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, cit., p. 19.

⁷¹⁶“...medidas estruturais, que são forma de decisão judicial em que é necessária alguma alteração institucional. Disso decorre decisões que se protraem no tempo, implicando vários atos judiciais em sequência e uma grande intervenção na estrutura de entes públicos e privados”. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

⁷¹⁷“Decisões contra o Poder Público, por exemplo, exigirão a ponderação sobre a efetiva condição da Administração Pública em realizar o comando judicial, em que tempo e de que modo. Provimentos que imponham fardo muito grande a réu particular, em geral, deverão atentar para as consequências do cumprimento, que podem levar à falência de uma empresa, à sua exclusão do mercado ou mesmo à inviabilidade concreta do atendimento à determinação judicial”. ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit., p. 394 e 398.

Dentro das suas competências, de forma coordenada entre ambos e com os demais órgãos encarregados do seu cumprimento apresentassem: 1) plano de trabalho em um mês; 2) adotassem medidas necessárias para a reforma do prédio do estabelecimento carcerário em dois anos, e se o caso fosse construído um novo em três anos; 3) incrementassem o corpo de funcionários do presídio; 4) transferissem os presos para estabelecimentos que lhes pudessem assegurar condições dignas de internação.⁷¹⁸

Em julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Ação Coletiva ajuizada pelo Ministério Público para a contratação ou nomeação de profissionais da saúde – médicos e técnicos para o Hospital Salgado Filho ocorreu o que aqui se está buscando demonstrar. Improcedente em primeiro grau, o Tribunal deu provimento ao recurso do *Parquet* e condenou a Fazenda Pública a tais obrigações de fazer, para o que foi compelida, de acordo com relatório da Secretaria Estadual de Saúde a abrir concurso para a contratação de 79 médicos de várias especialidades; 03 dentistas; 89 enfermeiros e 112 técnicos e auxiliares de enfermagem. O recurso foi julgado com fundamento em dados obtidos doze anos antes, de maneira que, como observou Ada Pellegrini Grinover:

“as circunstância fáticas, jurídicas, econômicas e até jurídicas podem ter se alterado, sendo irrazoável que a condenação engesse a atuação da administração conforme se apresentava 12 anos antes, impondo uma obrigação de fazer que pode não corresponder à atual necessidade. Aqui, mais uma vez, vem a pelo a ‘proibição do excesso’, contida no princípio da proporcionalidade”.⁷¹⁹

A diferença entre ambas as decisões é manifesta, como acima constou. Enquanto o Judiciário Colombiano decidiu para o futuro, permitindo aos órgãos competentes do setor executivo do Estado cumprir o mandamento em conformidade com o decidido e com a realidade atual, no caso do Judiciário Fluminense se decidiu para o passado, cujos dados seguramente não mais correspondiam às condições do momento da execução do julgado.

Essa disfunção favorecerá a que os conflitos remanesçam e se eternizem, podendo levar a um círculo vicioso de sucessivas ações e decisões judiciais.

Em torno do assunto, mais uma vez chamo a atenção do leitor para o Projeto de Lei 8.058/14 apresentado à Câmara Federal (já referido no item 63), cujo art. 18 propõe sentença com comando mais flexível, prolatada em um sistema voltado a lhe dar maior

⁷¹⁸Ata número 106 de 27/03/2012.

⁷¹⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, cit., p. 14-15.

efetividade, pois se previu a possibilidade de alterações voltadas às peculiaridades do caso concreto (art. 20).

Caso aprovada, a futura espécie normativa exigirá o controle judicial da execução da políticas pública, cabendo ao Ministério Público acompanhar seu cumprimento, do planejamento à concretização (arts. 18 § 3º e 19). A adequada coordenação com órgãos técnicos e demais integrantes da Instituição se mostrará essencial, pois os benefícios poderão ser de interesse de mais de uma comarca ou seção judiciária.

67. Execução imediata. Execução diferida. Inexecução

Seguindo a corrente doutrinária da efetividade, ou seja, de que o processo deve ser utilizado como instrumento para a realização plena do direito material, a execução da sentença coletiva segue o sistema adotado pelo art. 15 da Lei 7.347/85, quanto à legitimidade e o do CPC, o do processo sincrético (art. 19 da Lei 7.347/85).

A reforma operada na legislação processual por força da Lei 11.232/05 levou a doutrina a afirmar que o ponto de estrangulamento não é mais o da eliminação da incerteza, cuja sentença punha fim ao processo com o exame do mérito, e sim o cumprimento do comando nela contido, ou seja, a efetivação do direito substancial.

Como o Estado atribuiu a ele a competência para a eliminação das crises de direito material, nada mais razoável que se revista de instrumentos suficientes para sua realização.⁷²⁰

A doutrina lembra que o sincretismo conhecimento/execução não impediu que no arco procedimental se adotem atos práticos e materiais para a entrega do bem ao seu titular.⁷²¹ Dessa afirmação, é possível intuir que a sentença deve se revestir de fundamentos suficientes para, quando se estiver na fase executiva, se obtenha o máximo proveito dela para a eliminação do conflito que lhe deu origem.

Com tal assertiva, conectam-se as atribuições do autor da ação aos escopos do processo.

Significa que quando o legitimado para as ações coletivas deduz pretensão compatível e adequada ao seu cumprimento estará cooperando com a efetividade do

⁷²⁰“A preocupação do processualista deve voltar-se para a efetividade dos meios destinados à realização prática da tutela jurisdicional destinada a eliminar o inadimplemento de uma obrigação, seja lá o nome que se lhe dê”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 566.

⁷²¹LUCON, Paulo Henrique dos Santos. op. cit., p. 154.

processo, e, pois, com as missões que lhe foram traçadas pelo legislador ordinário/constitucional.

Do contrário, se obterá sentença de difícil cumprimento, ou até mesmo inexecutível, em prejuízo da coletividade e do erário em virtude dos custos que disso advirão. Por conseguinte, tal legitimado não terá se desincumbido das tarefas que lhe são exigidas.

A execução nas obrigações de fazer e de não fazer devem seguir o art. 461; as sentenças que contenham obrigações de entrega de coisa o art. 461A e as que determinam o pagamento de quantia os arts. 475I a 475R, todos do CPC.

Portanto, a execução específica visa a recomposição do bem coletivo lesado ou ameaçado de lesão. O destino do produto das condenações em pecúnia será o fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85, exceto quando se estiver diante de interesse individual homogêneo, cujos indivíduos poderão dela se beneficiar individualmente (art. 97 do CDC).

Reconhecida a interdependência entre os integrantes do Ministério Público, seja na ida, quando promovem os seus deveres constitucionais, seja na volta, quando em juízo obtêm ou não a tutela pretendida ou quando contam com a concordância do investigado com o ajuste de conduta, é preciso voltar ao problema dos conflitos estruturais, o *complex litigation* de que trata o direito norteamericano.⁷²²

Parece-me claro que a exequibilidade das decisões coletivas tal como lembrado anteriormente, em um sistema habituado ao tratamento dos conflitos privados ou inter-partes se apresenta bastante prejudicada, senão inexecutível, se se pensar naquela espécie de litígio.

Para seu melhor tratamento é necessário lembrar o estudo de Owen Fiss, para quem se faz necessário uma reforma estrutural, a reestruturação de órgãos para o devido enfrentamento das operações de grande porte.⁷²³ Nesse sentido, aduz Carlos Alberto de Salles que o escopo dessa espécie de processo é o de reestruturar importantes instituições sociais, com o objetivo de se alcançarem valores e objetivos públicos, em uma visão sociológica capaz de se atingirem suas causas.⁷²⁴

⁷²²SEDLACEK, Frederico D. *Nuevas herramientas para la ejecución de sentencias em litígios estructurales: el Case Management anglosajón y la cosa juzgada dinámica*, cit., p. 1.

⁷²³FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.

⁷²⁴Id. Ibid., p. 9.

O tratamento adequado desses conflitos também é defendido pela doutrina argentina, pois não há como se exigir que a sentença nessa espécie de conflito seja cumprida imediatamente, logo após a sentença.

O diferimento da execução ao longo do tempo é uma das suas características, devido à necessidade do gerenciamento do caso (*case management*) pelo juiz, que não prescindirá de técnicas, mecanismos legais e convencionais na sua condução. O método dialogal parece ser de extrema importância nesses casos, pois o juiz deverá antecipar-se no seu controle, delimitar as questões debatidas, fixar prazos, planejar os passos seguintes e limitar no tempo as provas que se fizerem necessárias.⁷²⁵

Nessa mesma perspectiva de que ao juiz deve se permitir medidas mais flexíveis para a realização do direito material, o art. 18, II do PL 8.058/14 previu a possibilidade de determinar a inclusão em orçamento futuro ou através da abertura de créditos adicionais no do ano em curso (art. 18, II do PL 8.058/14).

No sistema vigente, para a inexecução das decisões contidas nas sentenças coletivas apontam-se as seguintes consequências: a) multas diárias; b) violação à Lei 8.429/92; c) crime de responsabilidade; d) intervenção no Estado ou no Município; e) desobediência, por infração ao art. 330 do CP.

Ao particular aplicam-se as multas e a desobediência, ao passo que os agentes e entes públicos que descumprirem as decisões podem incorrer em todas elas.

É o que recomenda a doutrina.⁷²⁶

Em vários julgados o Tribunal de Justiça de São Paulo vem entendendo que o descumprimento poderá implicar em desobediência ou em improbidade. É certo, porém, que uma ou outra consequência dependerá do exame que se fizer, caso a caso.⁷²⁷

⁷²⁵SEDLACEK, Frederico D. op. cit., p. 2. Confira-se, ainda, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, cit., p. 20. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, cit., p. 402.

⁷²⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, cit., p. 140-143. FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 345-347.

⁷²⁷TJSP, Apl. nº 4000323-98.2013.8.26.0286, rel. Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza. j. em 24/11/2014; Apl. nº 0017138-30.2013.8.26.0032, rel. Des. Marrey Unt, j. em 04/11/2014; Apl. nº 0013918-09.2013.8.26.0037, rel. Des. Marrey Unt, j. em 04/11/2014;; Apl. nº 278.801-5/8-00, rel. Magalhães Coelho, j. em 26/04/2005.

As multas endereçadas ao indivíduo ou à pessoa jurídica privada tem um peso diferente das que são impostas às fazendas públicas. Nesse caso, quem suportará o encargo é a própria comunidade, a quem pertence o dinheiro público. Além disso, tem que pagar pela inação do agente que não se desincumbiu do seu encargo.

Por outro lado, a jurisprudência tem reiterado o entendimento de que para o aperfeiçoamento do ato de improbidade do art. 11 da Lei 8.429/92 é necessária a comprovação do dolo.⁷²⁸

Da mesma maneira, o crime de responsabilidade.

Ainda, já se decidiu não haver desobediência quando a ordem for descumprida pelo agente público no exercício da função (RTJ 103/139, RT 567/397 e 519/417). Pode haver prevaricação (RT 527/408).

68. Rejeição pelo Legislativo

Talvez o presente ponto seja fruto de mero preciosismo, mas que não pode passar ao largo da preocupação com um sistema lógico, como é o da teoria da separação e da harmonia entre os poderes, para os quais a instituição deve obediência.

Dei ênfase aos processos de interesse público, cujas consequências têm reflexo direto na atuação do administrador e do legislador. Este é provocado por aquele para a aprovação de determinada política, em cumprimento à decisão judicial imunizada pela coisa julgada.

Ocorre que, o Legislativo não pode deixar de aprovar a proposta legislativa enviada pelo Executivo, pois isso implicaria em negar cumprimento ao princípio inscrito no art. 2º da CF, para o qual os poderes estão vinculados.

A teoria da divisão de poderes, cunhada no período setecentista e oitocentista objetivou combater o absolutismo que imperava, quando vingou a ideia de *Montesquieu*, conforme estudado anteriormente.

⁷²⁸“Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, como visto, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente”. STJ, AgRg no REsp 1352541/MG, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 05/02/2013, DJe 14/02/2013; AgRg no REsp 1223106/RN, 2ª T., Rel. Min. Og Fernandes, j. em 21/10/2014, DJe 20/11/2014; TJSP, Apl 0001620-05.2013.8.26.0483, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. em 03/11/2014.

No entanto, é preciso chamar a atenção para o repúdio que se faz à ideia da mera divisão de funções, como se os poderes fossem estranhos e isolados entre si.

Em virtude disso diz-se que é preciso olhar o núcleo essencial, em torno do qual todas as funções do Estado devem obediência. Do contrário, o princípio da separação de poderes estará sendo desrespeitado.

A assertiva leva a crer em funções cooperativas, umas para com as outras, visando o alcance do valor (núcleo) de que acima se falou. Isso decorre da limitação que é encontrada em cada poder/função.

Vários são os exemplos em que uma função depende da outra para o funcionamento do Estado, como a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça pelo Presidente da República (art. 101, parágrafo único e art. 104, parágrafo único da CF); o controle externo das contas do Executivo pelo Congresso Nacional (art. 70 da CF); o sistema de vetos pelo chefe do Executivo a projetos de lei do Legislativo (art. 66 da CF), e assim por diante.

Por conta disso, fala-se em interdependência dos poderes de natureza não compartimentada, consistente em um sistema de colaboração e controle recíprocos.⁷²⁹

Essa harmonização expressamente prevista no art. 2º da CF irá impedir que o Legislativo rejeite o encaminhamento do Executivo, fundado no cumprimento da sentença judicial.

Por conseguinte, decidida a demanda os efeitos da coisa julgada imporão comportamento compatível com o seu conteúdo, não sendo possível a ninguém, nem mesmo aos demais poderes recusar o seu cumprimento.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado (os Tribunais de Contas,

⁷²⁹MORAES, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. t. 1, p. 43. Sobre o tema colhe-se a seguinte lição: “O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 251.

inclusive), para que se preservem, desse modo, situações consolidadas e protegidas pelo fenômeno da ‘*res judicata*’”.⁷³⁰

Nem poderia ser diferente, eis que o próprio art. 34, VI da CF prevê a possibilidade de quebra da autonomia dos entes políticos, mediante a intervenção federal para o provimento de decisão judicial.

Nesse sentido Sérgio Cruz Arenhart afirmou que, sem a revisão da ideia da Separação dos Poderes não será possível compreender a possibilidade da intervenção do Poder Judicial nas políticas públicas. Assim:

“Sobrará, em um sistema como esse, o espaço do direito privado, o que, embora seja campo de grande interesse, nem de longe apresenta o mesmo relevo da atuação das decisões estruturais no direito público”.⁷³¹

69. Planejamento Estratégico Nacional. Planos de atuação da Procuradoria-Geral

Em um esforço fundado na necessidade de integração e aperfeiçoamento o Conselho Nacional do Ministério Público criou o Fórum Nacional de Gestão para estimular o debate, estudo, análise, discussão, harmonização, articulação e implementação das melhores práticas de gestão para suporte à atividade fim do Ministério Público brasileiro.⁷³²

Dentre seus objetivos inclui-se o de elaborar o Planejamento Estratégico Nacional (PEN-MP) com o objetivo de alinhamento, discussão e difusão de projetos e proporcionar a adoção de providências ou propostas de diretrizes que possam ser incorporadas tanto pelo Conselho Nacional, quanto pelos diversos ramos do Ministério Público.

Para tanto foi criado o Plano Diretor do Fórum Nacional de Gestão – PDFNG, cuja incumbência é o de sintetizar, explicitar e formalizar os projetos elaborados por suas unidades afins, o Ministério Público da União e dos Estados.

O propósito de se integrar a Instituição e fortalecer a unidade é manifesto, tanto que se tem afirmado ser necessário traçar um objetivo estratégico, sempre voltado à consecução dos fins da República como expressa o art. 3º da CF.⁷³³

⁷³⁰MS 31412, Informativo nº 680.

⁷³¹ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit., p. 397.

⁷³²Art. 1º da Portaria nº 25, de 23 de março de 2012. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Normas*. Disponível em: <www.cnmp.mp.br/portal/normas>. Acesso em: 04 dez. 2014.

⁷³³GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, cit., p. 108.

Embora o raciocínio pareça mais voltado a aspectos de gerenciamento dos assuntos a cargo da organização, o que se busca é a justaposição entre a incumbência e o dever de concretização dos seus fins constitucionais, a que se chamou de missão (art. 127 da CF).⁷³⁴

Trata-se de projetar os destinos da Instituição para o futuro, com base nas experiências do presente e do passado, com os recursos atuais.

Tais iniciativas buscam o balizamento das tarefas institucionais. Essa a intenção contida no planejamento, que deverá ser utilizado como mecanismo de convencimento e demonstração de quais as melhores técnicas para um ou outro assunto.

Essa coordenação parece estar presente em diversas passagens institucionais: como a expedição de recomendações, ainda que não tenham caráter vinculante; com a dispensa do integrante de se manifestar em determinada relação processual nas condições que especifica; quando disciplina sua atuação no inquérito civil e no processo administrativo individual, etc.

Ainda que não se possa falar em dependência funcional, o relacionamento membro/administração é constantemente controlado. A ordem jurídica é o limite.

Diz-se que os liberais são contrários a qualquer controle político, enquanto os adeptos a esse tipo de dirigismo subdividem-se em autoritários e democratas.

O repúdio ao método de planejamento, como tem ocorrido com os planos gerais de atuação impede o aperfeiçoamento institucional, o que deve ser evitado. A legitimação está mais na sua elaboração do que nos resultados a alcançar. Nesse sentido:

“O seu caráter vinculante e obrigatório decorre dos seguintes aspectos: 1º) dever da chefia institucional de apresentá-lo, a cada ano, em abril; 2º) legitimidade de sua elaboração, calcada na participação de todos os membros da instituição e aprovação de órgão colegiado; 3º) cumprimento de dever constitucional, quanto à obrigatoriedade das instituições públicas planejarem sua atuação. Em síntese, a observância do devido processo legal (participativo), na edição do plano geral de atuação, decorre da lei”.⁷³⁵

O espaço para tais medidas no âmbito institucional é apontado pela doutrina de Maria Paula Dallari Bucci:

⁷³⁴ GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*, cit., p. 109.

⁷³⁵ ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <www.ammp.org.br/inst/artigo>. Acesso em: 04 dez. 2014.

“Não há hierarquia em relação a chefias, o que previne, até certo ponto, a manipulação política do direito de ação e intervenção ampliados com os novos instrumentos. Contudo, isso gerou um ‘vácuo de coordenação’ no âmbito interno do Ministério Público, com a pulverização de ações ancoradas muitas vezes exclusivamente na visão pessoal do autor-promotor, nem sempre relevantes ao que seria de esperar em termos de controle de políticas públicas”.⁷³⁶

70. Sistemas extraprocessuais e sistemas processuais de controle

Os sistemas de controle dos atos dos membros do Ministério Público podem ocorrer em dois momentos distintos: extraprocessual e processual.

Possivelmente o controle extraprocessual sobre o trabalho que produz seja o mais comum e o mais desejável, em especial o que é realizado no inquérito civil e policial.

Ainda que no sistema vigente haja a intervenção do órgão jurisdicional para homologar ou rejeitar a promoção de arquivamento oferecida pelo órgão do Parquet na esfera penal, por força do art. 129, I da CF a decisão final sempre caberá ao Procurador-Geral, a quem cabe manifestar a vontade institucional.

Semelhante controle é exercido pela instituição no arquivamento do inquérito civil, face à previsão do art. 9º, § 1º da Lei 7.347/85, colegiado onde também se apurará o melhor desfecho para o caso concreto, ou seja, o entendimento institucional a ser seguido.

Sobre o descompasso normativo, em que para as causas penais o Procurador-Geral decide e para as civis que portam interesses metaindividuais é o Conselho ou as Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público da União, o melhor seria deixar ambas as decisões com os últimos, por motivo de representatividade.

Outros mecanismos de controle extrajudiciais podem ser citados, o que ocorre com as decisões proferidas em Conflitos de Atribuição (item 15); quando se define se o promotor deve atuar em determinada relação processual (item 15); quando o Procurador-Geral designa outro membro para oferecer denúncia ou realizar diligências em determinado inquérito policial, cujo arquivamento recusou.

No inquérito civil o mesmo caminho foi construído pela Lei 7.347/85. Caso a promoção de arquivamento seja rejeitada pelo colegiado outro promotor será designado pelo Procurador-Geral para o ajuizamento da Ação Civil Pública (art. 10, IX, d da LC

⁷³⁶BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 1. ed. 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196.

8.625/93), ou, para a realização de novas diligências, em tese não adotadas no decorrer da investigação.

Ao que se vê o sistema foi construído com o cuidado necessário a que o integrante da Instituição não deixe de promover, quando for o caso de promover, não deixe de intervir, quando for o caso de intervir. O não fazer, quando a lei manda fazer dá ensejo aos sistemas internos de controle para que eventual ilegalidade seja corrigida, o que está baseado na própria unidade e indivisibilidade institucionais.

A via do controle processual também existe, embora indesejável, porque os mecanismos de controle deveriam operar internamente.

Mesmo no decorrer das medidas de caráter administrativo é possível que o interessado, em regra o investigado, se utilize da via jurisdicional para buscar o trancamento da investigação civil ou a proteção de eventual direito líquido e certo ameaçado ou lesado (art. 1º da Lei 12.016/09).

Eventual risco na condução coercitiva de alguém pode ser obstado através de *Habeas Corpus*, quando não observada a forma prevista pelo art. 26, I, a, da Lei 8.625/93.

O mesmo ocorre quando a demanda é proposta. Daí por diante, inúmeras situações podem surgir, aplicando-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF).

Trago o exemplo em que o Ministério Público de Minas Gerais interpôs Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, porque um de seus membros foi afastado de processo penal por ter sido acolhida Exceção de Suspeição oposta contra ele (STJ, RO 13.378-MG); de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial em que se pretendia afastar a Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público em que se pedia a anulação da avença entre o Governo do Distrito Federal e a Pessoa Jurídica de Direito Privado (AgRg no AREsp 166512/DF) e do Mandado de Segurança interposto por membro do Ministério Público de Mato Grosso contra a Resolução nº 5/2000 do Colégio de Procuradores do mesmo Estado, por entender que ela não o obrigava, por se cuidar de mera recomendação (Recurso em Mandado de Segurança nº 15.339/MT).

Através deles o posicionamento apresentado pelo promotor/procurador é sindicado nos autos do processo por quem tiver interesse processual ou figurar como réu, permitindo-se decisão de fora para dentro.

Em virtude da insuficiência de controle sobre os seus atos quando o órgão do *Parquet* promove, vem se sustentando a necessidade de maior coordenação entre os seus integrantes, o que se prestaria a corrigir exageros sobre a interpretação da independência funcional.⁷³⁷

71. Limites à atuação do *Parquet*. Independência ou dependência. Democracia e independência funcional. Fins institucionais e independência funcional. Unidade, independência funcional e promotor natural

O Ministério Público está edificado sobre os princípios do promotor natural, da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

É equívoco supor a atuação isolada, desprendida de interesses semelhantes apenas porque sempre se aduziu que a independência assim a autoriza.

Certamente, a dificuldade em se aceitar outro esquema organizacional se deve à “captura política” referida por Maria Paula Dallari Bucci⁷³⁸ que ocorreu no passado, quando o Brasil viveu durante anos o sistema autoritário, não mais condizente com os dias atuais, nem mesmo com o receio temido pelos integrantes da Instituição.

Ao lado da independência, a imparcialidade parece ser a alma dessa garantia, para que ninguém aceite que suas convicções sejam aviltadas por interesses escusos e ilegítimos. As convicções consistem nos escopos do processo, porquanto não é de se admitir que o membro da Instituição aja premido por interesses estranhos aos que a ela cabe defender.

Nas democracias a imparcialidade surge como o grande pacto social, no sentido de que a lei é a mesma para todos, cabendo aos seus operadores conduzir-se em conformidade com ela.

Esse esquema surge como verdadeiro critério de balizamento das ações dos promotores, pois no cumprimento da ordem jurídica está implícita a promoção da isonomia

⁷³⁷PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*, cit., p. 93 e 97.

⁷³⁸BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, cit., p. 195.

material, como princípio constitucional. “E o *Parquet* deve ser o garante dessa igualdade”.⁷³⁹

Ao mesmo tempo age para o equilíbrio institucional, não lhe cabendo optar entre promover ou não promover.

Deve buscar o equilíbrio, diante complexidade e multiplicidade de eventos em que é chamado a atuar. É preciso reconhecer a existência de limites para o manejo de certos interesses, em especial os coletivos, quando envolvem os conflitos estruturais e os que podem gerar grande impacto.

Do contrário, é acreditar que o tempo não passou e a lógica do processo individual entre dois indivíduos é a mesma dos processos de massa.

Como se tem sustentado é preciso redefinir estratégias e corrigir rumos, antes que tais mudanças ocorram de fora para dentro, caso o Legislativo e o Executivo resolvam suprimir poderes da instituição. Nesse caso, o prejuízo seria por certo danoso para a população que vê no Ministério Público um dos poucos interlocutores entre ela e os poderes do Estado.

Alguns falam na criação de teses (como súmulas de entendimento) – cuja obrigatoriedade poderia ser aceita por todos, porque de certa maneira iria representar a orientação coletiva a ser muitas vezes seguida, sobretudo quando a matéria não se mostrar madura o suficiente para a escolha de outra solução. Poderia haver coordenadorias regionalizadas, para que os problemas locais pudessem ser democraticamente discutidos e implantados pelos membros da instituição.

Nessa esfera, o promotor tem que ser mais do que técnico, pois a vocação política na sua atuação deve aflorar diante das mazelas e desmandos que acabam chegando ao seu conhecimento, cujo bom senso e razoabilidade devem integrar sua maneira de atuar.

Todavia, a atuação funcional parece merecer o estabelecimento de certos padrões, possivelmente com a observação do mínimo existencial, da reserva do possível, da solução amigável das mudanças, no estímulo aos ajustamentos de conduta (nas hipóteses legais) e de modo geral com outros valores igualmente constitucionais que levem à solidariedade social. As demandas devem representar uma das últimas opções, e sempre com a

⁷³⁹ ACCOMANDO, Gilles. *Evolutions possibles du role et du statut du Ministere Public*. Bordeaux: Éditions Bergeret, 1996. p. 230.

apresentação de pretensões razoáveis que permitam decisão e cumprimento possível, iluminadas pela instrumentalidade.

O fortalecimento da unidade deve prevalecer sobre a independência. E, em um movimento pendular a autonomia do membro da organização deve operar como garantia de que a instituição atuará com imparcialidade, sem privilégios. As demais garantias complementam esse sistema. A reordenação presta-se a estreitar a relação entre o integrante e o *Parquet*, para a obtenção de resultados justos e équos.

VII. CONCLUSÕES

Capítulo I

O Ministério Público encontra sua vocação no interesse geral, compreendido como o que transcende a esfera de interesses de uma única pessoa. Esse valor está previsto em princípios e normas, cuja defesa lhe cabe assegurar para a proteção e o restabelecimento do direito substancial.

Sua estruturação jurídica é resultado da organização do Estado, meramente acidental em relação às funções que ocupa em dada comunidade.

O interesse deve operar como fio condutor de suas ações e inações.

Esse conector é que o eleva à natureza institucional, cujas tarefas devem respeito à sincronia e otimização, interna e externamente, em busca do bem comum.

Para a consecução desses fins é fundamental a existência de meios aptos. Sua ausência põe em risco os fins constitucionais para os quais foi habilitado.

Apenas o trabalho conjunto permitirá à Organização ultrapassar o viés liberal, nitidamente marcante nas ações de muitos dos seus membros para uma conformação mais social.

Para o alcance desse escopo são desejáveis políticas públicas internas, endoinstitucionais.

A mutação constitucional, como fenômeno do estudo da teoria da constituição impõe a dinamização dos seus conceitos, exigindo interpretação e soluções conformes aos sistemas e subsistemas sociais.

Ao longo do tempo formaram-se teorias para explicar a lei fundamental, sendo importante compreender qual o contexto em que os direitos nela previstos foram prometidos ao indivíduo, o que invariavelmente deverá integrar os pleitos do promotor ou procurador.

Esse juízo deve integrar os processos de escolha, ser compreendido e dividido por seus integrantes, pena de rompimento da linha condutora que liga um ao outro.

A adoção de política pública institucional, fundada em dados empíricos e consentâneos com a realidade deve integrar suas diretrizes. Incluem-se, necessariamente, os meios alternativos na solução dos conflitos.

O Ministério Público é permanente e essencial à função jurisdicional e às demais funções do Estado, pois é um *órgão interpoderes*.

Suas atribuições são necessárias a um processo justo e equo nos casos em que a lei exigir sua participação, onde o ordenamento jurídico e o interesse público primário estarão ao centro.

A reorganização institucional levará ao seu aperfeiçoamento, na qual se inclui a cultura de que somente o processo judicial é apto à eliminação de conflitos.

A presença da Instituição poderá ocorrer em regimes democráticos ou autoritários, mas apenas no primeiro se apresentará mais independente.

Há quem distinga interesse de direito. Enquanto o primeiro pode representar a mera possibilidade de lesão, este estaria representado pela violação a determinada regra de direito material. Para outros são expressões sinônimas, caracterizadas pela oferta de proteção extraída do sistema normativo.

O interesse a ser defendido pelo Ministério é o que a Constituição Federal lhe preparou, de onde se extrai o seu perfil institucional. Cabe-lhe, então, promovê-lo, de onde decorre o princípio da obrigatoriedade e não o da oportunidade.

Os interesses sociais são aqueles que transcendem a esfera de um único indivíduo. Visam minimizar as diferenças existentes na sociedade de massa e podem se apresentar como disponíveis ou indisponíveis. Apoiam-se na promoção da igualdade.

Os interesses individuais indisponíveis são os que se agregam ao indivíduo, sem que lhe seja autorizada a renúncia.

Para a defesa desses interesses é necessária a reinterpretação do art. 5º, XXXV da CF, para que não apenas os métodos adjudicatórios sejam empregados, mas sobretudo os alternativos/adequados para a solução das controvérsias, quando possível.

Cada vez mais se espera da Instituição uma atuação coletiva e racional, não mais havendo espaços para decisões individuais sobre temas de interesse institucional ou geral.

Como órgão autônomo no organograma do Estado, porque se autogoverna, não prescinde das demais funções do Estado para o alcance dos seus fins.

A autonomia subdivide-se em funcional, administrativa e orçamentária.

Os membros do Ministério Público contam com as mesmas garantias da magistratura: Vitaliciedade, Inamovibilidade e Irredutibilidade de Vencimentos.

Destinam-se a assegurar o justo temperamento na solução de dada controvérsia, se esteja em juízo ou não.

As vedações impostas baseiam-se na preservação do adequado vínculo que deve existir entre o membro e o *Parquet*. A quarentena prevista para aposentados ou exonerados também visa a obtenção de resultado justo e equo nas suas ações.

O Conselho Nacional do Ministério Público é órgão constitucional autônomo com competência para o controle externo dos seus diversos ramos, para traçar normas e metas administrativas comuns a todos eles. A transcendentalidade de interesses vai de encontro ao que foi propugnado no presente estudo, o de uma atuação integrada e interdependente, focada na isonomia e na eficiência.

As Ouvidorias são órgãos criados para a escuta de quem se quiser fazer ouvir, com o escopo de compartilhar o aperfeiçoamento dos serviços a cargo da Organização, não só local, mas geral. Para tanto, possui a incumbência de provocar o Conselho Nacional, quando for o caso.

Capítulo II

Pelo princípio da unidade os integrantes do Ministério Público agem em nome do Órgão, o apresentam.

Pode ser orgânica ou funcional. Enquanto na primeira a Instituição biparte-se em Federal e Estadual (o MP Distrital é da União), na segunda há um só todo, o que autoriza o Ministério Público Federal a atuar nas demandas promovidas pelo Ministério Público dos Estados, junto aos Tribunais Superiores.

Diz-se que a ramificação de Ministérios Públicos no Brasil está superada, porque para o completo cumprimento da Constituição Federal é preciso que seja visto como um só.

A pulverização de atividades afronta a unicidade e a eficiência, o que tem levado à criação de grupos com o propósito de fortalecê-las.

A integração institucional é meramente acidental. Só ocorre por acaso.

No sistema verdadeiramente uno, como ocorre em Portugal, França e Espanha, seus órgãos de cúpula visam a atuação homogênea e coordenada, creditando-se suas ações na política fixada pelo legislador e pelo governo, para garantir a isonomia de todos os cidadãos.

No Brasil, os Ministérios Públicos podem unir-se em litisconsórcio facultativo ativo ou em assistência litisconsorcial. Todavia, há sérias críticas contra esse entendimento, pelo fato de não se poder desunir o que ontologicamente nasceu uno.

A indivisibilidade decorre da unidade, pois não há como as separar, até porque a divisibilidade pressupõe a desunião.

Significa que entre um e outro membro, todas as manifestações que se sucederem, ainda que divergentes, encontram suporte nesse princípio. É como se uns controlassem os outros, em nome dos escopos institucionais. A Instituição não se confunde com seus integrantes.

É garantida ao membro do Ministério Público a independência funcional. Para a doutrina dito agente público deve obediência à sua consciência jurídica e ao direito.

A legitimação para os direitos individuais e coletivos coloca a Instituição na defesa de múltiplos interesses que se relacionam entre si, não sendo razoável rejeitar a releitura da garantia para adequá-la a uma atuação coletivizada e racional. Deve ser reconhecida a interdependência entre suas áreas de atuação, única maneira de se cumprir a contento os escopos constitucionais que lhe foram conferidos.

O elo das funções deve ser erigido de maneira transparente e específica, para se evitar eventual abuso contra a ordem jurídica por qualquer dos seus integrantes.

A segurança jurídica conduz à estabilidade e à confiança do sistema, levando-o à coerência, da criação do direito à sua aplicação.

O princípio do Promotor Natural ou Legal exige atuação livre e desimpedida de cada integrante, segundo critérios de distribuição de serviço preestabelecidos em lei. A interdependência não o anula, porquanto essa atua *a posteriori* e consiste na necessidade de se ajustar a atuação em nome da eficiência e da isonomia da Instituição. Está proscrito do sistema o Promotor *ad hoc*.

Distingue-se competência de atribuição. A primeira refere-se ao órgão jurisdicional e está vinculada a critérios de distribuição previstos em lei. A segunda prende-se à divisão interna de serviço e sua distribuição a cada integrante do *Parquet*. Ambas se completam.

O ofício fundado na falta de atribuição pode levar o processo à nulidade, por violação ao princípio do Promotor Natural.

Quando ao menos dois promotores entenderem portar atribuição para atuar em um processo judicial ou administrativo haverá conflito positivo de atribuições. Se entenderem não a ter, haverá conflito negativo de atribuições. Em ambos os casos a decisão caberá ao Procurador-Geral de Justiça.

O conflito de atribuições, positivo ou negativo, entre procuradores de Ministérios Públicos Federais de ramos diferentes será dirimido pelo Procurador-Geral da República. Se do mesmo ramo, às respectivas Câmaras de Coordenação e Revisão.

Na fase extrajudicial, o conflito de atribuições entre Ministérios Públicos será decidido pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, f da CF). Se o incidente surgir em juízo se estará diante de conflito de competência do órgão jurisdicional, a ser dirimido pelo Superior Tribunal Justiça (art. 105, I, d da CF).

A mera discordância em atuar em determinado feito implica na negativa em exercer suas funções.

O integrante do Ministério Público deve buscar a eliminação das crises de direito material que cheguem ao seu conhecimento, ainda que para tanto precise instar outro agente. Essa racionalização de funções conduzirá a um sistema mais eficiente e isonômico.

Não só a integração do Ministério Público, mas o empoderamento dos grupos e movimentos sociais é importante passo para a promoção da igualdade.

O acesso à ordem jurídica justa significa muito mais do que o simples acionamento da jurisdição. Nela se incluem a universalidade de legitimados, o devido processo legal, o afincamento ao contraditório para a informação do julgador, o diálogo entre os litigantes, a busca de soluções para a pacificação e a tempestividade da tutela.

O chefe do Ministério Público da União é o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, podendo ser reconduzido sem solução de continuidade. O chefe dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal são os

Procurador-Gerais, nomeados cada qual pelos respectivos Governadores dos Estados, podendo ser reconduzidos uma única vez.

Cada Ministério Público tem sua própria lei orgânica.

Quem apresenta o Ministério Público, administrativa ou processualmente é o Procurador-Geral. Por integrar a estrutura do Estado, o órgão não tem personalidade jurídica própria, apenas personalidade processual.

A revisão do arquivamento dos inquéritos policiais, civis, parlamentares ou peças de informação é da competência das Câmaras de Coordenação e Revisão da cada Ministério Público da União (inclusive o Distrital) e dos Conselhos Superiores Estaduais, se se tratar dos Ministérios Públicos Estaduais.

A revisão do arquivamento do inquérito policial da competência originária da Procuradoria-Geral cabe ao Colégio de Procuradores. Se se tratar de inquérito civil ao respectivo colegiado incumbido dessas funções, Câmaras de Coordenação e Revisão ou Conselho Superior, se se tratar do Ministério Público da União ou dos Estados.

O Procurador-Geral porta independência funcional, mas também deve agir de maneira racional, não apenas para demonstrar qual é a vontade institucional enquanto seu representante, mas também para guardar coerência com o posicionamento assumido por seus antecessores.

Cabe ao Conselho Superior exercer atribuições administrativas e de execução, dentre aquelas as de expedir recomendações, sem caráter vinculativo, para a adequada cooperação, coordenação e harmonização dos serviços dos demais integrantes da Organização.

A Corregedoria-Geral também tem o escopo de promover o aperfeiçoamento funcional, podendo orientar, fiscalizar e instaurar processos administrativos para tanto. Suas recomendações não possuem caráter normativo.

Essa não vinculação deve ser devidamente compreendida. Se o seu enunciado portar a solução ótima para a espécie, não se vê razão para que não seja acatada. Mas, se o caso comportar melhor interpretação segundo a ordem jurídica, fundamentadamente o promotor poderá segui-la.

Promotores e procuradores devem atuar como catalisadores dos fins propugnados pela ciência processual, operando como intermediários para a pacificação social.

As iniciativas individuais devem se submeter à institucionalização, mediante seu prévio conhecimento, discussão e deliberação pela classe ou por órgão que legitimamente a represente.

É fundamental a adoção de mecanismos alternativos para a solução de controvérsias em âmbito institucional, o que levará a Instituição a rever o posicionamento de que a eliminação de controvérsias só se dá através da sentença.

Capítulo III

Ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico fortaleceu a importância da Instituição seu aprimoramento estrutural foi tímido, seus recursos são controlados pelo Executivo e Legislativo na lei orçamentária e os conflitos são cada vez mais numerosos e complexos.

As decisões dos órgãos da Administração Superior devem operar como vetores de condução das funções dos órgãos de execução, sem prejuízo de sofrerem o necessário controle por seus destinatários, em um sistema de freios e contrapesos.

O controle jurisdicional das políticas públicas é básico para o fortalecimento da democracia e concretização das ondas renovatórias do processo: 1) assistência jurídica aos necessitados; 2) tratamento molecular dos direitos transindividuais; 3) acesso à Justiça.

Para o tratamento desses conflitos é necessário recorrer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

As Políticas públicas podem ser definidas como “programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados”. Suas fontes são a Constituição Federal e a lei.

Assim como as liberdades públicas, os direitos sociais exigem instrumentos processuais aptos à sua realização e controle da constitucionalidade das ações e omissões governamentais.

As políticas de estado são projetadas para o futuro; as políticas de governo para momento mais próximo da sua realidade. O operador do direito deverá conhecê-las para enfrentá-las.

A defesa dos interesses sociais está diretamente ligada à isonomia material. Nessa direção é que o integrante da Instituição deve trilhar.

Para tanto, é preciso ter consciência do custo dos direitos, do sistema prestacional existente e das condições para o seu funcionamento. Destacam-se, nesse ponto, os mecanismos alternativos de solução dos conflitos.

A fonte de custeio dos direitos é a dos tributos.

O Estado não pode, dolosamente, se desonerar das prestações sociais.

A reserva do possível consiste na disponibilidade financeira para o cumprimento dos seus deveres.

O direito processual deve se apoiar nesses elementos, sob pena de não funcionar como instrumento para a realização do direito substancial.

Em se tratando do mínimo existencial o princípio da reserva do possível não serve de impedimento à sua prestação.

O mínimo existencial consiste nas distribuições, ações e prestações que inserem o indivíduo em uma vida com dignidade.

É preciso aferir se o direito reclamado é justiciável ou acionável; se se trata de prerrogativa passível de ser imediatamente deferida pelo Estado-juiz.

Há quem sustente a variabilidade do mínimo em conformidade com a situação de fato. Para sua adequada apuração o intérprete deverá avaliar o grau de necessidade e excepcionalidade da pretensão.

Com a missão constitucional de defender o interesse geral da população, o mínimo existencial se insere nessa categoria. O adequado desempenho dessa missão sugere a atuação mais coletivizada, interdependente.

No exercício das suas funções deve zelar pela aplicação da Separação entre os Poderes, incluída sua harmonização. No Estado Democrático trata-se de princípio universal a ser seguido por todos os seus integrantes.

Capítulo IV

Há um sistema positivo que orienta a investigação a cargo do Ministério Público, tal como se extrai do ordenamento jurídico-constitucional e que o orienta nessa atuação.

O fundamento é o de que deve prevalecer a liberdade do indivíduo em detrimento da sua limitação, entendida como exceção. A flexibilização dos direitos fundamentais deve ter critérios e fins legítimos.

Comumente a prova viceja no processo jurisdicional, mas sua formação se encontra fora dele. É recomendável que os integrantes da Organização se organizem para utilizar das mesmas fontes e meios para a reconstrução da realidade.

O inquérito civil foi criado pela Lei 7.347/85, constitucionalizado em 1988 e está previsto na Lei 8.625/93, Lei Complementar 75/93 e em outros atos normativos que tratam do Ministério Público.

É entendido como procedimento administrativo, mas nada impede seja visto como processo administrativo em sentido lato.

É regido por princípios administrativos, destacando-se os da publicidade (que poderá ser mitigada), exclusividade, facultatividade, formalidade restrita e inquisitividade.

É instaurado para se apurar violação aos direitos ou interesses metaindividuais ou individuais indisponíveis. No Estado de São Paulo há atos normativos específicos para as duas situações.

A instauração pode se dar de ofício, mediante provocação e por ordem dos Órgãos da Administração Superior da Instituição. Para tanto, deverá preencher um requisito material (violação), outro formal (portaria ou despacho). Contra a decisão que instaura ou indefere sua instauração é previsto recurso administrativo. O controle jurisdicional é feito através do mandado de segurança contra ato do presidente do inquérito.

Seu campo de abrangência deve ser delimitado no ato de instauração. O surgimento de novos fatos exigirão aditamento da portaria ou a extração de peças para novo inquérito civil.

Para a correta apuração dos fatos que deram ensejo ao mesmo, seu presidente poderá expedir notificações e requisições (ordens).

Deve estar concluído em prazo certo. Seu prolongamento é mal visto pela doutrina, havendo quem sustente a possibilidade da existência de dano a reparar, quando a procrastinação foi despropositada e causou prejuízos ao investigado.

O arquivamento deverá ocorrer em decisão motivada e submetido ao órgão interno de controle no prazo de 3 dias, sob pena de falta grave.

Poderá ser confirmado; rejeitado com determinação da propositura da ação civil pública; se arquivadas peças de informação, sem base para a ação, poderá ser determinada a instauração do inquérito civil; o arquivamento poderá ser convertido em diligência para que outras providências sejam adotadas, conforme decidir o órgão revisor.

A recomendação consiste em uma advertência para que o investigado adote determinada conduta, pena de ser acionado ou ser chamado a firmar ajustamento de conduta.

O ajustamento de conduta consiste em medida posta à disposição de órgãos públicos, por meio do qual se colhe do infrator aos interesses metaindividuais o compromisso em restabelecer ao *status quo* ante o bem violado, com eficácia de título executivo extrajudicial. Não tem natureza de transação.

O ajustamento de conduta é importante instrumento de solução das controvérsias e deve ser prestigiado pelo Ministério Público.

É possível falar em Teoria Geral do Processo Estatal, no qual se inserem os processos administrativos.

A prova conduz a percepção humana ao reconhecimento da realidade ou de dada situação.

Realiza-se por quem a apresenta ou oferece os meios para sua concretização.

O objetivo da atividade probatória é a busca da verdade cabal, mas em virtude da precariedade dos meios tolera-se a realidade obtida.

O máximo ponto de persuasão é o que reúne convicção e certeza.

Na sua atividade o investigador deve projetar sua atividade para o processo jurisdicional onde as provas serão, em regra, repetidas, desta vez em ambiente jurisdicional para a definitiva eliminação do conflito.

Na fase administrativa o presidente do inquérito será o destinatário das fontes e dos meios de prova. Se se estiver em juízo esse destinatário será o juiz.

“Prova é demonstração e provar é demonstrar”. “No inquérito civil a prova é o conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes...”.

O sistema processual constitucional rejeita a prova ilícita, obtida através de meios ilegais ou que decorrer da indevida manipulação das suas fontes (art. 5º, LVI da CF).

A teoria dos frutos da árvore envenenada ou contaminada foi construída com base na prova ilícita. Significa que todas as fontes de prova e todos os meios de prova decorrentes da prova ilícita também são atingidos pela nulidade.

Formaram-se duas correntes em torno do assunto: a) a de que deve prevalecer o interesse da justiça na descoberta da verdade, ainda que isso tenha se dado a partir da produção de uma prova ilícita; b) a prova obtida com sacrifício da ordem jurídica jamais poderá servir de fundamento ao deslinde da controvérsia posta em juízo.

Para a aplicação de uma ou outra corrente é necessário recorrer à proporcionalidade, para se aferir qual delas melhor atende ao interesse público.

A prova produzida na esfera penal poderá ser utilizada no processo civil (art. 63 do CPP e 475N, II do CPC).

Os fatos notórios e as presunções legais dispensam a produção de prova (art. 334 do CPC).

O objeto da investigação e da atividade de provar são as proposições. As que não se conhecem se comprovam; os fatos não se comprovam, se conhecem.

O grande desafio do promotor no inquérito civil é o da reconstrução dos fatos históricos objeto da investigação, de modo que se recomenda o quanto possível, a adoção de técnicas dialogais e democráticas nessa fase para a necessária apuração da verdade.

Está superada a formulação da verdade real e da verdade formal, pois de acordo com a atual concepção instrumentalista essa teoria só era aceita no contexto da disponibilidade de direitos e na aceitação de que o processo era um fim em si mesmo.

O sistema probatório trabalha com a probabilidade prevalente, ou seja, a que leva o seu intérprete a acreditar que esclareceu o ocorrido. Daí a necessidade de se adotarem técnicas e providências investigativas para se aproximar da realidade. Carga da prova é a conduta imposta a um ou a ambos os litigantes para a confirmação da verdade dos fatos por eles alegados.

É possível a aplicação dessa teoria para um escoreito juízo de convicção do promotor, ainda que na fase do processo administrativo.

A teoria do ônus dinâmico da prova é um critério de igualação das partes no processo e na produção das provas, permitindo-se a flexibilização do ônus previsto no art. 333, I do CPC.

A inversão do ônus da prova poderá funcionar como elemento de convicção para levar o investigado a firmar o termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público.

A audiência pública utilizada pelo promotor é vista como sério instrumento para o alcance da eficiência da administração pública, pois o diálogo que se forma permite a discussão de temas de interesse da coletividade.

Esse o caminho que vem seguindo o Supremo Tribunal Federal, como preveem os arts. 13, XVII e 21, XVII do seu Regimento Interno para o esclarecimento de questões e circunstâncias de fato, com repercussão geral e interesse público.

A adesão a um sistema coletivo de atuação é fundamental, para o que será necessário encontrar o ponto de equilíbrio entre a unidade do Ministério Público e a independência funcional dos seus integrantes.

Capítulo V

Há certa obscuridade nas origens do Ministério Público, pois no direito antigo havia certas funções que se assemelhavam a que é exercida hoje pela Instituição, como os procuradores do rei, constituídos por agentes do governo que tinham a incumbência de castigar rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, defender as viúvas e os órfãos.

Nega-se que o Direito Romano o instituiu através dos *quaestores parricidii*, *procuratores Caesaris* e *defensores civitatis*.

A acusação era deduzida pela própria vítima ou seus familiares; somente o julgamento era realizado por órgão público.

Somente a partir do século XIV é que a Instituição se desenvolveu. A Ordenança de 23 de março de 1302, criada na França sob o império do Rei Filipe, o Belo, é tida como a certidão de nascimento da Instituição.

Nessa época as funções dos agentes estavam melhor definidas. Os procuradores do rei eram incumbidos de processar crimes e delitos e os advogados do rei eram encarregados de defender seus interesses pessoais ou os da coroa.

Com a Revolução Francesa e com a separação dos poderes, o Ministério Público foi redefinido.

Com o Código de Processo Penal Napoleônico e leis de organização judiciária o Ministério Público francês se tornou hierarquizado. Atualmente, sua autoridade máxima é o Ministro da Justiça e abaixo dele há o Procurador-Geral da Corte de Cassação.

No Brasil, somente com a Constituição de 1988 é que a Organização atingiu o seu ápice.

Pode atuar como autor, inclusive assumindo essa posição em caso de abandono ou de desistência por colegitimado, ou como interveniente.

O que assegura sua participação em uma relação processual é a necessidade de assegurar o respeito a normas jurídicas indisponíveis, de interesse público.

Como parte, tanto poderá figurar no polo ativo, quanto no passivo.

Ainda que esteja autorizado a comparecer em juízo em substituição ao titular do direito material – legitimação extraordinária, há de zelar pela ordem jurídica.

Embora o art. 81 do CPC preveja que o Ministério Público possui os mesmos poderes e ônus que as partes, sustenta-se não lhe ser possível prestar depoimento pessoal ou confessar. No entanto, para outra corrente se detiver conhecimento do fato sobre o qual está litigando poderá revelá-lo ao juízo e até mesmo confessar.

Como defensor do interesse público não lhe é exigido o pagamento das despesas do processo, nem mesmo quando a demanda que aforou for julgada improcedente. Todavia, tem se entendido pela aplicação da Súmula 232 do STJ.

O art. 82 do CPC prevê a possibilidade do ingresso do Ministério Público na relação processual alheia como interveniente, pena de nulidade (art. 246 do CPC).

A intimação deverá ser requerida pela parte interessada, mas se seu integrante entender não deva dela participar não haverá o vício.

Há correntes doutrinárias que equiparam essa função à do assistente e à do *amicus curiae*. Outra, porém, é que se adotou nesse trabalho é a de vê-lo como *custos legis* ou fiscal do cumprimento da lei. Não há como apartá-lo do interesse que justifica sua intervenção para aproximá-lo do exclusivo interesse da parte.

Em dois casos pode se dar a intervenção: 1) pela presença de direitos ou interesses indisponíveis do grupo social; 2) pela presença de interesses de pessoas ou classes de pessoas.

Sustenta-se que no primeiro caso o direito de recorrer é mais amplo, se comparado ao segundo. Sob esse entendimento, não haverá interesse recursal para que o promotor recorra em desfavor de quem ensejou o seu ingresso na relação processual.

Entende-se que o raciocínio não atende aos escopos do processo, que não mais está preso às antigas amarras do direito privado, devendo ser manejado conforme os fundamentos do direito público.

A decisão sobre a intervenção deve se dar de acordo com os princípios e fins que iluminam a Instituição. Como o rol do art. 82 do CPC é meramente exemplificativo, cabe ao seu membro decidir se adere ou não ao chamamento para essa participação.

O interesse público pode ser definido pelo interesse comum, a todos pertencente porque transcende a esfera individual de cada um. Pode variar em conformidade com fatores históricos, socioeconômicos ou culturais, o que leva à afirmação de que deve ser investigado em conformidade com o direito material objeto do exame.

Ainda que a demanda trate de interesse individual indisponível e interesse social o integrante da Instituição deverá examinar se contém interesses que ultrapassam esses limites. Sem prejuízo do posicionamento que irá assumir no processo tradicional, deverá propiciar que a crise seja tratada coletivamente através dos meios adequados.

Deve-se buscar o ponto de equilíbrio entre a unidade e a independência funcional.

Capítulo VI

O Ministério Público é legitimado universal para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme se vê dos arts. 127, *in fine*, 129, III da CF; 5º, *caput* da Lei 7.347/85 e 82 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Defende interesses sociais e coletivos, independentemente dos interesses que cabe ao Estado defender. Há autonomia entre ambos, muito embora devam perseguir interesses comuns.

Todavia, a liberdade da Instituição a coloca em xeque, porque deve haver uma ordenação que lhe leve a uma atuação interdependente e integrada, para viabilizar o cumprimento do postulado da isonomia do indivíduo, corolário da ordem jurídica.

A intervenção como *custos legis* ocorre em virtude da exigência prevista nos arts. 5º, § 1º da Lei 7.347/85 e 92 da Lei 8.078/90. Há interesse público a legitimá-la.

Cabe ao autor requerer a intimação do *Paquet* para funcionar na relação processual, pena de nulidade.

Há quem afirme que o interesse coletivo é espécie de interesse público. Para outra corrente o interesse metaindividual com ele não se confunde, embora possa lhe ser coincidente.

Através da adequada identificação da causa de pedir e do pedido se permitirá ao integrante da Instituição que realize o adequado encaminhamento do conflito: se coletivo, deverá ser coletivamente tratado.

Nas demandas coletivas é preciso distinguir as que veiculam os chamados conflitos de interesse público. Conforme vem recomendando a doutrina, o que já havia sido detectado no direito norteamericano nos anos 50 seus resultados devem ser mais normativos e menos jurisdicionais, obtidos em processo dialogal, com contraditório e cognição ampliada, democrático e inclusivo.

A existência de disponibilidade orçamentária é colocada como pressuposto para a atividade prestacional do Estado.

Para o Supremo Tribunal Federal os benefícios sociais devem ser assegurados pelo Estado, ainda que para a sua prestação não haja previsão orçamentária e tenha que dispensar o processo licitatório. Entende não ser possível que tais normas programáticas se transformem em promessa insequente.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu em Recurso Especial que o Estado tem o direito de produzir prova de que não tem como fazer frente a determinada política, sem que se lhe defira o tempo necessário para sua implementação.

As medidas de urgência existem para abrandar o risco da demora do julgamento do mérito, em prejuízo ao titular do direito material e da efetividade do processo.

A Lei 7.347/85 previu cautelares (art. 4º) e liminares (art. 12). Ao sistema agrega-se a antecipação de tutela (art. 273 do CPC), assim como o art. 461, § 3º do CPC, por força do art. 19 da Lei da Ação Civil Pública.

Em um critério de ponderação – razoabilidade e proporcionalidade se deve preferir a concessão da medida de urgência para o restabelecimento do direito coletivo lesado ou ameaçado de lesão.

As medidas de urgência dependem da qualidade da prova que o promotor e o procurador levarão a juízo. Nesse sentido é de se entender que sua formação se dá fora e antes do processo judicial. Assim, o sucesso para o seu deferimento dependerá do desempenho do investigador e dos elementos de convicção obtidos durante o inquérito civil.

A sentença deve atender à congruência ou correlação com o pedido, mas se contiver obrigação de fazer ou de não fazer a obrigação específica poderá dar lugar ao resultado equivalente. Por isso, diz-se haver mitigação àquele princípio.

Quaisquer espécies de sentença são admissíveis nas ações coletivas, sendo preferível a teoria quinária dos provimentos.

Todavia, quando se está diante dos conflitos de interesse público é preciso distinguir. A presença do Estado no polo passivo da relação processual enseja modelos diferentes dos que tradicionalmente se concebe, para se permitir a realização do direito material. Orientação diversa tem levado o sistema ao anacronismo, com baixa ou nenhuma efetividade.

Seu cumprimento deve se dar através de decisões para o futuro, flexíveis, de maneira que o tempo e o modo permitam sua realização prática. De *lege ferenda*, é importante que os integrantes da Instituição compreendam e aceitem esse novo processo e busquem sentenças compatíveis com a natureza do conflito que pretendem eliminar.

A execução da sentença coletiva se realiza conforme o art. 15 da Lei 7.347/85 e o CPC.

Dela deve se extrair o máximo possível para a recomposição do direito material. Para tanto, é necessário que o autor projete seus esforços para os escopos do processo, que não estão mais na sentença.

Devem ser evitadas sentenças de difícil cumprimento ou inexecutíveis. O diferimento da execução parece ser o ponto desejável, face à necessidade de se acompanhar o caso após a prolação da sentença.

Em virtude da separação e harmonia entre os poderes o Legislativo está vinculado à decisão proferida contra o Executivo, em determinada demanda. Entre eles existe um sistema de colaboração e controle recíprocos, que impede hajam compartimentadamente. Devem prevalecer os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança nas expressões do Estado Democrático de Direito.

Há um incipiente esforço para a integração do Ministério Público em torno de diretrizes eleitas em planos e programas. O Planejamento Estratégico Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público e os Planos de Atuação das Procuradorias-Gerais confirmam esse caminho.

Confirma-se a necessidade de se fortalecer a unidade do Ministério Público, única maneira de se atingirem soluções comuns e metas institucionais.

A ausência de controle sobre os seus atos tem suscitado a crítica de que isso se deve em virtude da falta de coordenação entre os seus integrantes.

A integração é necessária.

Para tanto, não se vislumbra conflito entre a independência funcional e a unidade. O que deve haver é o consenso de posições a ser buscada democraticamente em um ambiente onde a independência funcional é princípio. Para eventuais desvios o sistema de freios e contrapesos deve ser utilizado por todos os membros da Instituição, uns contra outros.

REFERÊNCIAS

ACCOMANDO, Gilles. *Evolutions possibles du role et du statut du Ministere Public*. Bordeaux: Éditions Bergeret, 1996.

ALBERTON, José Galvani. Parâmetros da atuação do Ministério Público no processo civil em face da nova ordem constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 59, set. 2006/ago. 2007. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273602515.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2014.

ALMEIDA, Fernanda Leão de. *A garantia institucional do Ministério Público em função da proteção dos direitos humanos*. 2010. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Livr. Ed. Freitas Bastos, 1954.

ALONSO JUNIOR, Hamilton. A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Cynthia Pardo Andrade; GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. Inquérito civil: poderes investigatórios e controle interno. In: In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel (Coords.). *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Jorge Augusto Pais do. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, p. 49-58,, nov./dez. 2001.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: EDUC; Ed. Sumaré; FAPESP, 2002. (Série Justiça).

ARDUINO, Ileana; LITVACHKY, Paula; MAXIT, Margarita O Ministério Público na Argentina. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O papel do Ministério Público*. Lisboa: Almedina, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <www.ammp.org.br/inst/artigo>. Acesso em: 04 dez. 2014.

ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (AMPERJ). Disponível em: <www.amperj.org.br/artigos>. Acesso em: 12 out. 2014.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 4, jul./dez. 1996.

_____. O problema das provas ilicitamente obtidas. *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 498, set. 1996.

_____. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 118, p. 75-88, nov./dez. 2004.

_____. *Temas de direito processual civil: 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fé, t. 2, 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 1. ed. 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Projetos de novo Código de Processo Civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

BURLE FILHO, José Emanuel. A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 56, n. 165, p. 34-36, jan./mar. 1994.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAGGIANO, Monica Herman S. O voto e o papel que desempenha no quadro brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996. v. 1.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 29 out. 2014.

CAMPOS, Benedicto de. *O Ministério Público e o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

CAMPOS, Fernanda. O Ministério Público como Ator político na implementação de políticas públicas: uma visão sociológica. In: VILLELA, Patrícia (Coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANÁRIO, Pedro. Independência dos promotores não garante arbitrariedades. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 02 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-02/independencia-membros-mp-nao-garante-arbitrariedade-decide-cnmp>>. Acesso em: 08 maio 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 132-136, jan./mar. 1977.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francisco. *La prueba civil*. 2. ed. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

_____. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 1, v. 2, v. 3 e v. 4.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e judicialização da política*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional. In: ALVES, Airton Buzzo et al. (Orgs.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Livr. Acadêmica – Saraiva, 1942. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Novas funções judiciais no Estado moderno. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 76, n. 614, p. 14-22, dez. 1986.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <www.cnmp.mp.br>. Acesso em: 06 ago. 2014.

_____. *Legislação*. <[www.cnmp.gov.br/normas/legislação](http://www.cnmp.gov.br/normas/legisla%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 14 nov. 2012.

_____. *Normas*. Disponível em: <www.cnmp.mp.br/portal/normas>. Acesso em: 04 dez. 2014.

CONSTRUINDO o Plano Geral de Atuação. Disponível em <<https://construindoopga.wordpress.com/2014>>. Acesso em: 13 dez. 2014.

CONTI, José Mauricio (Coord.). *Orçamentos públicos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

COSTA, Márcio. O artigo 133 da Constituição danificou a advocacia. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/marcos-costa-artigo-133-constituicao-danificou-advocacia>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

COSTA, Susana Henriques da. *A influência do contraditório na valorização dos elementos de prova produzidos em inquérito*. No prelo.

_____. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. 4. reimpr. Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2010.

_____. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. O problema da vinculação do Ministério Público a uma das partes no Processo Civil. *Justitia*, São Paulo, v. 49, n. 138, p. 103-111, abr./jun. 1987.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Ed. da UnB, 2001.

DALIA, Andrea Antonio. Il problema del coordinamento, dei collegamenti e dei controlli nell'esercizio della funzione di acusa. In: GAITO, Alfredo (A cura di). *Accusa penale e ruolo del Pubblico Ministero*. Atti del Convegno, Perugia 20-21 apr. 1990. Perugia: Jovene, 1991.

DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 75-87, jan./mar. 1999.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, João Paulo; LIMA, Teresa Maneca Lima. O Ministério Público em Portugal. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O papel do Ministério Público*. Lisboa: Almedina, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. 2. impr. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos da sentença*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. v. 1, v. 2 e v.3.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FABRI, Marco; CAVALLINI, Daniela. *O Ministério Público em Itália*. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O papel do Ministério Público*. Lisboa: Almedina, 2008.

FARIA, José Eduardo. A crise do Poder Judiciário no Brasil. *Justiça e Democracia* São Paulo, n. 1, p. 18-91, 1. sem., 1996.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Ed., 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Édís. *Ação civil pública – Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor. *Justitia*, São Paulo, ano 49, n. 137, p. 49-56, jan./mar. 1987.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERREIRA, Ximena Cardozo. A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas da área ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 249-267, jul./set. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

IORE, Edgard. O contraditório no inquérito civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 811, p. 24-37, maio 2003.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

FLORES PRADA, Ignacio. Apuntes sobre la posición constitucional del Ministerio Fiscal em España. *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, n. 131, jul./set. 2012.

_____. O Ministério Público em Espanha. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O papel do Ministério Público*. Lisboa: Almedina, 2008.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIANNICO, Maricí. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODINHO, Robson Renault. A admissibilidade da tutela jurisdicional e a efetividade dos processos envolvendo políticas públicas. In: VILLELA, Patrícia (Coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

_____. *Ministério Público e democracia*. Leme: Ed. de Direito, 1987.

_____. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 11-34, jan./jun. 2001.

GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenez; MORAES, Filomeno (Coords.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GRECO, Leonardo. Conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

_____. *Direito processual civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*. Trabalho apresentado nas Jornadas de Direito Processual, em Campos do Jordão, 2014.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 157, p. 147-164, mar. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____.; WATANABE, kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011.

GUYOT, Henry. *Étude sur le Ministère Public en France*. Nancy: Contant-Laguerre, Éditeur, 1894.

HENRIQUES, Elcio Fiori. In: CONTI, José Mauricio (Coord.). *Orçamentos públicos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

JACOB, César Augusto Alckmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 22. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELBERT, Fabiana Ockchstein. *Reserva do possível*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2011.

KERCHE, Fábio. *O Ministério Público no Brasil*. 2002. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

_____. *O Ministério Público no Brasil: autonomia, organização e atribuições*. 2002. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação do senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *Probatio Diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

LAMBERT, Edoard. *Gouvernement des juges et la lute contre la legislation sociale aus États-Unis*. Paris: Marcel Giard, 1921.

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. *La autonomia del Ministerio Fiscal em el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*. Madrid: La Ley, 2008.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LE JAMTEL, Edmond. *Fonctions du Ministère Public em matière civile*. Thèse Pour Le Doctorat. Paris: CAEN, 1878.

LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a respeito do ônus da prova. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo Costa Manso Real (Coords.). *Processo civil: homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual do direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 1.

LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica: a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência. In: ROSSI, Fernando (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES-CARDOSO, Álvaro. *Estatuto do Ministério Público anotado*. Coimbra: Almedina, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 88, p. 145-172, nov. 2006.

_____. (Coord). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____ et al. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 184-199.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Ação popular*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Transposição das Águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 1. ed. Campinas: Milenium, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1.

MARREY, Luiz Antonio Guimarães et al. *Livro de Teses do VI Congresso Nacional do Ministério Público*, APMP, 1985.

MARTINS, Alessandra Negrão Elias; LEIFERT, Maria Gabriela Mantaut; PEREIRA, Mônica Lodder de Oliveira. Mediação para idosos em situação de risco. Trabalho realizado no Ministério Público. *Nova Perspectiva Sistêmica*, ano 21, n. 44, dez. 2012.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. O Ministério Público e a intervenção no processo civil. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*, v. 2, 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/45/28>. Acesso em: 18 nov. 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Limites da autonomia e independência funcionais. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel (Coords.). *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

_____. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. Disponível em: <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpdemocracia.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Justitia*, São Paulo, v. 179/180, jul./dez. 1997.

_____. Questões controvertidas sobre o inquérito civil. In: ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasques; SILVA, José Antonio Franco da (Coords.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

_____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

_____. Pareceres. *Justitia*, São Paulo, ano 45, v. 123, out./dez. 1983.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

MICHELÍ, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

MILARÉ, Édís. Tutela processual civil do ambiente. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Manual prática da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, 1999.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE. Disponível em: <www.mp.ac.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Disponível em: <www.mprn.mp.br/file/acessibilidade>. Acesso em: 04 out. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/DO_Estado/2012/30_08_12.htm>.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat (1689-1755). *Do Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. t. 1.

_____. Segurança jurídica e justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 41, n. 2, p. 619-630. 2000.

MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

_____. Questões tópicas na ação civil pública: desistência ou abandono da ação: anotações sobre o inquérito civil e despesas processuais. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES JÚNIOR, Flávio Queiroz de. *Da estrutura filosófica do Ministério Público. Justitia*, v. 123, out./dez. 1983.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. São Paulo: Renovar, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

_____; _____. *Código de Processo Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____; _____. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. 1. reimpr. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3.

PASTORE, Délton Esteves. *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*. 2007. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2007.

PENTEADO, Jacques de Camargo. O princípio do promotor natural. *Justitia*, São Paulo, v. 47, n. 129, p. 114-124, abr./jun. 1985.

PINTO, Élidea Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre execução orçamentária. In: FORTINI, Cristiane; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PISANI, Andrea Proto. *Diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 2.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 5.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 3.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Edição Universitária. Coimbra: Almedina, 2013.

PRÊMIO CNMP reconhece os melhores projetos e boas práticas no MP. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/3674-premio-cnmp>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://www.pgr.pt>>. Acesso em: 09 set. 2014.

PROENÇA, Luiz Roberto. *Inquérito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PUNZI, Carmine; SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 30. ed. Padova: Cedam, 2000.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O ativismo judicial é ruim independente do resultado [Entrevista]. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 01 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *As funções extrajudiciais do Ministério Público: natureza jurídica, discricionariedade e limites*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. O incidente de resolução de demandas repetitivas. In: ROSSI, Fernando (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Joana Amaral. O papel do Ministério Público na fiscalização da constitucionalidade. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 132, out./dez. 2012.

_____. *Um Ministério Público Europeu: algures entre o optimismo e a resistência?* Coimbra: Almedina, 2012.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza et al. Promotoria Comunitária no Juri de Santo Amaro: seu surgimento, situação e perspectivas. *Justitia*, São Paulo, v. 198, p. 02-09, jan./jun. 2008.

ROYER, Jean-Pierre. Histoire du Ministere Public evolutions et ruptures. In: LE PARQUET dans la République. Paris: Fondation Nationale des Sciences Politique, 1995.

SABELLA, Walter Paulo. *Ministério Público: uma estratégia para maior efetividade de sua atuação*. Tese aprovada no 5º. Congresso Virtual Nacional do Ministério Público, com o tema central “Ministério Público: presente, passado e futuro”, realizado no período de 15 de outubro a 15 de dezembro de 2012, sob o patrocínio da Confederação Nacional do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/zc05wd.pdf>>.

SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coords.). *Ministério Público II e democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Legitimidade para agir: desenho processual da atuação do Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Processo civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coords.). *Direito processual público*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

SANSON, Alexandre. Os grupos de pressão e a consecução de políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1.

SARDÀ, Clara Marquet. *Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico sueco*. Barcelona: Atelier, 2010.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Orgs.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEDLACEK, Frederico D. *Nuevas herramientas para la ejecución de sentencias en litígios estructurales: el Case Management anglosajón y la cosa juzgada dinámica*. Disponível em: <www.cjprocesalistas.com.ar>. Acesso em: 01 maio 2014.

SILVA, Cláudio Barros. Atuação do MP como órgão interveniente no processo civil. *Revista do CNMP*, Série Especial – Principais decisões de 2005 a 2011. Brasília, v. 2 n. 3, p. 261-307, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

_____. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Inquérito civil*. Bauru: Edipro, 2000.

SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo Judiciário brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A investigação criminal a cargo do Ministério Público*. São Paulo: Edições APMP, 2013.

SOUZA, Motaui Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro - análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. El tribunal constitucional español como organo constitucional del estado: competencias, riesgos y experiencias. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Rio Piedras, v. 57, n. 1-2, p. 45-75, 1988.

TRASSARD, Cédric. O Ministério Público em França. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coords.). *O papel do Ministério Público*. Lisboa: Almedina, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VELLANI, Mario. *Il Pubblico Ministero nel processo*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1970.

VOLFF, Jean. *Le Ministère Public*. Paris: Presse Universitaire de France, 1998.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Mauricio Zanoide de; YARSHELL, Flavio Luiz (Coord.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Modalidades de mediação. In: SEMINÁRIO MEDIAÇÃO: UM PROJETO INOVADOR. São Paulo, p. 42-50. (Série Cadernos do CEJ, 22). Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>>.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; SICA, Ligia Paula P. Pinto (Coords.). *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*. São Paulo: CEBEPEJ; FGV, 2014. Disponível em: <http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judializacao_da_saude.pdf>.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. A intervenção do Ministério Público ditada pelo interesse público derivado da qualidade de parte. *Justitia*, São Paulo, v. 47, n. 130, p. 60-64, jul/set. 1985.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os Órgãos do Ministério Público. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.