

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO NEOCONSTITUCIONALISMO: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimização social

Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça do Ministério Públco do Estado de Minas. Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Públco do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual Civil e Doutor em Direito Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Comissão de Juristas do Ministério da Justiça encarregada de elaborar o Anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública. Professor

e Coordenador do Curso de Mestrado da Universidade de Itaúna. Coordenador Editorial do MPMG Jurídico. Presidente do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Públco do Estado de Minas Gerais — DE JURE.

Autor de vários livros.

“O Ministério Públco, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Públco é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições”.

Paulo Bonavides ¹

Sumário. 1. *Introdução.* 2. *Neoconstitucionalismo — algumas reflexões;* 2.1 *Pós-positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo;* 2.2 *Neoconstitucionalismo brasileiro e a nova summa divisio adotada na CF/88.* 3. *Algumas diretrizes do neoconstitucionalismo no novo perfil constitucional do Ministério Públco brasileiro:* 3.1 *O Ministério Públco brasileiro na Constituição Federal de 1988 e a sua natureza institucional;* 3.2 *Os dois modelos constitucionais do Ministério Públco brasileiro: o demandista e o resolutivo;* 3.3 *Do Ministério Públco como custos legis para o Ministério Públco como custos societatis e guardião da ordem jurídica (custos juris);* 3.4 *Algumas diretrizes interpretativas das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Públco;* 3.5 *O Ministério Públco e as suas atribuições e garantias constitucionais como cláusulas pétreas (superconstitucionais):* 3.5.1 *O papel constitucional das cláusulas pétreas;* 3.5.2 *O Ministério Públco como cláusula pétreia;* 3.5.3 *Os princípios, as atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Públco como cláusulas pétreas (superconstitucionais): a impossibilidade de sua eliminação ou restrição e a possibilidade de sua ampliação.* 4. *Alguns fatores constitucionais de ampliação da legitimização social do Ministério Públco;* 4.1 *A importância da preocupação com a legitimidade social do Ministério Públco;* 4.2 *Priorização da atuação preventiva;* 4.3 *Exercício da função pedagógica da cidadania: um compromisso constitucional social do Ministério Públco (arts. 1º, parágrafo único, 3º, 6º, 127, caput, e 205 da CF/88);* 4.4 *Realização periódica de audiências públicas;* 4.5 *Combate articulado e*

¹ *Os dois Ministérios Públcos do Brasil: o da Constituição e o do Governo.* In MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al (coords.), *Ministério Públco e a ordem social justa.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 350.

*sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais (art. 3º e art. 127, *caput*, da CF): da perícia para as estatísticas e indicadores sociais — necessidade de planejamento institucional e fiscalização orçamentária; 4.6 Provocação articulada e sistematizada do controle jurisdicional (abstrato/concentrado e difuso/incidental) e extrajurisdicional da constitucionalidade; 4.7 Ampliação e estruturação do modelo do Ministério Público resolutivo: necessidade de sistematização e maior investimento na atuação extrajurisdicional; 4.8 Atuação vinculada à especificação funcional da Instituição; 4.9 Acompanhamento da tramitação processual e fiscalização da execução dos provimentos jurisdicionais; 4.10 Adequação da independência funcional do órgão do Ministério Público ao planejamento funcional estratégico da Instituição; 4.11 Formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores do Ministério Público; 4.12 Revisão da atuação como órgão interveniente no processo civil com base na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais; 4.13 Utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação da Instituição. 5. Conclusões finais; 6. Referências bibliográficas.*

Resumo. A Constituição do Brasil, de 1988, consagrou um novo perfil ao Ministério Público brasileiro, atrelado à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*). O Ministério Público, assim, passou a ser Instituição constitucional de promoção social, de forma que a sua atuação está diretamente ligada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da CF/88, entre eles, a criação de uma sociedade justa, livre solidária, a erradicação da pobreza, das desigualdades sociais etc. Considerando que no neoconstitucionalismo a Constituição adquire força normativa irradiante e vinculante sobre todo o sistema jurídico, o novo perfil constitucional do Ministério Público deve ser considerado em todos os planos de sua atuação, extrajudicial e judicial. Merecem especial atenção, nesse contexto, os fatores constitucionais de ampliação de sua legitimização social.

Palavras-chave. Ministério Público. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo jurídico. Nova *summa divisio* constitucionalizada. Fatores de legitimização social. Atuação preventiva. Audiência pública. Função pedagógica da cidadania. Controle da constitucionalidade. Planejamento institucional funcional estratégico.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto pretende apresentar algumas questões importantes sobre o Ministério Público a partir do novo constitucionalismo. Em tempos atuais, está sedimentado o entendimento de que a Constituição possui força normativa irradiante sobre toda ordem jurídica a ela vinculada.

Na condição de uma das grandes diretrizes do pós-positivismo, o neoconstitucionalismo aponta a Constituição como Lei Fundamental, superando a visão de mera Carta Política. A Constituição deixa de ser mero capítulo da Política, mas, sim, esta é que passa a ser um instrumento de realização daquela.

A Constituição Federal brasileira de 1988 está inserida no que é denominado neoconstitucionalismo. Nela foi consagrado um novo perfil do Ministério Público brasileiro, atrelado à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

indisponíveis (art. 127, *caput*).

Com isso, no Brasil, o Ministério Público tornou-se umas das grandes instituições constitucionais de promoção social, de forma que a sua atuação funcional está atrelada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos expressamente no art. 3º da CF/88, tais como a criação de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais etc.

Daí a importância do estudo desse novo perfil constitucional do Ministério Público, tanto no plano da sua atuação jurisdicional quanto no da sua atuação extrajurisdicional.

Neste artigo, além da análise – na óptica do neoconstitucionalismo – de algumas diretrizes do novo modelo constitucional implantado no Ministério Público brasileiro pela CF/88, mereceram atenção particular, em razão da sua importância no novo constitucionalismo, a identificação e o apontamento de alguns fatores de ampliação da legitimação social da Instituição. Também receberam especial destaque a priorização da atuação preventiva; o exercício da função pedagógica da cidadania; a realização periódica de audiências públicas; o combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais; a provocação articulada e sistematizada do controle jurisdicional (abstrato/concentrado e difuso/incidental) e extrajurisdicional da constitucionalidade; e a ampliação e a estruturação do modelo do Ministério Público resolutivo.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO — algumas reflexões

2.1 Pós-positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo

1. Pós-positivismo. Afirma Luís Roberto Barroso que a abertura do caminho para um amplo conjunto, ainda inacabado, de reflexões sobre o Direito, sua interpretação e sua função social, decorreu da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo. O pós-positivismo jurídico pretende superar a legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Sem recorrer a categorias metafísicas, a nova concepção teórica procura estabelecer uma leitura moral do Direito. A teoria da justiça é que inspiraria a interpretação e a aplicação do ordenamento Jurídico, excluindo, contudo, voluntarismos e personalismos, especialmente os judiciais. Nesse conjunto de concepções ricas e heterogêneas, ainda em construção, estão a atribuição de normatividade aos princípios e a fixação de suas relações com os valores e as regras. Há uma necessária reaproximação entre o Direito e a Filosofia, impondo-se também, entre as várias diretrizes de mudança paradigmática, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a implementação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos

direitos fundamentais a partir da dignidade humana ².

A expressão *pós-positivismo*, porém, é equívoca e poderá guardar vários significados, tendo em vista a sua ampla abertura conceitual. Contudo, a doutrina que tem enfrentado o tema faz a análise do assunto a partir da guinada do direito constitucional e da inserção dos seus princípios como diretrizes fundamentais da ordem jurídico-democrática. O *pós-positivismo* abrange todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica, democrática, pluralista e aberta de valores. As concepções mais atuais em torno do *neoconstitucionalismo* estão inseridas dentro do gênero *pós-positivismo*^{3 e 4}.

Antonio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti esclarecem que o *pós-positivismo jurídico* constitui, em linhas gerais, um novo paradigma no plano da teoria jurídica, que objetiva contestar as *insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional*. Afirmando que o próprio termo *pós-positivismo*, que também é *conhecido como não-positivismo ou não-positivismo principiológico*, é detentor de um *status provisório e genérico*, na sua categoria terminológica, e a sua utilização não é pacífica, inclusive entre os autores que partilham de suas teses axiais. Esclarecem, ainda, que as suas bases filosóficas são ecléticas e compõem uma constelação de autores, os quais mantêm ponto de contato com concepções de um tardio Gustav Radbruch e passam pelas influências da teoria da justiça de John Rawls, além de incorporarem elementos da filosofia hermenêutica e as bases da teoria do discurso de Habermas. No quadro da concepção pós-positivista, afirmam que seriam destacáveis cinco aspectos: 1º) *o deslocamento da agenda*, com ênfase na importância dos princípios gerais do Direito e na dimensão argumentativa na compreensão da funcionalidade do direito no âmbito das sociedades democráticas atuais, bem como o aprofundamento no papel que deve ser desempenhado pela hermenêutica jurídica; 2º) *a importância dos casos difíceis*; 3º) *o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição*; 4º) *a busca*

² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 58, p. 133

³ A respeito, formulando crítica ao positivismo e demonstrando sua incompatibilidade com o neoconstitucionalismo, escreveu STRECK, Lenio Luiz: “*Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ‘ideologia política’ menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque esta separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico (...)*”. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 155.

⁴ No mesmo sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 35-40.

de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; 5º) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis⁵.

Diz a doutrina, ao estudar o tema, que o *pós-positivismo* não visa à desconstrução da ordem jurídica, mas à superação do conhecimento convencional com base nas idéias de justiça e de legitimidade, inserindo, para tanto, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, como a síntese dos valores consagrados na ordem jurídica⁶. A nova concepção tem influenciado decisivamente na criação de uma hermenêutica constitucional inovadora.

A própria concepção de sistema jurídico sofre transformações: de sistema jurídico fechado e auto-suficiente para sistema jurídico aberto, móvel e composto de valores⁷.

O *pós-positivismo* coloca o *constitucionalismo* em substituição ao *positivismo legalista*, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção e fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador ordinário⁸.

A metodologia do *pós-positivismo* inseriu a *hermenêutica* como o capítulo mais relevante para o *novo direito constitucional*, iniciando-se a superação da metodologia clássica, que pregava a *interpretação-subsunção*, por uma nova interpretação constitucional criativa: a *interpretação-concretização*⁹.

Paulo Bonavides arrola as principais conquistas resultantes da *nova hermenêutica do constitucionalismo* da segunda metade do século XX: a) elaboração científica de um novo Direito Constitucional; b) criação de uma teoria material da Constituição diversa da sustentada pelo jusnaturalismo ou pelo positivismo formalista; c) superação da visão meramente jusprivatista e juscivilista para uma concepção em torno do “direito público”; d) uma nova interpretação, mais ampla, da Constituição e uma nova interpretação, mais restrita, dos direitos fundamentais, ambas

⁵ *Pós-positivismo*, in BARRETO, Vicente de Paulo (coord.), *Dicionário de filosofia do direito*, p. 650-4.

⁶ Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto: “(...) o *pós-positivismo* não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade”. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, in BARROSO, Luís Roberto (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 28.

⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, in BARROSO, Luís Roberto (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 34-5.

⁸ Nesse sentido, ALEXY, Robert, que acrescenta: “A la polémica entre constitucionalistas y legalistas subyacen profundas diferencias sobre la estructura del sistema jurídico. Por ello, una respuesta bien fundamentada a la cuestión acerca de quién tiene razón puede ser respondida sólo sobre la base de una teoría del sistema jurídico (...)”. A polémica entre constitucionalistas e legalistas subjazem profundas diferenças sobre a estrutura do sistema jurídico. Por isso, uma resposta bem fundamentada a essa questão acerca de quem tem razão pode ser respondida somente com fundamento em uma teoria do sistema jurídico (tradução livre pelo autor). *El concepto y la validez del derecho*, p. 159-61.

⁹ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 18^a ed., p. 592.

autônomas e em recíproca sintonia; e) inserção do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, com a ampliação da incidência do direito constitucional para todas as áreas do direito; f) conversão dos princípios gerais do direito em princípios constitucionais com eficácia normativa; g) elaboração de uma concepção de *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais, antes concebidos somente no plano da *subjetividade*; h) expansão normativa do direito constitucional para todas as áreas do Direito; i) consagração da tese mais importante, “(...)*de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da Ciência Política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e de outros constitucionalistas francesas filiados à linha da reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico*”¹⁰.

2. *Neoconstitucionalismo*. Já o novo constitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo *positivismo meramente legalista*, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social¹¹.

O *neoconstitucionalismo* objetiva superar justamente essas barreiras interpretativas impostas pelo *positivismo legalista*¹². Lenio Luiz Streck entende que a superação de tais obstáculos poderá ser viabilizada em três frentes: a) por intermédio da teoria das fontes, haja vista que a lei já não é mais a única fonte — a Constituição passa a ser fonte auto-aplicativa; b) por uma substancial alteração na teoria da norma, imposta pela nova concepção dos princípios, cuja problemática

¹⁰ *Curso de direito constitucional*, 18^a ed., p. 583-4.

¹¹ SARMENTO, Daniel: “A palavra ‘neoconstitucionalismo’ não é empregada no debate constitucional norte-americano, tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, principalmente depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada ‘Neoconstitucionalismo (s)’, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha e 2003”. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, in LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*, p. 11.

¹² Adverte SARMENTO, Daniel que os adeptos do neoconstitucionalismo embasam suas concepções em ramificações teóricas bem heterogêneas, abrangendo, assim, entre outros, os pensamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino: “(...) *nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Por outro lado, tanto entre os referidos autores com entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade de uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e proceduralistas. Neste quando, não é tarefa singela definir neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não existe um único neconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que talvez justifique sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa*”. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, in LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*, p. 11-2.

também tem relação com a própria fonte dos direitos; c) por uma radical mudança no plano hermenêutico-interpretativo, para passar do paradigma da *interpretação para compreensão* para a *compreensão para a interpretação*¹³.

Luís Roberto Barroso esclarece que o *neoconstitucionalismo* pode ser estudado em três aspectos. Primeiro, pelo *aspecto histórico*, com a análise das transformações do direito constitucional depois da 2ª Grande Guerra Mundial, especialmente por força da Lei Fundamental de Bonn (1949) e das Constituições da Itália (1947), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Também merece ser citada a Constituição Federal do Brasil de 1988. Segundo, pelo *aspecto filosófico*, o que deve ser realizado pelo estudo das vertentes teóricas que compõem o *pós-positivismo jurídico*. Terceiro, pelo *aspecto teórico*, o qual engloba o estudo da *força normativa da Constituição*, da *expansão da jurisdição constitucional* e do *desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional*¹⁴. No mesmo sentido, também são os ensinamentos de Eduardo Cambi, o qual aponta o *neoprocessualismo* como decorrência do neoconstitucionalismo¹⁵.

O *neoconstitucionalismo* propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade, nos termos do modelo constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 3º, 5º, 6º etc.). Essa superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implementação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados¹⁶.

¹³ Escreve STRECK, Lenio Luiz: “(...) *Da incindibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo aparece sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar de giro lingüístico-hermenêutico. Esse ‘linguistic turn’, denominado também de giro ‘lingüístico-ontológico’, proporcionou um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo. Não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca (va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação*”. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 159.

¹⁴ Acrescenta BARROSO, Luís Roberto: “*Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais*”. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, p. 129-73.

¹⁵ *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, in FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coordenadores), *processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 664-72.

¹⁶ Nesse sentido, Escreve STRECK, Lenio Luiz: “(...) *Em síntese, o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição ‘extremamente embebedoura’ (persuasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais*”. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 160. Com abordagem sobre o neoconstitucionalismo, com inclusive inúmeros artigos e texto de capa nesse sentido, cf.

Propõe-se também a concepção da Constituição como sistema aberto de valores, dinâmico em suas estruturas e transformador da realidade social.

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos é o ponto central para o *neoconstitucionalismo*. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é potencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos que superem as amarras construídas em um passado de repressão e até mesmo de indiferença do Estado em relação aos reais problemas sociais.

A própria interpretação do texto constitucional no plano do *neoconstitucionalismo* deve ser compreendida a partir da sua aplicação (efetivação). Como disse Lenio Luiz Streck, a Constituição será o resultado de sua interpretação, que tem o seu conhecimento no plano do ato aplicativo como produto da intersubjetividade dos juristas que emerge da complexidade das relações sociais¹⁷. No *neoconstitucionalismo*, a interpretação da Constituição é também *aberta* e *pluralista* e a idéia que gira em torno da construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, conforme fundamenta Peter Häberle¹⁸, corresponde às novas posturas constitucionalistas, o que mantém perfeita sintonia com a principiologia do *Estado Democrático de Direito*, implantada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º etc.).

Convém destacar que deve ser considerada a advertência feita por determinado setor da doutrina, no sentido da necessidade de uma visão mais equilibrada em torno do neconstitucionalismo, de sorte a evitar posturas radicais que possam colocar em risco a democracia, a segurança jurídica e outros valores inerentes ao Estado Democrático de Direito¹⁹.

(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as constituições, in Revista do Instituto de hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004; também CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo* (s).

¹⁷ Diz ainda STRECK, Lenio Luiz: “*Ora, a construção das condições para a concretização da Constituição implica o entendimento da ‘Constituição como uma dimensão que banha todo o universo dos textos jurídicos, transformando-os em normas, isto porque a norma é sempre produto da atribuição de sentido do intérprete, o que ocorre sempre a partir de um ato aplicativo, que envolve toda a historicidade e a faticidade, enfim, a situação hermenêutica em que se encontra o jurista/intérprete. Por isto, Gadamer vai dizer que o entender contém sempre um fator de ‘applicatio’. Entender sem aplicação não é um entender*”. *Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo*, in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno (coords.), *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, p. 541.

¹⁸ Escreveu HÄBERLE, Peter: “*Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tornam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neunem mitkonstituiert und Von ihr Konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade*”. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*, p. 13.

¹⁹ Nesse sentido, optando por uma concepção mais moderada em torno do neoconstitucionalismo, manifestou

2.2 Neoconstitucionalismo e a nova *summa divisio* adotada na CF/88

A *summa divisio* *Direito Público* e *Direito Privado* não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada no País é *Direito Coletivo* e *Direito Individual*. O texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre os *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*²⁰.

Para o novo constitucionalismo democrático, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular. A partir dessas premissas, no contexto do sistema jurídico brasileiro, a dicotomia *Direito Público* e *Direito Privado* não mais se sustenta. Outros argumentos de fundamentação tanto no viés constitucional quanto no aspecto teórico dão embasamento a essa assertiva.

Apesar da autonomia metodológica e principiológica do *Direito Coletivo* brasileiro, não sustentamos a sua interpretação na condição de novo ramo do Direito; como não entendemos que o *Direito Individual*, que compõe a outra dimensão da *summa divisio* constitucionalizada no País, seja outro ramo do Direito. Na verdade, o *Direito Coletivo* e o *Direito Individual* formam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No *Direito Coletivo* existem ramos do Direito, tais como o *Direito do Ambiente*, o *Direito Coletivo do Trabalho*, o *Direito Processual Coletivo* e o próprio conjunto, em regra, do que é denominado de “*Direito Público*”, que estaria dentro do *Direito Coletivo*, existindo, contudo, exceções. Da mesma forma, no *Direito Individual* há vários ramos do Direito como o *Direito Civil*, o *Direito Processual Civil*, o *Direito Individual do Trabalho*, o *Direito Comercial* etc.

O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/88), está inserido na sociedade²¹, regido pela Constituição, com a função de proteção e de efetivação

SARMENTO, Daniel: “*Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o direito com exigências de justiça e moralidae crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo*”. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, in LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*, p. 49.

²⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo — superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²¹ No mesmo sentido, sustentando que o dualismo clássico (Estado e sociedade) não subsiste no Estado Democrático de Direito, ZIPPELIUS, Reinhold: “*A distinção entre Estado e sociedade provém de uma época histórica durante a qual a centralização do poder político na mão de um soberano absoluto e respectiva burocracia dava origem à novação de*

tanto do Direito Coletivo quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo²². Com isso, conclui-se que existem dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de “Direito Público” também no Direito Individual, como é o caso do Direito Processual Civil, de concepção individualista²³.

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam dois grandes blocos do sistema jurídico brasileiro, integrados por vários ramos do Direito. Entretanto, o Direito Constitucional está acima, no topo da nova *summa divisio* constitucionalizada. O Direito Constitucional representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do Direito Constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual.

Ademais, a visão atual em torno do acesso à justiça e da efetividade dos direitos, atrelada ao plano da titularidade, confirma a nova *summa divisio* adotada na CF/88. A titularidade e a proteção estarão sempre relacionadas a direito individual ou a direito coletivo amplamente considerado²⁴.

O Ministério Público atua na defesa da Constituição e dos dois planos da nova *summa divisio*. Além de guardião da Constituição, na sua condição de Lei Fundamental da ordem jurídica, a Instituição ministerial atua na defesa de todos os direitos coletivos em geral, bem como na defesa dos direitos individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, e art. 129, III, da CF/88).

A partir da nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil, especialmente em razão da inserção dos direitos coletivos no plano dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88), é que poderemos desenvolver e sedimentar um constitucionalismo brasileiro que sirva de modelo para outros países²⁵.

que o Estado constituía uma realidade autônoma em face à sociedade”. *Teoria geral do Estado*, p. 158.

²² ZIPPELEUS, Reinhold: “(...) no processo de formação da vontade estadual cada indivíduo surge, perante os outros, na posição de igual e livre. Mas a orientação do Estado não tem de ser marcada pelo egoísmo dos interesses particulares que domina a vida social, mas em vez disso — deve-se concluir — pelo justo equilíbrio daqueles interesses”. *Teoria geral do Estado*, p. 159.

²³ É inquestionável que a Constituição contém tanto normas de “Direito Público” quanto de “Direito Privado” e, assim, não é tecnicamente, nem metodologicamente adequado, o enquadramento do Direito Constitucional como um dos capítulos do Direito Público, conforme assim o faz a *summa divisio* clássica.

²⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo — superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo — superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

3. ALGUMAS DIRETRIZES DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO NOVO PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

3.1 O Ministério Públíco brasileiro na Constituição Federal de 1988 e a sua natureza institucional

O Ministério Públíco está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no Título IV — *Da Organização dos Poderes* —; mas, em seção própria (artigos 127/130 da CF), no capítulo *Das Funções Essenciais à Justiça*. Está, portanto, separado dos demais Poderes do Estado.

O perfil constitucional do Ministério Públíco está estabelecido pelo art. 127, *caput*, da Constituição, que o define como “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. É, portanto, Instituição permanente e, em assim sendo, é cláusula pétrea.

No Direito Comparado, diferentemente do que acontece no Brasil atualmente, a melhor doutrina não vê no Ministério Públíco de outros países um legítimo e seguro defensor dos interesses e direitos massificados e aponta como óbices a *falta de independência* e de *especialização* desta *Instituição* e, como conseqüência, as *ingerências políticas espúrias*. Todavia, o próprio Mauro Cappelletti, como crítico da outorga dessa espécie de atribuição ao Ministério Públíco, já ressaltou que esses obstáculos não se apresentam ao Ministério Públíco brasileiro, sobretudo depois que a sua independência foi assegurada pela Constituição de 1988²⁶.

Após o advento da Constituição de 1988, que representa a maior conquista do Ministério Públíco brasileiro, outras leis vieram no sentido de possibilitar a efetividade das tarefas constitucionais da Instituição, explicitando suas atribuições e legitimando-a expressamente para a atuação na tutela, especialmente, das pessoas portadoras de necessidades especiais (Lei 7.853/89), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/89), da criança e do adolescente (Lei 8.069/90), do consumidor (Lei 8.078/90), do patrimônio público (Lei 8.429/92 e Lei 8.625/93), da ordem econômica e da livre concorrência (Lei 8.884/94), do Idoso (Lei 10.741/03) etc.

Como escreve Antônio Alberto Machado, a evolução histórica permite observar a *vocação democrática* do Ministério Públíco²⁷, o qual hoje, com as novas atribuições que lhe foram

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso dos consumidores à justiça*. In *As garantias do cidadão na justiça* (obra conjunta, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 313.

²⁷ Escreve ainda MACHADO, Antônio Alberto: “[...] a instituição do Ministério Públíco parece ter uma espécie de vocação democrática, talvez inerente à sua ratio; ou até mesmo concluir-se que a existência dela só faz sentido numa democracia, sendo certo que a sua ausência ou tibieza, de outra parte, é sempre indício de regime autoritário”.

reservadas pela Constituição, é instituição de fundamental importância para a transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito.

Há quem sustente que o Ministério Público estaria atado ao Poder Legislativo, a este incumbindo a elaboração da lei e àquele a fiscalização do seu fiel cumprimento. Há quem defenda que a atividade do Ministério Público é eminentemente jurisdicional, razão pela qual estaria ele atrelado ao Poder Judiciário. E há quem afirme que a função do Ministério Público é administrativa, pois ele atuaria para promover a execução das leis e estaria atrelado ao Poder Executivo²⁸.

Nenhuma dessas concepções encontra respaldo perante o Texto Constitucional de 1988 que, além de ampliar muito o campo de atribuição do Ministério Público, conferiu-lhe *autonomia administrativa, orçamentária e funcional* (art. 127, § 2º, da CF), colocou-o em capítulo separado dos outros Poderes do Estado, traçou os seus princípios institucionais (art. 127, § 1º, da CF) e, ainda, conferiu garantias funcionais aos seus órgãos de execução para o exercício independente do mister constitucional (art. 128, § 5º, inciso I, alíneas "a", "b" e "c").

Assim, entendemos que, das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da *sociedade política*, como órgão repressivo do Estado, para a *sociedade civil*, como legítimo e autêntico defensor da sociedade²⁹. Esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais. A primeira seria a *social*, que originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a *sociedade* no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a *política*, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da *democracia* e das *instituições democráticas*. A terceira seria a *jurídica*, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa, orçamentária e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.

Em verdade, o deslocamento do Ministério Público da *sociedade política* para a *sociedade civil* é muito mais *funcional* que *administrativo*, pois administrativamente o Ministério Público ainda permanece com estrutura de instituição estatal, com quadro de carreira, lei orgânica própria e vencimentos advindos do Estado, o que é fundamental para que ele tenha condições de exercer o seu papel constitucional em situação de igualdade com os Poderes estatais por ele fiscalizados.

Escreve Marcelo Pedroso Goulart: “*Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do 'processo democrático', alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já*

Ministério público: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 140.

²⁸ Sobre a polêmica, consultar MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao ministério público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 19-20.

²⁹ É o entendimento de GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério público e democracia — teoria e práxis*, p. 96; esse também é o pensamento de MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério público: democracia e ensino jurídico*, p. 141-2.

*previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do 'projeto democrático'*³⁰.

3.2 Os dois modelos constitucionais do Ministério Público brasileiro: o demandista e o resolutivo

Dentro do novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*. O Ministério Público *demandista*, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados³¹. O Ministério Público *resolutivo* é o que atua no plano extrajurisdicional, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Marcelo Goulart ainda ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público *resolutivo*, levando-se às últimas consequências o *princípio da autonomia funcional* com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados³². Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo.

Portanto, nesse contexto, a atuação extrajurisdicional da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente de seu papel é das instâncias mais legítimas e democráticas para conferir proteção e efetividade aos direitos e

³⁰ *Ministério público e democracia — teoria e práxis*, p. 96. No mesmo sentido, MACHADO, Antônio Alberto, *Ministério público: democracia e ensino jurídico*, p. 141-142.

³¹ Op. cit. nota anterior, p. 119-123.

³² Op. cit. notas anteriores, p. 120-121.

interesses primaciais da sociedade.

Novamente, Marcelo Goulart propõe que o Ministério Público deve: “[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis — local, regional, estatal, comunitário e global —, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da 'sociedade civil planetária'; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação)”³³.

O Ministério Público *resolutivo*, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma *ordem jurídica realmente mais legítima e justa*. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros *trabalhadores sociais*, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais³⁴.

3.3 Do Ministério Público como *custos legis* para o Ministério Público como *custos societatis (custos juris)* e guardião da ordem jurídica

Na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*). Assume agora, pelas razões já expostas, o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e, fundamentalmente, o papel de guardião do próprio direito (*custos juris*), conforme ensinamento de Cláudio Souto³⁵.

A respeito já assinalou Antônio Alberto Machado: “[...] Esse desafio de ruptura com o modelo tradicional da ciência e da praxis do direito, reproduzido pelo ensino jurídico brasileiro, essencialmente normativista e com evidentes traços ainda do modelo coimbrão, assume uma clara importância histórica que vali além da mera ampliação dos limites e possibilidades de atuação de um dos operadores jurídicos tradicionais. A existência de um ‘*custos juris*’ com possibilidade de

³³ Op. cit. notas anteriores, p. 121-122.

³⁴ Mais uma vez colhem-se as lições de GOULART, Marcelo Pedroso: “Do ângulo político, só poderemos entender o promotor de justiça como trabalhador social, vinculado à defesa da qualidade de vida das parcelas marginalizadas da sociedade, a partir do momento em que rompa as barreiras que historicamente o isolaram dos movimentos sociais, passando a articular sua ação com esses movimentos. Deve assumir o seu compromisso político, não apenas nos aspectos da retórica e das elaborações doutrinárias, mas, sobretudo, na atuação prática, como intelectual orgânico”. Op. cit. notas anteriores, p. 98.

³⁵ *O tempo do direito alternativo — uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997, p. 84-7.

empreender a defesa jurídico-prática da democracia e de um ‘custos societatis’ destinado a defender os direitos fundamentais da sociedade, representam não apenas uma conquista efetivamente democrática da sociedade brasileira, mas também uma autêntica possibilidade de ruptura com o positivismo do direito liberal que desde o século passado sustentou, ‘nos termos da lei’, as bases oligárquicas do poder social, econômico e político no País’³⁶.

É nessa concepção de *custos societatis* e *custos juris* que o Ministério Público, no seu papel demandista, tornou-se o mais atuante legitimado para a defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos no Brasil.

Essa hegemonia da Instituição, na defesa dos interesses massificados, decorre certamente de dois fatores básicos. O primeiro está fundamentado no seu próprio novo perfil constitucional como Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais* (art. 127, *caput*, da CF). O outro fator decorre do próprio exercício prático de suas atribuições constitucionais, o qual tem amparo nas garantias constitucionais e nos mecanismos de atuação funcional que são inerentes ao Ministério Público.

Gustavo Tepedino ressalta esse novo papel outorgado pelo Constituinte de 1988 ao Ministério Público, alçado como o principal agente de promoção dos valores e direitos indisponíveis, o que lhe conferiu, nas palavras do autor mencionado, *função promocional*, especificada no art. 129 da CF³⁷.

Assim, é hoje público e notório que o Ministério Público é a Instituição que mais tem atuado para a defesa dos interesses e direitos massificados, seja no campo extrajurisdicional, seja no jurisdicional, especialmente por intermédio do inquérito civil e do ajuizamento de ações civis públicas. Antônio Augusto de Camargo Ferraz faz essa observação ao afirmar que mais de 90% (noventa por cento) dos casos de atuação jurisdicional na defesa dos interesses massificados no País decorrem da iniciativa do Ministério Público, o que para o autor é motivo de preocupação com essa tímida atuação dos demais legitimados ativos, já que tal situação seria efeito da *fragilidade de nossa democracia*³⁸.

Na condição de guardião da ordem jurídica, assume papel de destaque a atuação do Ministério Público no controle da constitucionalidade tanto no controle concentrado e abstrato quanto no controle difuso e incidental. Convém destacar, também, a importância da atuação do Ministério Público para o controle extrajurisdicional da constitucionalidade, que poderá se dar quando a Instituição expede recomendação para provocar perante o Poder Legiferante o

³⁶ *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*, p. 197-8.

³⁷ *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 300.

³⁸ *Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In Ação civil pública. Lei 7.347/85 — 15 anos*. Obra conjunta, coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2001, p. 64.

autocontrole da constitucionalidade³⁹. A tomada de Termo de Ajustamento de Conduta também é um excelente mecanismo para viabilizar o controle extrajurisdicional da constitucionalidade das leis ou dos atos normativos pelo Ministério Público.

No Anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública, atual Projeto de Lei nº 5.139/2009, inserido do II Pacto Republicano de Estado e em tramitação no Congresso Nacional, o Ministério Público é tratado como guardião da ordem jurídica e não como mero fiscal da lei, sendo que consta do seu art. 6º, § 2º: “*O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica*”⁴⁰. Portanto, a nova redação proposta guarda relação de perfeita e correta adequação com a terminologia constitucional (art. 127, *caput*, da CF/88).

3.4 Algumas diretrizes interpretativas das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público

A CF/88 valorizou o Ministério Público, seus princípios, atribuições e garantias constitucionais, da mesma forma que valorizou os direitos constitucionais fundamentais arrolados no seu Título II. Ela consignou expressamente, em rol exemplificativo, várias atribuições ao Ministério Público no art. 129. A leitura do art. 129 deve estar unida à do art. 127, que é a cláusula-mãe do Ministério Público, sendo que a leitura do art. 127, por sua vez, está associada à do art. 1º da CF, que estatui o Estado Democrático de Direito.

A vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas pelo Ministério Público, prevista no art. 129, IX, da CF, são limitações às atribuições da Instituição que, indireta e reflexamente, fortalecem a dimensão do Ministério Público como legítimo defensor da sociedade e da ordem jurídica democrática.

É de se consignar que a norma de encerramento prevista no art. 129, IX, da CF/88, que permite que sejam conferidas ao Ministério Público novas atribuições compatíveis com sua finalidade, é norma constitucional que mantém perfeita sintonia com o art. 127, *caput*, e, especialmente, com a cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais, prevista no art. 5º, § 2º, da CF/88.

Da mesma forma, a CF/88 conferiu ao Ministério Público inúmeras garantias, com especial

³⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, p. 770-3.

⁴⁰ Para uma visão geral do Projeto de Lei nº 5.139/2009, vale a pena conferir o texto publicado por Rogério Favreto, presidente da Comissão designada pelo Ministério da Justiça, e Luiz Manoel Gomes Júnior, relator da mencionada Comissão, que tivemos a honra de integrar na condição de jurista consultor do Ministério da Justiça. FAVRETO, Rogério, GOMES JÚNIOR, Luiz MANOEL. *Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais alterações*. In *Revista de Processo: Revista dos Tribunais*, v. 176:174-94, ano 34, outubro, 2009.

destaque para os arts. 127 e 128. Logo no § 1º do art. 127, a Constituição consagra a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional do Ministério Público como princípios institucionais. O § 2º do mesmo artigo assegura ao Ministério Público a sua autonomia funcional e administrativa. Adiante, no art. 128, § 5º, estão previstas as principais garantias do Ministério Público, sendo elas: vitaliciedade após dois anos de exercício; inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público; irredutibilidade de subsídios.

As vedações, que em verdade são garantias indiretas e reflexas da própria Instituição, estão no § 5º do art. 128 da CF/88, a saber: não receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; não exercer a advocacia, salvo exceção constitucionalmente prevista no ADCT; não participar de sociedade comercial, salvo na forma da lei; não exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; não exercer atividade político-partidária; não receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

O estudo, a interpretação/concretização das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público dependem, fundamentalmente, da análise das respectivas normas constitucionais no plano das cláusulas pétreas ou superconstitucionais.

3.5 O Ministério Público e as suas atribuições e garantias constitucionais como cláusulas pétreas (superconstitucionais)

3.5.1 O papel constitucional das cláusulas pétreas

As cláusulas pétreas exercem papel de suma importância em uma Constituição democrática e cidadã como é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nelas estão assentadas todas as garantias máximas da sociedade, as quais são protegidas contra o poder reformador.

A Constituição Federal de 1988 arrola as cláusulas pétreas ou superconstitucionais no § 4º do art. 60, onde consta: *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais.*

A respeito do assunto, escreveu Oscar Vilhena Vieira: “No Brasil um amplo grupo de cláusulas superconstitucionais foi estabelecido como cerne inalterável do texto de 1988. O enrijecimento desses dispositivos por força do art. 60, § 4º e incisos, da Constituição constitui uma resposta às diversas experiências autoritárias de nossa história, nas quais os princípios e direitos, agora entrincheirados como cláusulas superconstitucionais, foram sistemática e institucionalmente

violados. A adoção dessas cláusulas limitadoras do poder de reforma também parece corresponder a uma alteração do próprio modelo constitucional adotado em 1988. A Constituição de 1988 é uma das representantes mais típicas do constitucionalismo de caráter social ou ‘dirigista’ (...)"⁴¹.

A interpretação das cláusulas pétreas não pode ser conduzida por métodos interpretativos fechados, de forma que a interpretação meramente gramatical é rechaçada. A interpretação constitucional adequada, consoante melhor entendimento doutrinário, é aquela que possa retirar do rol das cláusulas pétreas a sua melhor e mais legítima eficácia social. Assim, a interpretação dessas cláusulas superconstitucionais é aberta e flexível no sentido ampliativo. Por exemplo, na leitura do inciso IV do § 4º do art. 60 devem estar incluídos os direitos coletivos, tendo em vista que esses direitos estão, ao lado dos direitos individuais, inseridos no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88). Nesse sentido, já sustentamos: “Assim, apesar das concepções em sentido contrário, o melhor entendimento tem sustentado que o art. 60, § 4º, da CF/88, não deve ser interpretado restritivamente. O Direito Coletivo, como direito constitucional fundamental, beneficia-se do sistema constitucional das *cláusulas pétreas* e está protegido contra as reformas constitucionais. Ademais, no Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF/88), a tutela jurídica é integral, a Direito Coletivo e a Direito Individual, não havendo razão para qualquer discriminação que represente restrição a um ou a outro⁴².

Oscar Vilhena Vieira, ao apresentar estudo sobre a *Constituição e sua Reserva de Justiça*, afirma que não deve prevalecer a interpretação literal do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, pois para a compreensão dos direitos fundamentais deve levar-se em conta os elementos indispensáveis à realização da dignidade humana e (...) *não como um conjunto finito de direitos positivados com uma ou com outra denominação, ou, ainda, numa ou outra posição dentro do texto constitucional* (...). Conclui o autor que a supremacia dos direitos como *cláusulas superconstitucionais* não decorre de classificações arbitrárias, mas da sua exigibilidade para a realização da dignidade⁴³.

⁴¹ *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, p. 26.

⁴² ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 492. Nesse sentido, afirmou SARLET, Ingo Wolfgang: “*Todas estas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente (...) não há como negligenciar o fato de que a nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado democrático social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incs. I, III, e art. 3º, incs. I, III e V. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado na nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados — mesmo não estando expressamente previstos no rol das ‘cláusulas pétreas’ — autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional (...)*”. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 403-4.

⁴³ E acrescenta: “*Assim, aqueles direitos que possam ser moralmente reivindicados e racionalmente justificados, enquanto elementos essenciais à proteção da dignidade humana e que habitem a democracia, como procedimento para a tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres, devem ser protegidos como superconstitucionais —*

Escreve Uadi Lammêgo Bulos sobre as cláusulas pétreas: “(...) são aquelas que possuem uma supereficácia, ou seja, uma eficácia total, como é o caso dos incisos I a IV, infra. Daí não poderem usurpar os limites expressos e implícitos do poder constituinte secundário. Logram eficácia total, pois contêm uma força paralisante de toda a legislação que vier a contrariá-las, de modo direto ou indireto. (...)”⁴⁴.

As cláusulas superconstitucionais no *neoconstitucionalismo* devem ser protegidas contra o poder reformador e, ao mesmo tempo, elas assumem uma função ativa, no sentido de que devem ser efetivadas e concretizadas materialmente. Constituem, assim, ao mesmo tempo, função de proteção e função de efetivação/concretização da Constituição.

Novamente, ensina Oscar Vilhena Vieira: “O Estado democrático-constitucional tem historicamente articulado a convivência de um Direito com pretensão de legitimidade e um poder coercitivo que garante respaldo a esse Direito e, ao mesmo tempo, é por ele domesticado. A finalidade de uma teoria das cláusulas superconstitucionais é que o processo de emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo (...)”⁴⁵.

3.5.2 O Ministério Público como cláusula pétreia

O art. 127, *caput*, da CF/88, diz expressamente que o Ministério Público é *Instituição permanente*. Com base na interpretação lógica e na sua correta e perfeita relação com a interpretação teleológica, verifica-se que a Constituição, ao estabelecer que o Ministério Público é instituição permanente, está demonstrando que a Instituição é cláusula pétreia, que recebe proteção total contra o poder reformador, ao mesmo tempo em que impõe a sua concretização social como função constitucional fundamental. Nesse sentido, aduziu Cláudio Fonteles: “Se o Ministério Público é instituição *permanente*, enquanto existir a concepção constitucional do Estado brasileiro, como posta na chamada *Carta-cidadã* — a Constituição Federal de 1988 — ele *jamais* poderá ser extinto”⁴⁶.

Não bastasse isso, observa-se que o Ministério Público tem o dever de defender o regime democrático, conforme está expresso no próprio art. 127, *caput*, da CF. O regime democrático, na

estejam eles positivados por intermédio de normas constitucionais ou decorram dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, o que é expressamente admitido pelo § 2º do art. 5º da Constituição”. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, p. 245-6.

⁴⁴ *Constituição Federal anotada*, p. 775.

⁴⁵ *A Constituição e sua reserva de justiça*, p. 227.

⁴⁶ *O artigo 127 da Constituição Federal: reflexões*, in MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão *et al* (coords.), Ministério Público e a ordem social justa, p. 1.

sua condição de regime do Estado da cidadania brasileira, é cláusula pétreia, com previsão, inclusive, no art. 60, § 4º, incisos II e IV, da CF/88. Ora, se a Instituição ministerial é defensora do regime democrático, torna-se inquestionável a sua inserção no plano das cláusulas pétreas.

Nesse sentido, manifestou Emerson Garcia: “*Além da necessária adequação material que deve existir entre referido preceito e a legislação infraconstitucional, o fato de o Constituinte originário ter considerado o Ministério Público uma Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado traz reflexos outros, limitando, igualmente, o próprio poder de reforma da Constituição. Com efeito, partindo-se da própria natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público, toda ela voltada ao bem-estar da coletividade, protegendo-a, em especial, contra os próprios poderes constituídos, a sua existência pode ser considerada como ínsita no rol dos direitos e garantias individuais, sendo vedada a apresentação de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 61, § 4º, IV, da CF/1988)*”⁴⁷

Ademais, o Ministério Público também é Instituição essencial à Justiça, outra cláusula superconstitucional. Se o Ministério Público é essencial à Justiça e se a Justiça é cláusula pétreia, ele também é cláusula pétreia.

3.5.3 Os princípios, as atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas (superconstitucionais): a impossibilidade de sua eliminação ou restrição e a possibilidade de sua ampliação

Os princípios, as atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público conferem a própria dimensão constitucional da Instituição, além de revelarem o seu verdadeiro e legítimo papel social. A supressão ou restrição desses princípios e atribuições representam a supressão e a restrição do próprio Ministério Público em sua dimensão substancial.

O Ministério Público, como Instituição constitucional, é cláusula pétreia. Como consequência, os seus princípios, as suas atribuições e garantias constitucionais, as quais lhe dão dimensão constitucional e revelam o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Essas cláusulas compõem o núcleo de uma Constituição no Estado Democrático de Direito. Por isso, elas não podem ser eliminadas nem restringidas. Todavia, elas podem ser ampliadas. As atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público, situando-se no âmbito das cláusulas superconstitucionais, podem ser ampliadas, mas não restringidas ou eliminadas da Constituição.

⁴⁷ *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*, p. 47.

Da mesma forma, o caráter nacional do Ministério Público, a sua indivisibilidade, unidade, independência funcional, orçamentária e administrativa, também são cláusulas superconstitucionais.

Tais diretrizes interpretativas vinculam o legislador constitucional, o infraconstitucional, o administrador, o particular e todos os operadores do direito, bem como as instituições de fiscalização do Ministério Público. Não fosse isso, ainda impõem, pela intensa carga de concretização normativa que carregam, a efetivação concreta da Constituição e das suas Instituições democráticas, dentro das quais se insere o Ministério Público.

Essas assertivas são reforçadas com os ensinamentos de Emerson Garcia: “*Por ser inócuas a previsão de direitos sem a correspondente disponibilização de mecanismos aptos à sua efetivação, parece-nos que a preservação da atividade finalística do Ministério Público está associada à própria preservação dos direitos fundamentais, o que reforça a sua característica de cláusula pétreas e preserva a unidade do texto constitucional*”. Conclui o autor: “*Além disso, a limitação material ao poder de reforma alcançará, com muito maior razão, qualquer iniciativa que, indiretamente, busque alcançar idêntico efeito prático (v.g.: redução das garantias e prerrogativas de seus membros e supressão da autonomia da Instituição, tornando-a financeiramente dependente do Executivo e, com isto, inviabilizando a sua atuação, que é o elemento indicativo de sua própria existência)*”⁴⁸.

Esse mesmo posicionamento é reforçado pelas substanciosas considerações do jurista Eduardo Ritt: “*(...) considerando que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 60, § 4º, inciso I, erigiu, como cláusula pétreas, a forma federativa, cujo contexto engloba, constitucionalmente, o regime democrático, tanto em relação às regras constitucionais para sua consecução, quanto às regras constitucionais para a sua fiscalização, e considerando, ainda, que o Ministério Público foi colocado como fiscal do regime democrático e da ordem jurídica, também neste sentido o Ministério Público torna-se cláusula pétreas, assim como as prerrogativas e garantias dos seus membros*”⁴⁹.

Todavia, não é razoável interpretar as garantias e princípios constitucionais do Ministério Público para servirem de barreira que impeça a eficácia social da atuação da Instituição. Com isso, as prerrogativas do órgão da Instituição não podem ser utilizadas para o benefício particular do seu próprio titular. Nesses casos, princípios como a independência funcional e a inamovibilidade se destinam a proteger o cargo contra investidas arbitrárias, quaisquer que sejam elas. O membro da Instituição não poderia, por exemplo, utilizar-se da independência funcional para deixar de cumprir atribuição constitucionalmente estabelecida; da mesma forma, a inamovibilidade não pode servir de óbice que impeça a redistribuição de atribuições em determinada comarca ou unidade de serviço

⁴⁸ *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*, p. 48.

⁴⁹ *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*, p. 184.

quando patentemente injusta e desproporcional.

A interpretação, portanto, das garantias e atribuições do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais deve ser direcionada para proteger a Instituição, de modo a fortalecer os seus compromissos constitucionais com a sociedade e com os valores que compõem o regime democrático.

4. ALGUNS FATORES CONSTITUCIONAIS DE AMPLIAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1 A importância da preocupação com a legitimação social do Ministério Público

Afirmamos em tópicos anteriores que o Ministério Público brasileiro passou a ser, a partir da CF/88, uma grande instituição de promoção social, com atribuições constitucionais para atuar em todas as áreas relacionadas com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Essas diretrizes constitucionais demonstram a importância da preocupação com a legitimação social do Ministério Público como instituição.

O fato de os membros do Ministério Público não serem, nos termos do modelo constitucional brasileiro, escolhidos diretamente pelo povo, não impede, porém, que a Instituição tenha legitimação social. Primeiro, porque o acesso à Instituição se dá após um disputado concurso de provas e títulos, exigido constitucionalmente; depois, porque a verdadeira legitimação social do Ministério Público deverá advir da sua efetiva e eficiente atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88).

Não é, contudo, qualquer tipo de atuação que irá constituir-se em fator de ampliação da legitimação social do Ministério Público; daí a importância em se compreender o verdadeiro perfil constitucional da Instituição e suas dimensões no novo constitucionalismo.

Partindo dessa nova leitura constitucional dos compromissos e desafios do Ministério Público brasileiro, apresentaremos, na seqüência, alguns fatores constitucionais importantes para a ampliação da sua legitimidade social; outros existem, mas fizemos a escolha em apresentar aqueles que entendemos que sejam os mais relevantes nesta etapa de maturação e de construção do Ministério Público como instituição constitucional.

4.2 Priorização da atuação preventiva⁵⁰

⁵⁰ Sobre o tema, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins, *Ministério Público e a priorização da* 22

O Ministério Público brasileiro já passou por alguns grandes momentos históricos. O primeiro deles pode ser apontado o seu reconhecimento como Instituição, o que aconteceu com o advento da República, durante o Governo Provisório, por força do trabalho do então Ministro Campos Salles. O segundo pode ser indicado como sendo o decorrente da Lei Complementar Federal nº 40/81, que foi a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, assim considerada porque definiu um estatuto básico e uniforme para o Ministério Público nacional e dispôs sobre as suas principais atribuições, garantias e vedações. Um terceiro grande momento ocorreu com o advento da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que conferiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa jurisdicional e administrativa dos interesses e direitos difusos e coletivos, além de ter criado o inquérito civil. O Ministério Público começa a ter aqui função promocional de transformação da realidade social. Um quarto momento pode ser apontado com o advento da CF/88, o mais significativo e transformador de todos, conforme motivos já aduzidos acima.

Agora entendemos que resta a construção de um quinto grande momento histórico. Mas ele não ocorrerá do dia para a noite, nem se dará com simples alteração da lei ou da Constituição. Ele se dará com a mudança cultural no seio da Instituição e com a elaboração de técnicas e estudos que possam fazer com que o Ministério Público possa priorizar a mais significativa e importante tutela jurídica do Estado Democrático de Direito: a tutela preventiva.

A tutela jurídica preventiva é a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito. Ela decorre do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático (art. 1º da CF/88).

Por intermédio da tutela jurídica preventiva poderá ser atacado, em uma das suas dimensões, diretamente o ilícito, evitando-se a sua prática, continuidade ou repetição. Com isso, evita-se o dano, que é objeto da tutela jurídica repressiva, mais precisamente a resarcitória.

Ocorre que muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente; a saúde do consumidor; a criança e o adolescente; o idoso; a saúde pública etc.), não são possíveis de reparação *in natura*. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica apequenada, já que não responde ao direito, a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (1º, 3º e art. 5º, XXXV, da CF/88).

Ora, se ao Ministério Público como Instituição incumbe a defesa do regime democrático, a

atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In MPMG Jurídico, Publicação da Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano I, n. 1, setembro 2005, p. 13-6. Também, ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Manual das ações constitucionais*, p. 151-4.

ele incumbe prioritariamente a defesa preventiva da sociedade, pois é essa, repita-se, a mais genuína forma de tutela jurídica no Estado Democrático de Direito.

Contudo, como é cediço, a atuação da Instituição no País é predominantemente repressiva, que se dá em grande parte nos momentos patológicos da conflituosidade social. A prova disso é a atuação criminal, que por natureza é repressiva.

O que adianta punir criminalmente sem compreender, por intermédio de estudos e de dados estatísticos, as causas dessa criminalidade? São justamente essas causas que devem ser atacadas com prioridade. A exigência de políticas públicas específicas nesses casos é fundamental.

Além de combater repressivamente os atos de improbidade, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao Erário. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, o que resulta em enormes prejuízos para a sociedade. A priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público.

Em vez de esperar a aplicação de lei inconstitucional com danos sociais, é mais recomendável que se priorize o controle da constitucionalidade para que seja evitada a aplicação da lei ou do ato normativo inconstitucional.

Essa mudança de paradigma é uma exigência do Estado Democrático de Direito brasileiro, na sua condição de Estado da Justiça material, de Estado da transformação da realidade social.

O Estado Democrático de Direito, diferentemente das outras formas de Estado, tem um compromisso nuclear: transformar a realidade social na busca da igualdade material quanto ao acesso efetivo a bens e outros valores. Essa transformação da realidade social com justiça também é compromisso do Ministério Público como defensor do regime democrático (art. 1º e art. 127, *caput*, ambos da CF/88).

Portanto, o papel do Ministério Público resolutivo, na defesa dos interesses sociais, deve ser exercido de forma efetiva em todas as suas esferas de atuação. Na área criminal, é imprescindível a sua inserção no seio social, para que venha a se inteirar das verdadeiras causas da criminalidade e exija políticas públicas específicas do Poder Público, além de atuar diretamente nas investigações das condutas criminosas que mais abalam a sociedade, de forma a combater com rigor e eficiência o crime organizado e permitir que o Direito Penal tenha eficácia social.

Na área coletiva, o Ministério Público deverá priorizar a atuação preventiva para evitar a violação dos direitos sociais, além de combater de modo articulado e eficiente as condutas danosas aos direitos massificados⁵¹.

⁵¹ A respeito desse novo perfil constitucional do Ministério Público, escreve TEPEDINO, Gustavo: “[...] o Ministério

Na sua atuação extrajurisdicional, como grande intermediador e pacificador da conflituosidade social, o Ministério Público assume função social pedagógica: com a educação da coletividade para o exercício da cidadania e das organizações sociais. E isso a Instituição poderá fazer pelas recomendações, pelas audiências públicas e também pelo termo de ajustamento de conduta.

É de se destacar que a forma mais legítima de realização do direito não vem da capacidade de decidir e de fazer imperar decisões, mas do diálogo, da interpretação negociada da norma jurídica.

Mesmo para o Ministério Público demandista, a priorização da atuação preventiva é fundamental, principalmente quanto ao ajuizamento de ações civis públicas de tutela inibitória, evitando-se assim a prática do ilícito, sua continuidade ou repetição.

4.3 Exercício da função pedagógica da cidadania: um compromisso constitucional social do Ministério Público (arts. 1º, parágrafo único, 3º, 6º, 127, *caput*, e 205 da CF/88)

Um dos grandes problemas educacionais no Brasil, talvez um dos mais graves, decorre do fato de nosso ensino ser muito formal e distante dos direitos da cidadania. O aluno, no ensino primário e secundário, é obrigado a estudar e aprender matemática, química e física, mas não aprende o mais importante para a sua convivência social: os direitos e deveres para o exercício da cidadania e convivência democrática. Ele sai do ensino médio sem saber quais são os seus direitos políticos, os seus principais direitos fundamentais, os seus direitos como trabalhador, como assegurado da previdência social, como consumidor etc. Ele nem sabe quais são as vias legítimas de acesso a esses direitos. Grande parte dos cidadãos brasileiros ainda pensa que o Promotor de Justiça está subordinado ao Juiz. Essa grande massa popular não conhece o Ministério Público, não conhece o Poder Judiciário e nem tem noção dos seus compromissos constitucionais e, assim, não consegue exercer a fiscalização legítima e necessária desses e de outras instituições constitucionais.

O ensino no País contribui para a exclusão de um grande contingente popular do processo democrático e não cumpre os objetivos e princípios informadores da educação, estabelecidos no art. 205 da CF, especialmente o *pleno desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania*⁵². Até que haja a reestruturação do ensino médio no Brasil, a Imprensa e as instituições

Público deixa de atuar simplesmente nos momentos patológicos, em que ocorre lesão a interesse público, sendo convocado a intervir de modo permanente, promovendo o projeto constitucional e a efetividade dos valores consagrados pelo ordenamento". Temas de direito civil, p. 300.

⁵² Estabelece o art. 205 da CF: *A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.* Ao comentar o dispositivo, escreveu SILVA, José Afonso da: (...) O art. 205 prevê três objetivos básicos da educação: (a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo da pessoa

de defesa social, como o Ministério Público, têm um compromisso, imposto constitucionalmente, de contribuírem para a divulgação dos direitos e deveres inerentes à cidadania, possibilitando que um maior número de cidadãos participem efetivamente do processo de democratização da sociedade brasileiro e, com isso, não fiquem dispersos e sujeitos a manobras imorais e espúrias do poder político e econômico⁵³.

Esse compromisso com *a função pedagógica da cidadania*, além de fundamentar-se no parágrafo único do art. 1º a CF/88, onde está estabelecido que *todo o poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição*, também é desmembramento do *princípio da solidariedade coletiva*, presente no art. 3º, I, da CF/88, constituindo-se, também, em *direito social fundamental* (arts. 6º e 205, ambos da CF/88), fundado na própria *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF/88).

Assim, o exercício da função pedagógica da cidadania está enquadrado no âmbito do rol das matérias de *interesse social*, inserindo-se como um dos deveres constitucionais do Ministério Público, presente no art. 127, *caput*, da CF/88.

Além das cartilhas cidadãs, da divulgação e da transparência em relação às medidas e ações da Instituição, o mecanismo da audiência pública é um legítimo canal para que o Ministério Público, em pleno diálogo com a sociedade, possa exercer, efetivamente, essa função pedagógica da cidadania, ampliando a sua legitimação social.

4.4 Realização periódica de Audiências Públicas⁵⁴

O mecanismo da audiência pública é um forte canal de ampliação e de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público, seja por permitir um diálogo mais direto com a sociedade,

para o exercício da cidadania; (c) qualificação da pessoa para o trabalho. Integram-se, nestes objetivos, valores antropológico-culturais, políticos e profissionais. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 784-5.

⁵³ Ao sustentarem a necessidade de um pensamento complexo, escreveu MORIN, Edgar: “*O conhecimento deve certamente utilizar a abstração, mas procurando construir por referência do contexto. A compreensão dos dados particulares necessita da ativação da inteligência geral e a mobilização dos conhecimentos de conjunto. Marcel Mauss dizia: ‘É preciso recompor o todo’. Acrescentemos: é preciso mobilizar o todo. Certamente, é impossível conhecer tudo do mundo, bem como apreender suas transformações multifôrmas Mas, por mais aleatoriedade que seja, o conhecimento dos problemas-chave do mundo deve ser perseguido, sob pena da imbecilidade cognitiva. Tanto mais que hoje o contexto de todo conhecimento político, econômico, antropológico, ecológico constitui o próprio mundo. É o problema universal para todo cidadão: como adquirir a possibilidade de articular e organizar as informações sobre o mundo. Mas para articulá-las e organizá-las é preciso uma reforma do pensamento*”. *O pensamento complexo, um pensamento que pensa.* In *A inteligência da complexidade*, MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Lê. Tradução de Nirimar Maria Falcí. São Paulo: Editora Peirópolis, 3^a edição, 2000, p. 207-8.

⁵⁴ Nesse sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. *Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público.* In MPMG Jurídico, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano 1, abril/maio/junho 2006, n. 5, p. 9-15.

seja por permitir que a Instituição estabeleça seu programa de atuação funcional a partir das propostas e reclamações da própria sociedade.

A *audiência pública* encontra-se fundamentada no *princípio constitucional do exercício direto da soberania popular*, estabelecido no art. 1º, parágrafo único, da CF/88. Prevê o referido dispositivo constitucional que *todo o poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição*. Constitui-se, assim, mecanismo de exercício direito da soberania popular, pois o cidadão, por si, ou por seus entes sociais representativos, é convidado a apresentar propostas, reivindicar direitos, exigir a observância de deveres constitucionais e infraconstitucionais, bem como a tomar ciência de fatos ou medidas adotadas ou a serem adotadas pelas autoridades públicas⁵⁵.

Com efeito, a audiência pública é desmembramento *direto do princípio democrático*, estatuído no art. 1º, *caput*, da CF/88, que tem a cidadania como um dos seus fundamentos (art. 1º, I, da CF/88)⁵⁶.

Faz-se importante ressaltar que o *direito à democracia* é apontado por Paulo Bonavides, ao lado dos *direitos à informação e ao pluralismo*, como direito fundamental de *quarta dimensão (geração)*, configurando-se como forma de democracia direta que marca o futuro da cidadania e a própria *liberdade de todos os povos*⁵⁷.

Assim, *audiência pública* é o mecanismo constitucional por intermédio do qual as autoridades públicas e agentes públicos em geral abrem as portas do poder público à sociedade para facilitar o exercício direto e legítimo da cidadania popular, em suas várias dimensões, permitindo-se a apresentação de propostas, a apresentação de reclamações, a eliminação de dúvidas, a solicitação de providências, a fiscalização da atuação das instituições de Defesa Social, de forma a possibilitar e viabilizar a discussão em torno de temas socialmente relevantes.

O Ministério Público não só pode como deve realizar audiências públicas com periodicidade necessária. Na condição de Instituição de defesa social e de promoção da transformação, com

⁵⁵ Sobre o exercício do poder diretamente pelo povo, aduz SILVA, José Afonso: “*O poder que o povo exerce diretamente. O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo. As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos ‘democracia semidireta’, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta, tais como: a iniciativa popular, pela qual se admite que o povo apresente projetos de lei ao legislativo de lei ao Legislativo; o referendo popular, que se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo Legislativo devem ser subjetivos à vontade popular; o plebiscito é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere porque este ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida (...)*”. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 40-1.

⁵⁶ Sustenta RODRIGUES, Geisa de Assis: “*A audiência pública é um importante instrumento do Estado democrático de Direito construído a partir da extensão do princípio da audiência individual (...)*”. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 94.

⁵⁷ Afirma BONAVIDES, Paulo: “*A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema (...)*”. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 11ª edição, 2001, p. 525-6.

justiça, da realidade social (arts. 1º, 3º, 127 e 129, todos da CF/88), o Ministério Público deve permitir a participação direta da sociedade na elaboração dos seus Programas de Atuação Funcional, bem como esclarecer os cidadãos e seus entes representativos sobre as medidas adotadas pela Instituição, conduzindo o *princípio participativo*, desmembramento natural do *princípio democrático*, ao seu grau máximo de efetivação e concretização.

Não há um dispositivo expresso na Constituição que exija a realização de audiências públicas pelo Ministério Público⁵⁸; contudo, há um conjunto de direitos, garantias e princípios constitucionais, expressos e implícitos, que impõem a ampliação e a facilitação do exercício direto da democracia pela participação popular, o que deve ser fomentado pelas instituições democráticas de defesa social, como é o caso do Ministério Público.

Entretanto, o fato de a audiência pública estar fundamentada no direito político de participação não significa que ela somente se dirige ao cidadão em seu sentido restrito. Os seus entes representativos, bem como outras pessoas jurídicas dela também podem participar. É o que esclarece Hugo Nigro Mazzilli: “Além do membro do Ministério Público, que a presidirá, dos funcionários desta instituição, que darão suporte e apoio ao primeiro, e das pessoas que forem nominalmente convidadas para o evento, ainda poderão participar da audiência, sem caráter taxativo: a) representantes de associações civis interessadas; b) as autoridades públicas interessadas ou que tenham competência para analisar a questão em exame; c) as entidades sindicais relacionadas com o objeto da audiência; d) as universidades ou faculdades, bem como entidades acadêmicas que tenham conhecimento técnicos sobre o tema em questão; e) especialistas, peritos e técnicos, que compareçam sob convite ou espontaneamente; f) qualquer pessoa que tenha interesse geral na questão objeto da audiência”⁵⁹.

É o que também dispõe a Resolução PGJ nº 43/2006, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: *Art. 3º A audiência é aberta a todos os interessados, pessoas físicas, pessoas jurídicas e demais entidades, que deverão assinar lista de presença, sendo que a participação dar-se-á na condição de expositor ou de colaborador, os quais poderão apresentar informações ou propostas orais ou por escrito quanto aos temas a serem abordados.*

No plano infraconstitucional, a realização de audiência pública pelo Ministério Público tem amparo em texto expresso de lei. É o que prevê o art. 27, parágrafo único, IV, da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): “*Art. 27 Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: [...] Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: IV — promover*

⁵⁸ O art. 58, § 2º, da CF/88, prevê a realização de audiências públicas pelas comissões do Congresso Nacional.

⁵⁹ *Inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 330.

audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no ‘caput’ deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito”.

A Lei Complementar Federal n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, não tem previsão expressa sobre a realização de audiência pública pelo Ministério Público da União; porém, isso não impede que os Ministérios Públicos da União a realizem, conforme muito bem ponderou o Procurador da República, Alexandre Amaral Gavronski: “*Verdadeiro mecanismo de ‘participação’ [democracia participativa] do cidadão na tomada de decisões de interesse coletivo, decorrência natural do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), a audiência pública não depende de lei ou regulamento para ter cabimento; esta só é necessária para fazê-la obrigatória. Por tal razão, assume pouca relevância a omissão da Lei Complementar n. 75/93 sobre o assunto, diferentemente da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que inclui explicitamente dentre as funções da Instituição ‘promover audiências públicas para, no exercício da defesa dos direitos assegurados na Constituição, garantir-lhes o respeito por parte dos poderes públicos, concessionários e permissionários de serviço público e entidades que exerçam função delegada (art. 27, parágrafo único, IV, da Lei 8625/903). Assim, tratando-se de colaboração da cidadania ao Ministério Público, cabe ao membro com atribuição para a matéria decidir se cabe ou não sua realização*⁶⁰”.

A audiência pública é mecanismo constitucional fundamental de participação democrática, decorrente do exercício direto da soberania pelo povo (art. 1º, parágrafo único, da CF/88) e que se sujeita a vários princípios orientadores. Alguns desses princípios merecem especial destaque.

1. Princípio democrático (art. 1º da CF/88). O princípio democrático é o mais importante de todos os princípios; é a cláusula mãe das audiências públicas, por força do qual se impõe a fomentação da participação popular e, ao mesmo tempo, proíbem-se atitudes restritivas do acesso à audiência pública.

2. Princípio da publicidade ampla, irrestrita e popular (art. 5º, LX e 37, *caput*, da CF/88). À audiência pública deve ser conferida a máxima publicidade, com sua divulgação por todos os meios legítimos, tais como editais, convites, com a utilização inclusive de todos os veículos de comunicação.

3. Princípio do retorno ou da resposta à sociedade ou ao cidadão ou da prestação de contas das medidas e resultados (art. 5º, XXXIV, *a*, da CF). Por força desse princípio, as autoridades públicas devem prestar contas das medidas tomadas, bem como, em sendo possível, quais são os

⁶⁰ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: ESMPU Manual de atuação, p. 90-1, 2006.

seus resultados. Esse princípio é desmembramento do direito de petição, na sua condição de garantia constitucional fundamental.

4. Princípio da periodicidade. A audiência pública, como é mecanismo constitucional de exercício direto da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF/88) e condição legitimadora das instituições democráticas de defesa social, deve ser realizado com periodicidade, atendendo-se as peculiaridades dos interesses sociais de cada região do País.

5. Princípio da solenidade relativizada. A audiência pública sempre deve ser presidida por uma ou por mais de uma autoridade e deve procurar observar, em prol da eficiência (art. 37, *caput*, da CF), um procedimento que lhe permita ter um início, um meio e um fim. Daí o seu caráter solene. Contudo, não se deve imprimir à audiência pública um caráter solene e formal que venha constranger o cidadão e impedir ou dificultar o exercício direto de sua soberania.

6. Princípio da não-taxatividade em abstrato ou da não-limitação em abstrato do objeto da audiência pública. O rol dos direitos e garantias constitucionais é meramente exemplificativo (art. 5º, § 2º, da CF). Em relação ao Ministério Público, especialmente, incidem os princípios da não-limitação ou da não-taxatividade da defesa dos direitos ou interesses individuais indisponíveis e dos direitos ou interesses difusos e coletivos (arts. 127, *caput*, e art. 129, III, ambos da CF/88). Com base nisso e em outras diretrizes constitucionais, não é permitida a limitação em abstrato do objeto da audiência pública, a qual poderá ser designada para discutir questões relativas tanto a direitos individuais quanto a direitos coletivos. Essa orientação não impede a designação de audiência extraordinária para discutir fatos ou temas determinados, tais como um dano ambiental, o funcionamento de um certo hospital etc.

7. Princípio do prévio agendamento e da escolha adequada do dia, local e horário que facilite o acesso ao público diretamente interessado. A audiência pública deverá ser designada com uma relativa antecedência da data de sua realização. Com isso, facilita-se que os interessados agendem seus compromissos e compareçam ao evento público. A escolha do dia, local e horário tem que ser criteriosa para permitir e facilitar o acesso do público diretamente interessado, em maior número possível⁶¹.

8. Princípio da oralidade e da informalidade. A audiência pública, não obstante seja ato complexo com relativa dose de solenidade decorrente da presença de uma ou mais autoridades que a presidem, é regida pelo princípio da oralidade e da informalidade, o que se impõe como forma de facilitar a ampla participação e o debate do público interessado, o que não significa que não deve ter

⁶¹ GAVRONSKI, Alexandre Amaral demonstra, com muita precisão de raciocínio, a necessidade de expedição de convite ao público com a antecedência necessária e a escolha do local que facilite o acesso dos interessados. *Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: ESMP Manual de atuação, 2006, p. 92.

o registro formal dos atos da audiência⁶². A gravação da audiência, com a subsequente transcrição da fita, é medida que se impõe.

Por tudo que foi dito, existem múltiplas finalidades das audiências públicas, entre elas convém destacar o debate sobre fato determinado, a coleta de propostas ou reclamações, a divulgação de medidas e resultados, o exercício da função pedagógica da cidadania.

Geisa de Assis Rodrigues aponta as funções da audiência pública: “(...) *a audiência pública tem as seguintes funções: a) permite ao administrado verificar objetivamente a razoabilidade da medida administrativa; b) é um mecanismo idôneo de formação de consenso da opinião pública a respeito da juridicidade e conveniência de uma atuação do Estado; c) garante a transparência dos procedimentos decisórios do Estado; d) é um elemento de democratização do exercício do poder; e) é um modo de participação cidadã na gestão da Coisa pública, concretizando os princípios políticos e constitucionais de democracia participativa; f) tem uma importante função preventiva, pois pode evitar os prejuízos causados por uma intervenção administrativa inadequada*”⁶³.

Lei infraconstitucional, decisões judiciais ou medidas administrativas não podem limitar, em abstrato, o objeto da audiência pública, tendo em vista a fundamentação constitucional dos seus princípios orientadores, como os acima expostos.

E mais: poderão ser realizadas audiências públicas com periodicidade previamente determinada ou audiências públicas extraordinárias, voltadas para o debate de questões e fatos específicos.

Como mecanismo constitucional que é, a realização de audiência pública poderá se dar de ofício pelos órgãos das instituições democráticas de defesa social, bem como mediante provocação de interessado ou interessados.

Em relação ao Ministério Público, a audiência pública poderá ser realizada também no curso ou no final do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo, assim como fora deles para, entre outras finalidades, colher elementos para a elaboração de programas de atuação funcional da Instituição, gerais, regionais ou locais ou para divulgação de medidas e resultados dos trabalhos institucionais.

Precisamente no âmbito da tutela coletiva pelo Ministério Público Federal, aduziu Alexandre Amaral Gavronski: “*Como já referido, a tutela coletiva põe o membro do Ministério Público*

⁶² A respeito da oralidade e informalidade da audiência pública, explica RODRIGUES, Geisa de Assis: “*O que caracteriza a audiência pública é a existência do debate oral e informal, embora ordenado pelo órgão que a preside, sobre uma medida administrativa qualquer que tenha repercussão social. Na audiência pública, ao mesmo tempo que se informa o ter e implicações da medida administrativa analisada, se consulta a opinião sobre o assunto, sem contudo haver a vinculação da vontade do administrador, posto que na audiência pública se tem voz mas não voto. Não se confunde com os atos de colegiados públicos nos quais só participa quem é formalmente autorizado. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*”. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 95.

⁶³ *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 95.

Federal frente a questões de grande interesse social, estranhas ao Direito e relacionadas a uma conflituosidade que, não raro, importa em difíceis opções, diante da necessária ponderação entre valores contrapostos e de grande significação para a sociedade. Para atuar nessas questões, a audiência pública é um excelente instrumento a nosso dispor se o objetivo for buscar informações gerais junto à comunidade envolvida sobre a violação a direitos coletivos que se apura (espécie de danos que vem causando, sua amplitude e decorrências), identificar a aspiração e as necessidades coletivas em dada questão, repartir com a comunidade interessada a responsabilidade quanto às decisões que se impõem ao membro do Ministério Público Federal (ajuizar ou não uma ação, firmar compromisso de ajustamento de conduta nos termos aceitos pelo infrator ou optar pela discussão judicial, por exemplo) ou mesmo buscar o entendimento entre contendores cuja controvérsia vem afetando a comunidade. Para esta última finalidade, todavia, às vezes uma reunião reservada é mais proveitosa, dependendo do número de pessoas que influenciam na decisão e do grau de belicosidade existente entre os cidadãos afetados e os responsáveis pela violação dos direitos coletivos”⁶⁴.

Hugo Nigro Mazzilli, ao escrever sobre o objeto das audiências públicas realizadas pelo Ministério Público, conclui: “*Já no que diz respeito às audiências públicas a cargo do Ministério Público, o objeto não é, naturalmente, o mesmo das audiências públicas de caráter político-governamental; as audiências públicas cometidas ao Ministério Público são apenas um mecanismo pelo qual o cidadão e as entidades civis (as entidades chamadas não governamentais) podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais, e, mais especialmente, participar de sua tarefa constitucional consistente no zelo do interesse público e na defesa de interesses metaindividual (como o efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, o adequado funcionamento dos serviços de relevância pública, o respeito ao patrimônio público, ao meio ambiente, aos direitos dos consumidores, aos direitos das crianças e adolescentes, à produção e programação das emissoras de rádio e televisão, etc.)*”⁶⁵.

Inúmeras são as finalidades das audiências públicas que poderão ser realizadas pelo Ministério Público⁶⁶. Todavia, duas delas merecem especial destaque. A primeira é a elaboração dos Programas de Atuação Funcional. Com base nas propostas e reclamações colhidas em audiências públicas, o Ministério Público irá elaborar os seus Programas de Atuação Funcional (geral, regional e local), de forma a atuar em sintonia com as reais necessidades sociais. A segunda é a função

⁶⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: ESMPU Manual de atuação, 2006, p. 89-90.

⁶⁵ *Inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 326-7.

⁶⁶ Afirma MAZZILLI, Hugo Nigro: “*Por meio das audiências públicas, o Ministério Público não se submete a uma assembleia popular, nem nelas se votam opções ou linhas de ação para a instituição, e sim por meio delas intenta o Ministério Público obter informações, depoimentos e opiniões, sugestões, críticas e propostas, para haurir com mais legitimidade o fundamento de sua ação institucional*”. *Inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 327.

pedagógica da cidadania a ser exercida pelo Ministério Público perante os cidadãos e seus entes representativos.

Por intermédio da audiência pública, os órgãos do Ministério Público podem dialogar com a sociedade, divulgando seus direitos e deveres, especialmente os constitucionais fundamentais, de forma a permitir a sua compreensão e ampliar o seu exercício pelo cidadão comum que não teve oportunidade de passar por uma instrução que siga os princípios informadores constantes do art. 205 da CF/88⁶⁷.

4.5 Combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais (art. 3º e art. 127, *caput*, da CF): da perícia para as estatísticas e indicadores sociais — necessidade de planejamento institucional e fiscalização orçamentária

A promoção social está no núcleo do novo perfil constitucional do Ministério Público. A defesa do regime democrático e dos interesses sociais confirmam o compromisso do Ministério Público com a transformação, com justiça, da realidade social. (art. 127, *caput*, combinado com os arts. 1º e 3º, todos da CF/88).

Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão a criação de uma sociedade livre, justa, solidária, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais. Tendo em vista que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e que o Ministério Público é defensor do regime democrático, todos esses objetivos, elencados expressamente no art. 3º da CF/88, também vinculam o Ministério Público.

Para Marcelo Pedroso Goulart: “*Levar avante essa prática transformadora (práxis) é cumprir uma função política maior, que implica a substituição de uma dada ordem por outra ordem social, mais justa, na qual prevaleçam os valores universais da democracia. A realização prática dessa função política maior dá-se no ‘movimento catártico’ que promove a transição da sociedade, dos seus movimentos, das suas organizações e de suas instituições do ‘momento corporativo’ e particularista para o ‘momento ético-político’ de modificação do real’*”⁶⁸.

Todavia, adverte Goulart que o Ministério Público ainda não conseguiu superar muitas barreiras: a velha Instituição (pré-88) morreu; porém o novo Ministério Público (pós-88) ainda não se firmou: “*No nível institucional, portanto, o Ministério Público ainda não superou, plenamente, o*

⁶⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. *Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público*. In MPMG Jurídico, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano 1, abril/maio/junho 2006, n. 5, p. 13-14.

⁶⁸ *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional*. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 713.

‘momento corporativo’, fato que impõe a aceleração do ‘movimento catártico interno’. Do contrário, a ‘passividade’ poderá tomar conta da Instituição, levando-a à ‘impotência objetiva’, ao não cumprimento da sua função política e dos objetivos que lhe foram postos pela Constituição. Esse tipo de ‘comportamento passivo-impotente’ poderá acarretar a perda de legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na configuração formal-institucional do Ministério Público”⁶⁹.

Portanto, para o Ministério Público cumprir essa sua tarefa constitucional não mais se sustenta o modelo institucional antigo que ainda se arrasta pelo País. É preciso avançar com o planejamento funcional e nas estratégias de atuação. A atuação individual e intuitiva dos membros do Ministério Público deve ser superada por um novo modelo, em que o compromisso com a transformação social, o planejamento estratégico e a eficiência passem a ser condições naturais em todos os âmbitos da atuação institucional, jurisdicional ou extrajurisdicional.

A atuação repressiva, amparada geralmente nas espécies clássicas de prova (prova pericial, testemunhal etc.) deve ceder espaço para a atuação a partir das estatísticas e dos indicadores sociais⁷⁰.

Para tanto, é imprescindível que o Ministério Público, em todos as suas esferas, constitua núcleos de estudos e estatísticas de atuação funcional e realize parcerias importantes com centros de estudos e pesquisas, bem como com universidades que possam fornecer-lhe elementos que dêem a ele condições adequadas para atacar, racionalmente, as causas geradoras das graves injustiças sociais⁷¹.

⁶⁹ *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional.* In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p.713-4.

⁷⁰ A respeito do surgimento dos indicadores sociais e da sua importância para demonstrar que crescimento econômico não é evidência certa da melhoria das condições de vida das pessoas, escreve JANNUZZI, Paulo Martino: “O aparecimento e o desenvolvimento dos indicadores sociais estão intrinsecamente ligados à consolidação das atividades de planejamento do setor público ao longo do século XX. Embora seja possível citar algumas contribuições importantes para a construção de um marco conceitual sobre os indicadores sociais nos anos 20 e 30, o desenvolvimento da área é recente, tendo ganhado corpo científico em meados dos anos 60 no bojo das tentativas de organização de sistemas mais abrangentes de acompanhamento das transformações sociais e aferição do impacto das políticas sociais nas sociedades desenvolvidas e subdesenvolvidas. Nesse período começaram a se avolumar evidências do descompasso entre crescimento econômico e melhoria das condições sociais da população em países do Terceiro Mundo. A despeito do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), persistiam altos os níveis de pobreza e acentuavam-se as desigualdades sociais em vários países. Crescimento econômico não era, pois, condição suficiente para garantir o desenvolvimento social [...]. Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil. In <http://comciencia.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>, p. 1, acesso aos 03.06.2008, 12h. e 30min.

⁷¹ Esclarece JANNUZZI, Paulo Martino: “Diferentemente de outros países latino-americanos, no Brasil, as estatísticas sociais, econômicas e demográficas usadas para construção dos indicadores são produzidas, compiladas e disseminadas por diferentes agências, situadas em âmbito federal ou estadual. Através de uma rede capilarizada pelo território nacional, com delegacias estaduais e agências municipais, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) cumpre seu papel de agente coordenador do Sistema de Produção e Disseminação de Estatísticas Públicas, como produtor de dados primários, compilador de informação proveniente de ministérios e como agente disseminador de estatísticas. As agências estaduais de estatísticas também compilam uma ampla variedade de dados administrativos produzidos pelas secretarias de Estado e, em alguns casos, também produzem dados primários provenientes de

Torna-se imperioso, também, que o Ministério Público acompanhe e fiscalize a elaboração e o cumprimento dos orçamentos públicos, garantindo a aplicação das verbas públicas necessárias para atender aos ditames constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, especialmente os elencados no já referido artigo 3º e nos artigos 5º e 6º, todos da CF/88. A atuação da Instituição, neste âmbito, poderá ser extrajurisdicional e jurisdicional. No plano extrajurisdicional, o Ministério Público deverá acompanhar a votação orçamentária, participando das propostas de inserção de políticas públicas específicas, socialmente necessárias, além da utilização dos mecanismos da recomendação e do TAC visando à realização de políticas públicas a serem contempladas nos orçamentos públicos. Poderá, ainda, realizar audiências públicas para colher reclamações e propostas objetivando o controle orçamentário. No plano jurisdicional, o Ministério Público poderá mover ações coletivas com pedidos de tutelas específicas, especialmente o de tutela inibitória, para garantir o cumprimento orçamentário adequado. Contudo, a falta de previsão orçamentária não poderá ser obstáculo à atuação do Ministério Público, especialmente no âmbito dos direitos coletivos, inseridos na CF como direitos fundamentais de aplicabilidade imediata (Título II, Capítulo, art. 5º, § 1º). Nos casos de políticas públicas específicas e socialmente necessárias, o Ministério Público tem o dever constitucional, em razão do seu compromisso com os interesses sociais (art. 127, *caput*, da CF/88), de atuar para garantir a sua implementação tempestiva e adequada.

Nesse sentido, já aduzimos: “*Falta de norma regulamentadora ou a alegação de ser norma programática não são obstáculos à aplicabilidade imediata e à vinculação geral dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. A simples alegação de impossibilidade jurídica não é admitida como cláusula impeditiva da realização de direitos e garantias constitucionais fundamentais. A impossibilidade, que poderá servir como impedimento, é somente a real, amparada em elementos e circunstâncias fáticas, e mesmo assim deve ser sopesada concretamente*”⁷².

O combate articulado e efetivo à sonegação fiscal, extrajurisdicional e jurisdicional, também é um caminho útil para garantir a ampliação das receitas do Estado e o cumprimento orçamentário.

A respeito do controle orçamentário pelo Ministério Público aduziram Jayme Weingartner Neto e Vinícius Diniz Vizzotto: “*O Ministério Público tem papel importante na manutenção do Estado Democrático de Direito, conforme prevê a própria Constituição em seu art. 127, caput. Nesta senda, uma das vertentes mais importantes para a concretização deste Estado Democrático*

pesquisas amostrais. Alguns ministérios e secretarias estaduais também têm órgãos encarregados da produção ou organização de seus dados administrativos. Assim, o IBGE, agências estaduais de estatísticas e ministérios/secretarias integram, pois, o Sistema de Produção e Disseminação de Estatísticas Públicas no Brasil”. Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil. In <http://com.ciencia.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>, p. 3, acesso aos 03.06.2008, 12h. e 30min.

⁷² *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 334.

de Direito é a utilização, de modo transparente, conforme os ditames da Boa Governança, do orçamento público (...). Destarte, o Ministério Público tem importante atuação no campo atinente ao Orçamento Público, uma vez que ele atua tanto (i) na questão da captação de receita (fiscalização da sonegação, firmatura de termos de compromisso de ajustamento de conduta para regularizar situações potencialmente ilícitas), bem como na (ii) indução da ‘boa’ despesa, seja em âmbito institucional interno ou junto a outros órgãos públicos, tanto na esfera do Executivo (indução de políticas públicas), do Legislativo (indução de processos legiferantes tendentes à promulgação de leis com temática específica) ou do Judiciário (utilização dos meios e instrumentos judiciais para concretizar disposições orçamentárias e legais) ”⁷³ .

Portanto, não mais se sustenta a predominância de uma atuação repressiva condutora da continuidade das injustiças sociais. É importante combater, por exemplo, as reais causas geradoras da criminalidade, o que deverá ser feito a partir dos indicadores sociais e de diagnósticos sociais específicos, os quais necessitam ser realizados com periodicidade pela Instituição por intermédio de suas parcerias.

Só assim o Ministério Público conseguirá assumir e exercer, efetivamente, a sua mais nobre função constitucional: a promoção da justiça social.

Nesse sentido, conclui Marcelo Pedroso Goulart: “*De acordo com a vontade popular explicitada na Constituição da República, o Ministério Público deve constituir-se em um dos mais importantes ‘agentes da vontade política transformadora’, cabendo-lhe a tarefa de definir e participar de ações político-jurídicas modificadoras da realidade, objetivando a construção do projeto constitucional de democracia (a sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento sócio-econômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos). Essa é a ‘estratégia institucional’”⁷⁴.*

4.6 Provocação articulada e sistematizada do controle jurisdicional (abstrato/concentrado e difuso/incidental) e extrajurisdicional da constitucionalidade

Na condição de guardião da ordem jurídica, assume papel de destaque a atuação do Ministério Público na proteção da Constituição, o que se dá tanto no controle concentrado e abstrato

⁷³ WEINGARNER NETO, Jaime; VIZZOTTO, Vinícius Diziz, *Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia*. In SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores), *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*, p. 292-3.

⁷⁴ *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional*. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 713.

quanto no controle difuso e incidental da constitucionalidade. Também é fundamental a atuação da Instituição no controle extrajurisdicional da constitucionalidade, que poderá ocorrer pela expedição de recomendação para provocar, perante o Poder Legiferante, o autocontrole da constitucionalidade, bem como por intermédio da tomada de Termo de Ajustamento de Conduta, que é, também, um excelente mecanismo para viabilizar o controle extrajurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos.

No plano da proteção em abstrato da constitucionalidade, a Constituição Federal prevê expressamente um sistema de controle concentrado que é exercido pelo STF (art. 102, I, “a”, § 1º e § 2º, e art. 103, ambos da Constituição Federal/88), na sua condição de Corte Constitucional Nacional, ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, os quais funcionam como Cortes Constitucionais Regionais (art. 125, § 2º, da Constituição Federal/88). Esse mecanismo processual de proteção em abstrato e concentrado contra a inconstitucionalidade das leis e atos normativos, exercido perante as Cortes Constitucionais, não exclui a existência de outras formas de controle, tais como os exercidos pelos próprios Poderes Legiferantes, por intermédio do autocontrole da constitucionalidade, ou pelo Chefe do Poder Executivo, neste caso por meio do exercício do poder do voto. O referido mecanismo não exclui, ainda, o controle difuso e incidental da constitucionalidade, que possui natureza de garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal/88)⁷⁵.

Assim, em sendo possível, é até mais recomendável o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante — seja por intermédio da revogação, seja por intermédio da alteração para adequação ao sistema constitucional da lei ou ato normativo apontado como inconstitucional.

Com efeito, é mais razoável provocar, primeiramente, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, deixando para depois, em caso de recusa do autocontrole da constitucionalidade pelo poder competente, a via do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade perante a Corte Constitucional competente.

O Ministério Público é um dos principais legitimados ativos para controle abstrato e concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos perante as Cortes Constitucionais pátrias, consoante se extrai dos arts. 103, VI, e 129, IV, ambos da Constituição Federal/88 e dos arts. 6º, I, II e III, da Lei Complementar Federal/93, 25, I, da Lei Federal n. 8.625/93. Contudo, essa atribuição do Ministério Público não exclui a utilização de outros mecanismos pela Instituição, especialmente quando voltados para assegurar o respeito aos direitos assegurados

⁷⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Manual das ações constitucionais*, p. 690-1.

constitucionalmente. Portanto, quando desrespeitados os direitos constitucionais, especialmente os de dimensão social, não há dúvida que é dever do Ministério Público promover as medidas necessárias à garantia desses direitos (art. 129, III e IX, da Constituição Federal/88).

Um dos fortes mecanismos de atuação do Ministério Público, que decorre da Constituição e está previsto expressamente no plano infraconstitucional, é a *recomendação*, que poderá ser dirigida aos Poderes Públicos em geral e até mesmo aos particulares, a fim de que sejam respeitados os direitos assegurados constitucionalmente⁷⁶.

O vício da inconstitucionalidade é o mais grave no âmbito de uma ordem jurídica democrática que valoriza a Constituição como a base do sistema. É por intermédio do controle da constitucionalidade que se faz observar a supremacia e a rigidez constitucionais, impedindo que leis e atos normativos infraconstitucionais possam colocar em risco os valores primaciais da sociedade, já consagrados constitucionalmente.

Daí a importância da priorização, do planejamento e da sistematização dessa atribuição constitucional pelo Ministério Público na sua função de guardião da ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CF/88)⁷⁷.

4.7 Ampliação e estruturação do modelo do Ministério Público resolutivo: necessidade de sistematização e maior investimento na atuação extrajurisdicional

O modelo tradicional e antigo do Ministério Público, de caráter demandista, ainda é o que prevalece. Em inúmeras situações, os membros do Ministério Público, com destaque para as comarcas do interior, estão sufocados de atribuições processuais em demandas judiciais.

Nessas hipóteses, a atuação resolutiva, no plano extrajurisdicional, acaba sendo prejudicada, impedindo a devida inserção social da Instituição ministerial. E o pior: o Poder Judiciário vive uma verdadeira crise de efetividade, o que acaba por recair também sobre o Ministério Público e, nesses casos, em dose muito pesada, principalmente em razão do interesse social que está quase sempre presente nas demandas judiciais que justificam a sua atuação.

A atuação extrajudicial por intermédio das recomendações, dos inquéritos civis, das audiências públicas, dos termos de ajustamento de conduta, é uma via necessária e muito eficaz

⁷⁶ Sobre o assunto: PARISE, Elaine Martins; ALMEIDA, Gregório Assagra; LUCIANO, Júlio César; ALMEIDA, Renato Franco. *O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole da constitucionalidade*. In Boletim informativo MPMG Jurídico. Belo Horizonte: edição 001, setembro 2005, p. 16-7. Também acessível no endereço eletrônico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: www.mp.mg.gov.br (Boletins MPMG). Também, ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Manual das ações constitucionais*, p. 770-3.

⁷⁷ Nesse sentido, cabe destacar que foi criada, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade (Resolução PGJ-MG nº 75/2005), com as finalidades apresentadas acima.

para o Ministério Público cumprir os seus compromissos constitucionais perante a sociedade e ter ampliada a sua legitimidade social.

Por isso, é imprescindível a sistematização e a ampliação do investimento para ampliar e fortalecer a atuação extrajurisdicional do Ministério Público. A mudança cultural interna para a compreensão do modelo de Ministério Público resolutivo faz-se necessária, especialmente com o preparo dos seus membros e servidores para o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos sociais.

4.8 Atuação vinculada à especificação funcional da Instituição

O novo modelo constitucional implantado na CF/88 para o Ministério Público vincula sua atuação e revela a real dimensão da sua especificação funcional. O art. 127, *caput*, da CF é a cláusula-mãe e de toda e qualquer atribuição do Ministério Público, seja no plano da sua normatização em abstrato, seja no âmbito de sua aferição concreta. A cláusula aberta de encerramento das atribuições institucionais previstas no art. 129, IX, da CF/88, deve ser lida em perfeita sintonia com o art. 127, acima citado.

Com efeito, a base da especificação funcional do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Qualquer espécie de atuação institucional deve estar atrelada a essas diretrizes constitucionais. As atribuições arroladas no art. 129 da CF estão em perfeita correlação com o art. 127, *caput*, da CF.

Lei infraconstitucional não poderá conferir ao Ministério Público atribuição que não esteja seguindo essas diretrizes principiológicas. Leis anteriores à Constituição de 1988, que se divorciarem do novo modelo constitucional, não foram recepcionadas. Tudo isso decorre da força normativa e irradiante da Constituição, nos termos apresentados pelo neconstitucionalismo.

Convém destacar que o membro do Ministério Público e a Instituição em si devem tomar o cuidado necessário para não desvirtuarem, em suas atuações estratégicas, essa especificação funcional estabelecida na Lei Fundamental. Por exemplo, os *problemas de caixa* do Governo e as dificuldades administrativas do Poder Público em geral não podem servir de parâmetro para justificar a não atuação do Ministério Público; caso contrário, a Instituição estaria desvirtuando a sua especificação funcional ao levar em conta, para justificar sua omissão, problemas que estão relacionados com a especificação funcional de outra Instituição, no caso o poder executivo.

4.9 Acompanhamento da tramitação processual e a fiscalização da execução dos provimentos jurisdicionais

Para o jurista Marcelo Zenkner, o Ministério Público precisa ingressar em uma nova fase, em que são fundamentais os resultados adequados e efetivos da sua atuação funcional. Em palestra proferida no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, afirmou Zenkner que não é suficiente que o membro da Instituição simplesmente ajuíze a ação e passe para o Poder Judiciário o problema. Torna-se cogente, como fator de ampliação da sua legitimização social, que ele também acompanhe efetivamente a tramitação processual e tome medidas para garantir o rápido e adequado andamento processual, bem como a execução dos provimentos jurisdicionais, especialmente no que tange aos processos coletivos, em razão dos seus impactos sociais⁷⁸. Estamos de pleno acordo com o talentoso jurista, que tem desenvolvido parte dos seus estudos para aprimorar a efetividade da atuação do Ministério Público⁷⁹. Em tempos atuais, a leitura do direito não mais se sustenta no plano abstrato; o plano da concretização é fundamental para compreensão do direito no neoconstitucionalismo.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam a importância do acesso à justiça como novo método de pensamento para a revisitação da filosofia do direito e da própria teoria geral do direito: “[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁸⁰.

É importante também que o membro da Instituição acompanhe toda a instrução e diligencie para a produção necessária das provas para alcançar o resultado adequado da prestação jurisdicional. Nos tribunais, é relevante o acompanhamento dos recursos e das ações de competência originária pelo órgão da Instituição, que deverá até mesmo fazer sustentação oral nas hipóteses cabíveis.

4.10 Adequação da independência funcional do órgão do Ministério Público ao planejamento funcional estratégico da Instituição

⁷⁸ A palestra foi proferida na Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, no dia 22 de janeiro de 2008, às 14h, para o curso de formação dos novos Promotores de Justiça do XLVII Concurso, com o seguinte título: *Inquérito civil: técnicas de investigação em improbidade administrativa, formalização de TAC e de Recomendação*.

⁷⁹ Vale a pena destacar a seguinte obra do autor: *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁸⁰ *Acesso à justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 11-2.

O planejamento estratégico da atuação funcional deve vincular todos os órgãos do Ministério Público. Não pode o órgão de execução alegar a independência funcional para deixar de cumprir as estratégias de atuação funcional da Instituição, presentes nos seus planos e programas de atuação.

Nesse sentido, Marcelo Pedroso Goulart propõe uma revisitação na leitura dos princípios institucionais do Ministério Público. Diz ele que, no âmbito do seu objetivo estratégico de promoção da transformação social, o Ministério Público deve definir políticas públicas nos seus Planos e Programas de Atuação Institucional, com a fixação de metas prioritárias que orientem a atuação dos órgãos de execução e até mesmo da Administração Superior. Essas metas prioritárias devem ser seguidas pela Instituição e por seus membros como decorrência do *princípio da unidade* institucional. Para o autor, o *princípio da unidade* ganhou na CF/88 conotação política que supera as dimensões meramente administrativas que estavam presentes em sua concepção clássica, passando a informar e a orientar a própria atuação político-institucional do Ministério Público⁸¹. Afirma, também, Marcelo Goulart que o princípio da independência visa a garantir ao órgão da Instituição o exercício independente das suas atribuições funcionais: “[...] tornando-o imune a pressões externas (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público só deve obediência à sua consciência e ao direito”⁸².

A independência funcional seria, nesse sentido, uma garantia da própria sociedade antes mesmo de ser uma garantia do membro do Ministério Público, conforme conclui Marcelo Goulart: “O Ministério Público concretiza o objetivo estratégico abstratamente previsto na Constituição por meio da execução das metas prioritárias dos Planos e Programas de Atuação. Essas metas decorrem de imposição constitucional, portanto, contemplam hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público”⁸³.

4.11 Formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores

⁸¹ Conceitua GOULART, Marcelo Pedroso: “PRINCÍPIO DA UNIDADE — a atuação dos membros do Ministério Público deve estar voltada à consecução da estratégia institucional, qual seja: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República”. *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional*. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 714.

⁸² *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional*. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 715.

⁸³ *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional*. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 715-6.

do Ministério Público

Para que haja a concretização do novo Ministério Público, constitucionalmente delineado, faz-se necessária uma mudança cultural de mentalidade atrelada aos valores éticos e humanos que compõem o núcleo do direito no pós-positivismo jurídico. A vida e sua existência com dignidade, em todos os seus planos, devem ser fatores de direcionamento da atuação institucional do Ministério Público.

Conforme bem ressaltou Jorge Alberto de Oliveira Marum: “[...] *democracia não significa apenas liberdade, requerendo também justiça social e busca da igualdade material, ou seja, condições de vida, saúde, moradia, educação e alimentação adequadas, o que se realiza mediante a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Daí a profunda ligação entre o regime democrático, que cabe ao Ministério Público defender, e os direitos humanos*”⁸⁴.

Os cursos de ingresso, de vitaliciamento, de promoção na carreira e outros cursos que visem ao aperfeiçoamento funcional dos membros e servidores do Ministério Público devem ser tratados a partir de uma visão humanística fundada na solidariedade coletiva e no direito à diferença. Os próprios editais dos concursos públicos para ingresso na Instituição devem exigir o conhecimento sobre direitos humanos.

Por outro lado, a formação multidisciplinar e interdisciplinar é fundamental para que os membros e servidores do Ministério Público tenham uma visão mais holística da realidade social e das estratégias de atuação funcional da Instituição.

Uma das características principais dos novos direitos, especialmente os de dimensão coletiva, é a sua extrema complexidade. O operador do direito tem dificuldade para compreender e interpretar adequadamente os direitos coletivos somente com fundamento nas diretrizes estabelecidas pela ordem jurídica. Esses direitos, em geral, exigem um grau de conhecimento que se baseie em outras áreas de conhecimento, tais como a engenharia, a biologia, agronomia, sociologia, economia, ciência política, geologia etc.

A interpretação fundada no diálogo multidisciplinar e interdisciplinar é o melhor caminho para a boa e adequada compreensão dos novos direitos de dimensão massificada. A tendência é no sentido de ampliação desse diálogo com outras áreas de conhecimento, caminho hoje imprescindível para a oxigenação e revigoramento do próprio Direito como instrumento de justiça e de transformação da realidade social.

A compreensão das diretrizes do novo constitucionalismo, com destaque para a nova *summa*

⁸⁴ *Ministério Público e direitos humanos: um estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa e na promoção dos direitos humanos*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006, p. 395.

divisio constitucionalizada no País⁸⁵, já apresentada neste texto, bem como a consciência crítica das verdadeiras causas geradoras dos problemas sociais, devem estar presentes nos cursos, seminários e eventos do Ministério Público.

Sustentando a necessidade de uma formação crítica e transdisciplinar do órgão do Ministério Público, afirma Antônio Alberto Machado: “*Pensamos que a atuação dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro, sobretudo a partir da Constituição de 1988 e legislação subsequente, institucionalizando conflitos coletivos e operando instrumentais com caráter jurídico-político, ‘na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais’, apesar de sua cultura formalista e unidimensional, está em condições de fazer do ‘Promotor de Justiça’ um operador do direito consciente de suas funções não só jurídicas, mas também políticas e sociais, pelo relacionamento transdisciplinar que doravante estará forçado a fazer entre a estrutura normativa do direito que aplica e as estruturas sociopolíticas que estão na gênese dos conflitos coletivos*”⁸⁶.

4.12 Revisão da atuação como órgão interveniente no processo civil com base na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais

É fundamental a releitura e a reestruturação da atuação do Ministério Público no processo civil como órgão interveniente, com base na teoria dos direitos fundamentais, especialmente naquilo que se relaciona com o direito à vida e sua existência com dignidade, núcleo básico e irradiante do sistema constitucional.

Considerando que os direitos ou interesses coletivos também são direitos fundamentais, conforme previsto no Título II, Capítulo I, da CF/88, cabe destacar também as hipóteses de presença de interesse social, tais como as situações em que esteja presente, no processo civil, a necessidade de aferição da função social da propriedade, da função social do contrato e da função social da empresa. Nessas hipóteses, também é necessária a participação interveniente do Ministério Público no processo civil (art. 127, *caput*, da CF/88).

4.13 Utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação da Instituição

O rol dos instrumentos de atuação do Ministério Público não é exaustivo, o que também ocorre em relação às suas atribuições constitucionais, consoante se interpreta do art. 129, IX, da CF.

⁸⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁸⁶ *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*, p. 194.

Ademais, os direitos e garantias constitucionais fundamentais são consagrados tanto em dimensão formal quanto em dimensão material, nesse caso pela adoção da cláusula aberta prevista no § 2º do art. 5º da CF/88. Com efeito, tudo isso impõe uma atuação criativa do Ministério Público, tanto no plano jurisdicional quanto no extrajurisdicional, onde ele assume uma verdadeira função resolutiva.

Além do inquérito civil, da recomendação e do termo de ajustamento de conduta, que possuem amparo no texto constitucional e no infraconstitucional, outros mecanismos legítimos, fundamentados no interesse social, poderão ser utilizados pelo Ministério Pública para a defesa da sociedade (art. 1º, 3º, 127, *caput*, e art. 129, II, III e IX, todos da CF/88).

Os projetos sociais são verdadeiros mecanismos legítimos que poderão potencializar e qualificar a atuação social do Ministério Público, especialmente na promoção da transformação da realidade social de forma resolutiva e cooperativa (art. 3º, art. 127, *caput*, e art. 129, todos da CF/88).

Nesse sentido foi pautado o belíssimo trabalho teórico, amparado em experiências concretas, desenvolvido pelo Promotor de Justiça, em seu mestrado, Paulo César Vicente Lima. O referido promotor de justiça coordenou vários projetos sociais junto à Bacia do Rio São Francisco, com excelentes resultados concretos, utilizando-os como mecanismo de atuação do Ministério Público, acabando por desenvolver sua pesquisa científica a partir dessas experiências concretas⁸⁷.

6. CONCLUSÕES FINAIS

1. O neoconstitucionalismo, surgido a partir das concepções filosóficas que compõem do pós-positivismo jurídico, coloca a Constituição no centro do sistema jurídico, conferindo-lhe força normativa vinculatória e irradiante sobre toda ordem jurídica.
2. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inserida no novo constitucionalismo, adotou uma nova *summa divisio* no Título II, Capítulo I, alçando os direitos coletivos no plano da teoria dos direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais.
3. Todas as diretrizes principiológicas e interpretativas do neoconstitucionalismo devem servir de parâmetros para a aferição do novo perfil constitucional do Ministério Público brasileiro.
4. O Ministério Público brasileiro na Constituição Federal de 1988 passou a ser instituição de promoção da transformação da realidade social, assumindo natureza institucional autônoma que o retira da Sociedade Política e o insere, no plano da sua atuação funcional, na Sociedade Civil.

⁸⁷ *O Ministério Público como instituição do desenvolvimento sustentável: reflexões a partir de experiências na bacia do Rio São Francisco*. 2008. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social). Universidade Estadual de Montes Claros.

5. Com a CF/88 passaram a existir nitidamente dois modelos constitucionais do Ministério Público: o demandista, de atuação jurisdicional, e o resolutivo, de atuação extrajurisdicional.
6. A partir da CF/88, o Ministério Público abandonou a função de mero *custos legis* para assumir a função *custos societatis* e guardião da ordem jurídica (*custos juris*).
7. O Ministério Público é instituição permanente, de forma que ele e as suas atribuições, princípios e garantias constitucionais são cláusulas pétreas (superconstitucionais).
8. Os princípios, as atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas (superconstitucionais) poderão ser ampliados, mas não poderão ser eliminados ou restringidos.
9. Existem vários fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público, sendo que a preocupação com esses fatores é muito importante para a concretização do novo perfil constitucional da Instituição, especialmente no que tange à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF).
10. Entre outros, seriam fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público: a) a priorização da atuação preventiva; b) o exercício da função pedagógica da cidadania; c) a realização periódica de audiências públicas; d) o combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais, especialmente por intermédio da fiscalização orçamentária e) a provocação articulada e sistematizada do controle da constitucionalidade; f) a ampliação e a estruturação do modelo do Ministério Público resolutivo; g) a atuação vinculada à especificação funcional da Instituição; h) o acompanhamento da tramitação processual e a fiscalização da execução dos provimentos jurisdicionais; i) a adequação da independência funcional do órgão do Ministério Público ao planejamento funcional estratégico da Instituição; j) a formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores do Ministério Público; k) revisitação da atuação como órgão interveniente no processo civil com base na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais; l) utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação da Instituição

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2^a ed. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- _____. *Direito material coletivo — superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- _____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. PARISE, Elaine Martins. *Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito*. In MPMGJurídico, ano I, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, edição 001, setembro 2005, p. 13-6.
- _____. SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. *Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público*. In MPMGJurídico, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano 1, abril/maio/junho 2006, n. 5, p. 9-15.
- BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 58:129-73, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4^a ed., rev. e ampl. São Paulo: 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 18^o ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006.
- _____. *Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo*. In MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão *et al* (coords.), *Ministério Público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso dos consumidores à justiça*. In *As garantias do cidadão na justiça*, obra coletiva, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARBONEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005.
- FAVRETO, Rogério, GOMES JÚNIOR, Luiz MANOEL. *Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais alterações*. In Revista de Processo: Revista dos Tribunais, v. 176:174-94, ano 34, outubro, 2009.
- FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2^a ed., revi. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: ESMPU Manual de atuação, 2006.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Editora de direito, 1998.

_____. *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional*. In Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 713-16.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

JANNUZZI, Paulo Martino. *Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil*. In <http://comciencia.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>, p. 1, acesso aos 03.06.2008, 12h. e 30min.

LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Paulo César Vicente. *O Ministério Público como instituição do desenvolvimento sustentável: reflexões a partir de experiências na bacia do Rio São Francisco*. 2008. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social). Universidade Estadual de Montes Claros.

MACHADO, Antonio Alberto. *Ministério público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. *Ministério Público e direitos humanos: um estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa e na promoção dos direitos humanos*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 4^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MILARÉ, Édis (coordenador). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 — 15 anos*. São Paulo: RT, 2001.

MORIN, Edgar. *O pensamento complexo, um pensamento que pensa*. In *A inteligência da complexidade*, MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Lê. Tradução de Nirimar Maria Falci. São

Paulo: Editora Peirópolis, 3^a edição, 2000, p. 207-8.

MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão, ROCHA, João Carlos de Carvalho et al (coords.). *Ministério Público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PARISE, Elaine Martins; ALMEIDA, Gregório Assagra; LUCIANO, Júlio César; ALMEIDA, Renato Franco. *O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provação do autocontrole da constitucionalidade*. In Boletim informativo *MPMG Jurídico*. Belo Horizonte: edição 001, setembro 2005, p. 16-7. Também acessível no endereço eletrônico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: www.mp.mg.gov.br (Boletins MPMG).

ritt, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2002.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coords.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5^a ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ ; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUTO, Cláudio. *O tempo do direito alternativo — uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de António Cabral de Moncada. 2^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Culbbekian, 1984.