



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL
RESOLUTIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO
PATRIMÓNIO PÚBLICO NO BRASIL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Patrícia Kathy Azevêdo Medrado Alves Mendes

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Número da candidata: 20141314

Janeiro de 2020

Lisboa

Dedico esse trabalho aos meus filhos Davi,
Raquel e Katharina, pelas horas furtadas ao
nosso doce convívio.

AGRADECIMENTOS

Não existe chegada sem percurso. E o caminho muitas vezes não é uma reta linha tranquilamente percorrida, ao revés, é uma trajetória sinuosa e árdua, mas nem por isso menos gratificante.

Contudo, concluir uma dissertação é, ao contrário do que se imagina, sempre um ponto de continuação, nunca um ponto final. A cada leitura e releitura mais alterações, mudança de texto, introdução de pensamentos, novos conceitos, novas observações. Um trabalho que, a cada vez revisto, e tantas vezes o seja, é revisado.

O conhecimento empenhado para a realização do trabalho não é só o do presente, mas o do passado também. Assim, volto os olhos para trás no tempo e agradeço aos meus pais, Adnólia e Raimundo, pelos conhecimentos que angariei durante minha formação infanto-juvenil em um ambiente caseiro no qual se respeitava a língua portuguesa, e envolvia os seus moradores em laços de afeto e de saber, espalhados nas diversas estantes de livros dispostas em vários cômodos do lar.

Agradeço aos amigos de caminhada da UAL, especialmente Ticiany e Roniely, pelas ideias e sorrisos que trocamos ao longo do curso, ao meu esposo e colega, Glauco Mendes, por sua presença constante nessa trajetória e aos colegas do Grupo de Atuação de Defesa do Património Público e da Moralidade Administrativa do Ministério Público do estado da Bahia/Brasil, pela ajuda na colecta de alguns textos e desdobramento de algumas ideias, especialmente a Adriano Assis.

Agradeço a minha linda família, que com carinho e dedicação se dispôs a ficar com os nossos filhos, enquanto viajavamos por dias, ao longo de dois anos seguidos, para a realização desse nosso objectivo.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, que escolhi nos primeiros cinco minutos da sua primeira aula de Direito Constitucional a nossa Turma e, com satisfação, recebi o seu consentimento para a Orientação dessa dissertação, meu maior agradecimento, por seu cuidado em todos os detalhes na avaliação do trabalho, mantendo-o no rumo certo.

A todos vocês, minha gratidão

“ (...) III. SÊ PROBO. Faze da tua consciência profissional um escudo invulnerável às paixões e aos interesses; (...).”

(Decálogo do Promotor de Justiça, J. A. César Salgado, in II Congresso Interamericano do MP, 1956)

RESUMO

Discorrer sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público na defesa do patrimônio público é assunto que envolve a abordagem de diversas etapas temáticas.

Entre essas, destaca-se saber a razão pela qual essa atuação extrajudicial se tornou tão necessária para a pacificação social, porque o protagonismo nessa atuação pode ser exercido pelo Ministério Público, já que existem outros atores do Sistema de Justiça teoricamente aptos a exercê-la, porque a atuação na defesa do patrimônio público é atuação tão importante e necessária para a consecução de direitos fundamentais, quais os mecanismos pelos quais essa atuação ministerial vem se efetivando, quais as normativas que abarcam essa atuação e lhe dão suporte, como é talhada a Instituição Ministerial em outros países, inclusive Portugal, e se essa feição institucional propicia ou não facilita a atuação extrajudicial na resolução de conflitos na defesa do patrimônio público nesses países, são questionamentos que se buscou responder ao longo do desenvolvimento da dissertação.

Explicar as respostas a esses questionamentos impõe que se estabeleçam esclarecimentos a respeito do que são direitos fundamentais, como a prática de atos que violam o patrimônio público são tipificados, com especial enfoque na atuação do Ministério Público Brasileiro, o qual, diante do perfil constitucional que lhe foi deferido, dispõe de suporte normativo diferenciado para atuação nessa seara de resolução extrajudicial de conflitos na defesa do patrimônio público.

O trabalho visa também estabelecer as práticas de resultado dessa atuação, notadamente quando considerada a efetividade, celeridade e grau de aprovação social que o produto dessas ações vem oferecendo na defesa do patrimônio público, com inquestionável favorecimento em prol da consecução de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Ministério Público. Resolução Extrajudicial de Conflitos. Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil. Defesa do Patrimônio Público. Improbidade.

ABSTRACT

Discussing the extrajudicial performance of the Public Prosecution Service in the defense of public patrimony is a subject that involves the approach of several thematic stages.

Among these, it is important to know the reason why this extrajudicial action became so necessary for social pacification because the role of this action can be exercised by the Public Prosecutor, since there are other actors in the Justice System theoretically able to exercise it because action in the defense of public heritage is so important and necessary for the achievement of fundamental rights, the mechanisms through which this ministerial action has been taking place, what are the regulations that embrace this action and support it, as is Ministerial Institution in other countries, including Portugal, and if this institutional feature allows or not extrajudicial action in the resolution of conflicts in the defense of public heritage in these countries, these are questions that we sought to answer throughout the development of the dissertation.

Explaining the answers to these questions demands that clarifications be established regarding what fundamental rights are, such as the practice of acts that violate public heritage are typified, with a special focus on the action of the Brazilian Public Prosecution Service, which, given the constitutional profile that it was granted, it has differentiated normative support to act in that area of external dispute resolution in the defense of public heritage.

The work also aims to establish the practices resulting from this action, especially when considering the effectiveness, celerity, and degree of social approval that the product of these actions has been offering in the defense of the public heritage, with unquestionable favoring in favor of the achievement of fundamental rights.

Keywords: Public Prosecution Service. External dispute resolution. National Council of the Public Ministry of Brazil. Defense of the Public Heritage. Administrative Dishonesty.

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
1.3 ESTUDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL	19
CAPÍTULO 2 TUTELA JURIDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
2.1 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	21
CAPÍTULO 3 DOS MECANISMOS JURÍDICOS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
3.1 DOS MECANISMOS JURÍDICOS DE EFECTIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
CAPÍTULO 4 A RESOLUÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS	28
CAPÍTULO 5 A ATUAÇÃO JUDICIAL COMO EFECTIVO MECANISMO DE CONSECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	30
5.1 AS EXPERIÊNCIAS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA EFECTIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	30
5.2 OS ENTRAVES NA CONSECUÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL.....	32
5.3 A SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO: A CRISE DA JUDICIALIZAÇÃO	32
CAPÍTULO 6 APRIMORAMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA NA CONSECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	36
6.1 A AUTOCOMPOSIÇÃO NAS ACÇÕES JUDICIAS EM CURSO.....	43
6.2 A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS POR ATORES DO SISTEMA DE JUSTIÇA.....	45
CAPÍTULO 7 A RELEVÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	47
7.1 NO BRASIL.....	47
7.2 NO DIREITO COMPARADO.....	52
7.3 A ATUAÇÃO EXITOSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS QUE VISAM A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	58
7.4 A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA DEFESA DO PATRIMÓNIO PÚBLICO.....	59
CAPÍTULO 8 O COMBATE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE DEFESA DO PATRIMÓNIO PÚBLICO.....	65
8.1 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO	66
8.2 DA COMINAÇÃO DE SANÇÕES EM SEDE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	74

8.3 DOS MECANISMOS EXTRAPROCESSUAIS DE TUTELA COLECTIVA.....	75
8.3.1 Inquérito Civil.....	76
8.3.2 Audiência Pública	78
8.3.3 Recomendação	79
8.3.4 Compromisso de Ajustamento de Conduta.....	81
8.4 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	83
8.5 CONSENSUALIDADE NO DIREITO SANCIONADOR	85
8.6 DA TRANSAÇÃO, ACORDO OU CONCILIAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	85
CONCLUSÃO.....	99
BIBLIOGRAFIA.....	101

LISTA DE ABREVIATURAS

Art - Artigo

Arts. – Artigos

AI – Agravo de Instrumento

Ag - Agravo

AgReg – Agravo Regimental

CRP – Constituição da República de Portugal

CRB – Constituição da República do Brasil

STJ/B - Superior Tribunal de Justiça- Brasileiro

STJ/P – Supremo Tribunal de Justiça - Português

STF - Supremo Tribunal Federal

RE – Recurso Extraordinário

RESP – Recurso Especial

MP – Ministério Público

RF – Revista Forense

INTRODUÇÃO

A defesa do património público é tema de interesse mundial, dada a relevância que assume na concretização de direitos fundamentais. Com efeito, o mau uso ou utilização ilícita de recursos públicos impactam directamente na consecução de direitos fundamentais, pois impede que o estado efective políticas públicas de interesse social. Portanto, trata-se de mais do que simplesmente discutir a qualidade do gasto público, vale dizer, de que maneira determinado recurso orçamentário é utilizado, cuida-se, sim, em verdade, de verificar em que medida o património público é violentado por condutas de agentes públicos e políticos que, ignorando os anseios sociais, direccionam suas acções na dilapidação ilícita do erário.

Portanto, essa dissertação visa examinar o que são direitos fundamentais e como estes estão dispostos normativamente, qual o conteúdo do regramento que ampara a atuação judicial e extrajudicial na resolução de conflitos, como se efectiva a atuação de atores do Sistema de Justiça, notadamente o Ministério Público, com especial destaque para a atuação ministerial no Brasil, especialmente na defesa do património público.

Evolui-se no trabalho para explicar quais as bases normativas que sustentam a atuação do Ministério Público na resolução extrajudicial de conflitos com destaque na defesa do património público, por intermédio de mecanismos jurídicos que revelam a efectividade da atuação e demonstram efectividade, celeridade e eficiência.

A realização deste trabalho justifica-se, assim, para conhecer e entender como está juridicamente prevista a tutela desses direitos fundamentais no respectivo ordenamento jurídico do Brasil e como se efectiva a concretização desses direitos fundamentais, quando entra em cena a intervenção do Poder Judiciário e de que maneira essa intervenção vem sendo deficitária e urge ser aperfeiçoada em prol do interesse social, sobretudo diante da denominada crise da judicialização que vem demonstrando a sobrecarga do Poder Judiciário e sua crescente dificuldade em concretizar os direitos fundamentais, abrindo ensejo à necessidade de atuação de outros atores do sistema de Justiça, dentre estes se destacando a atuação do Ministério Público, como protagonista na resolução extrajudicial de conflitos que visa garantir a implementação desses direitos fundamentais, notadamente em virtude do seu papel resolutivo na defesa do património público.

CAPÍTULO 1

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conceituar, explicar e sistematizar os direitos fundamentais tem sido tarefa à qual a doutrina vem se dedicando, na busca da definição jurídica desse importante conceito. Na busca da sua correta compreensão, é preciso que se descortine, de início, a sua topologia jurídica, dentre os diversos ramos do saber jurídico. Assim, constata-se que o Direito Constitucional alberga os direitos fundamentais, os quais, considerados em conjunto, denotam a relevância do seu conteúdo e findam por proteger a pessoa humana frente ao Poder Estatal.¹

Com efeito, salienta Jorge Bacelar Gouveia que a proteção dos direitos fundamentais se difunde não só no Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais, mas também no Direito Penal, no Direito Internacional Público, no Direito da União Europeia e no Direito Civil. O reportado autor, ao discorrer sobre as raízes da normatização dos direitos fundamentais, assevera que a posição galgada pelos direitos fundamentais, em sede constitucional, encontra seu marco no século XIX, ao se delimitar direitos individuais em contraposição ao estado.²

Desta forma, identifica-se que a Revolução Constitucionalista e Liberal abriram campo para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, os quais visam proteger o indivíduo nas relações estabelecidas com o Estado Poder, impondo limites à autoridade estatal face aos direitos individualmente considerados, o que não ocorria até então, quando a vontade estatal ignorava a existência dos direitos das pessoas em contrariedade às suas ordens e determinações.³

A definição de direitos fundamentais é marcada pela atuação positiva dos cidadãos frente ao Poder Constituído, exigindo-lhe direitos e cobrando obrigações.

Fincada a correlação do seu instituto com os ramos do saber jurídico, passa-se a examinar o cenário sócio-político que favoreceu o seu surgimento, como categoria jurídica individualizada e destacada.

¹GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional – Tomos I e II**. 6ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2016. Depósito legal 417333/16, p.925.

² *Ob.cit.*, p.925 a 928.

³ *Ob.cit.*, p.929

Sob essa ótica, verifica-se sobreditos direitos foram influenciados por momentos de relevante modificação, dentre os quais se listam, o liberalismo econômico, o nacionalismo político e o individualismo filosófico do século XIX, o intervencionismo social, o internacionalismo e o solidarismo do século XX.⁴

Em linha com o explanado acima, entende Daniel Camargo, em exame histórico a respeito do tema, e considerando a evolução destes em ciclos, os direitos fundamentais, de maneira genérica, podem ser sistematizados com uma fase pré-histórica, uma fase intermediária a partir do século XVI, com o jusnaturalismo e o constitucionalismo a partir do século XVIII.⁵

Historicamente situados, e estabelecidas as bases da sua relevância sócio-política, extrai-se, a partir de então, a quais bens jurídicos sobreditos direitos se voltam a tutelar, seguindo-se, no particular, o entendimento de Daniel Camargo, com o qual comungamos, e que menciona que a proteção dos direitos fundamentais se dirige a bens de relevância para o indivíduo como a liberdade, a igualdade e a dignidade. Fundamental é, pois, a tradução de um bem essencial à pessoa humana e às relações em sociedade. E, sendo fundamental, sobredito direito deve ser alçado à sede constitucional, de modo a lhe conferir a necessária segurança legislativa, salvaguardando-o de investidas modificadoras do legislador infraconstitucional, impossibilitando que este adote medidas normativas que diminuam o alcance e a extensão desses direitos ou prejudique o exercício desses ou, ainda, inviabilize a sua concretização.⁶

Os direitos fundamentais no Brasil se encontram dispostos no respectivo texto da Constituição Federal Brasileira. Como em outros países democráticos, no Brasil foram alçados à sede constitucional, considerando a necessidade da sua tutela jurídica para a sociedade. Não obstante o destaque que mereceram, em sede constitucional, a implementação desses direitos, muitas das vezes, só se efectiva por intermédio da atuação do Poder Judiciário ou da intervenção resolutiva de outros atores do Sistema de Justiça.

A realização deste trabalho justifica-se, assim, para conhecer e entender como está juridicamente prevista a tutela desses direitos fundamentais no respectivo ordenamento jurídico do Brasil e como se efectiva a concretização desses direitos fundamentais, quando entra em cena a intervenção do Poder Judiciário e de que maneira essa intervenção vem sendo deficitária e urge ser aperfeiçoada em prol do interesse social, sobretudo diante da

⁴ *Ob.cit.*,p.938

⁵ CAMARGO, Daniel Marques. **Jurisdição Crítica e Direitos Fundamentais**. 2ª edição, actualizada, revisada e ampliada. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010. ISBN 978-85-60520 – 49 – 7, p.11

⁶ *Ob. Cit.*, p.13

denominada crise da judicialização que vem demonstrando a sobrecarga do Poder Judiciário e sua crescente dificuldade em concretizar os direitos fundamentais, abrindo ensejo à necessidade de atuação de outros atores do sistema de Justiça, dentre estes se destacando a atuação do Ministério Público, como protagonista na resolução extrajudicial de conflitos que visa busca concretizar a efetivação desses direitos, valendo destacar a importância dessa atuação ministerial resolutiva na proteção do patrimônio público.

1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para além do já assentado acima, a respeito dos direitos fundamentais, sua evolução histórica, suas matizes sócio-políticas, sua topografia jurídica, e seu conceito jurídico, constata-se que os direitos fundamentais foram sendo identificados e classificados, ao longo do tempo, em gerações, divididas de acordo com sua natureza:

Assim, segundo Daniel Camargo⁷, em quatro gerações podem ser classificados os direitos fundamentais.

A primeira geração respeitante aos direitos individuais e políticos, os quais visam proteger o cidadão da atuação estatal indevida, podendo-se citar direitos básicos como o direito à existência (vida), o direito de ser livre, inclusive os de expressão coletiva, como o de liberdade de imprensa, de manifestação, de reunião e de associação e os relacionados ao exercício da participação política, como o direito de voto e capacidade eleitoral passiva.

A segunda geração se refere aos direitos que visam atender as necessidades mínimas dos cidadãos, garantindo-lhes dignidade humana, instando o poder estatal a atuar. São esses: direitos que dizem respeito à toda a sociedade, direitos econômicos e culturais, como o direito à assistência à saúde, o direito à educação, à assistência social, ao trabalho, incluídas nessa geração as liberdades sociais, como a de sindicalização, direito a férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo e limitação de jornada.

Já os direitos de terceira geração titularizam conceitos imateriais e de relevância para a sociedade como a paz, a defesa do consumidor, o desenvolvimento econômico, comunicação, meio ambiente sustentável e saudável, defesa do patrimônio histórico e cultural. Relacionam-se com os aspectos de solidariedade e fraternidade do grupamento humano.

⁷ Ob.cit., p.16/17

Por seu turno, os direitos de quarta geração relacionam-se com a democracia, a informação, o pluralismo, não intolerância, biotecnologia, bioengenharia e o direito ao pleno exercício da cidadania.

O exame da classificação acima revela que as duas últimas classificações se destinam a detalhar direitos que poderiam ser albergados nas duas primeiras, pois a dicotomia do individual e do transindividual será sempre adequada a possibilitar a divisão de conceitos jurídicos.

De outra parte, sobredita classificação em gerações e não em dimensões, conforme esclarece o mencionado autor, visa escapar da ideia de que estes se substituam no tempo, na certeza de que se cuidam de direitos indivisíveis e independentes.

Os direitos fundamentais foram alçados à categoria de direitos com abrigo no texto da Constituição e que conferem sustentação ao Estado Democrático de Direito. Sevem, pois, como diretriz para que se invoque o controle da conformidade dos atos normativos estatais e das leis com a previsão disposta no texto constitucional, possuindo, destarte, efeito irradiante. Daí sua indiscutível importância para sustentação das Democracias modernas.

De outra parte, é possível examinar a evolução no tempo dos direitos fundamentais, com base no pretenso movimento histórico de expansão e afirmação progressiva desses direitos. Daí falar-se em “dimensões”, para os autores que admitem essa conceituação, de direitos que correspondem a uma sucessão temporal de declaração e amontoamento de novos direitos fundamentais. Sabe-se, contudo, que essa conceituação não é uniformemente aceita pela doutrina.

Assim, admitindo-se a existência de dimensões dos direitos fundamentais, importante faz-se destacar que a doutrina majoritária brasileira, concebe quatro dimensões aos direitos fundamentais, entretanto há autores de notoriedade, ainda no cenário doutrinário brasileiro, que defendem a existência de cinco dimensões.

Nessa linha, procedendo-se ao estudo das dimensões dos direitos fundamentais, sabe-se que os direitos fundamentais de primeira dimensão, a exemplo dos direitos civis e políticos, nasceram da necessidade de delimitar o Poder do Estado Absolutista, centrado na figura do Soberano, possibilitando ao indivíduo o exercício da liberdade. Foram conquistados a partir da Revolução Francesa e distinguem-se por buscarem a limitação da atuação estatal, em respeito a direitos básicos da pessoa humana. Visam, assim, obstar atuações estatais que firam direitos do indivíduo. Com o avanço dos interesses da burguesia, houve o fim do absolutismo e, a implementação do liberalismo. Portanto, existia ali a ideia de que o Poder Político deveria

se afastar das relações económicas para que houvesse uma liberdade maior. Essa retração estatal refeletiu-se no texto de diversas constituições.

Para ilustrar o que se buscou explicar acima, menciona-se, em linha com os ensinamentos de Paulo Bonavides⁸, que os direitos civis e políticos não desapareceram das Constituições em vigor, apresentando, não raras vezes, desdobramentos minudentes sobre seus respectivos conteúdos, de modo a conferir conhecimento e segurança sobre a sua existência.

Também podem ser citados como direitos fundamentais dessa geração primeira, o direito à vida, o direito à propriedade, o direito à liberdade de opinião e direito de imprensa, entre outros.

Após a Revolução Industrial inglesa, transformações económicas ocorreram no decorrer do século XIX. Esse novo contexto motivou novas relações sociais, gerando novos direitos fundamentais. Desta forma surgem os direitos sociais, económicos e culturais, havendo uma maior preocupação e atuação do Estado na sociedade, classificados como de segunda geração.

Em relação à segunda geração dos direitos fundamentais, em linha com Ingo Wolfgang Sarlet⁹, constata-se que essa dimensão destacou-se do indivíduo, isoladamente considerado, para se dedicar aos direitos das classes menos favorecidas dentro do contexto social, vez que o poder da classe empregadora se revelava preponderante. Sobredita dimensão de direitos fundamentais visou, então, reconhecer as pretensões advindas das classes menos favorecidas, de modo a reduzir a desigualdade económica entre esta e a classe empregadora, concretizando o princípio da paz social.

Visando restabelecer o equilíbrio económico, o Poder Estatal passa a adotar medidas que visam assegurar o bem-estar do cidadão em sociedade, através do reconhecimento de direitos sociais, os quais correspondem a uma prestação positiva por parte do Estado, consubstanciada no dever estatal de prover direitos básicos que assegurem a sobrevivência do indivíduo em sociedade e seu desenvolvimento, a exemplo da educação, saúde, alimentação, amparo aos financeiramente carentes e defesa da maternidade e da infância.

Após a 2ª Guerra Mundial identifica-se que os direitos fundamentais podem ser enquadrados em nova dimensão, exaltando como lema a fraternidade. Essa dimensão é

⁸ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 563.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

caracterizada pelos direitos difusos, que são os direitos que transcendem os direitos individuais, ou seja, correspondem aos direitos colectivos, havendo, então, uma indeterminação de seus titulares. Ganham corpo, nessa dimensão, matérias como a defesa do meio ambiente, das relações de consumo, da criança e do adolescente e das pessoas idosas. Os direitos difusos são direitos que vão abranger tanto os direitos de defesa quanto os direitos de prestação, ou seja, não há uma segregação e uma dicotomia como em relação às primeiras dimensões.

A quarta dimensão, a depender do autor, encontra distintas considerações. Para Norberto Bobbio, tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética¹⁰ e se distingue pela protecção aos direitos relativos à bioética, com base nos avanços das pesquisas genéticas.

Paulo Bonavides, possuindo um entendimento diferente do de Bobbio, também compreende a existência de uma quarta dimensão, mas essa relacionada ao direito à democracia, à informação introduzida pela globalização política. Além de Paulo Bonavides, Marcelo Novelino¹¹ também defende essa perspectiva na quarta dimensão, entendendo que a globalização política propiciou o reconhecimento do direito à obtenção de informações, ao ambiente democrático, à pluralidade de ideias e pesnamentos, como reflexo da cidadania.

A doutrina majoritária considera que estamos vivenciando a quarta dimensão. Por fim, Paulo Bonavides sustenta que, após o ataque terrorista às torres gêmeas nos Estados Unidos, pode-se identificar nova dimensão de direitos fundamentais, a quinta, a qual se singulariza pelo direito à paz, buscando a cooperação entre os povos, o respeito ao multiculturalismo e a superação da onda de terrorismo através da paz.

Faz-se importante salientar ainda o entendimento de Raquel Honesko¹², quando destaca que o direito à paz poderia configurar direitos fundamentais em sua quinta dimensão, haja vista a relevância do bem jurídico, de inegável importância para o bem-estar e convivência harmoniosa em sociedade e que vem sendo alvo de diversos atentados à sua existência, seja pelas diversas guerras civis existentes em vários países do mundo, seja pelas recorrentes ocorrências de práticas de terrorismo pelo mundo.

Entretanto, alguns autores, como Ricardo Castilho¹³, criticam essa criação doutrinária

¹⁰ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 5-6.

¹¹ NOVELINO, Marcelo - **Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Método, 2008. p. 229.

¹² HONESKO, Raquel - Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In **Direitos Fundamentais e Cidadania**. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo: Método, 2008. p. 56

¹³ CASTILHO, Ricardo - **Direitos Humanos**. 2a ed. [s.l.]: Editora Saraiva, 2013. p. 187.

de novas dimensões ao entendimento de que as novas dimensões de direitos fundamentais criadas são, na verdade, direitos que se podem categorizar em dimensões já existentes.

Estabelecidas as bases que sustentam o conceito de direitos fundamentais, é preciso apresentar um conceito sobre estes, seguindo, para tanto, o entendimento de Jorge Miranda¹⁴, de acordo com o qual direitos fundamentais se apresentam e se justificam, em sede constitucional, formal e materialmente.

Jorge Miranda reconhece que os direitos fundamentais se estabelecem em relação ao poder estatal, e em face desse podem ser exercidos, razão pela qual o reconhecimento desses direitos em estados totalitários, nos quais as liberdades individuais são ignoradas e vontade popular desconsiderada, não é aceita.¹⁵

Com efeito, não se ignora a força jurídica que emana dos direitos fundamentais, como reconhece o referido autor. Assim, constata-se que a posição de primazia, em sede constitucional, dos direitos fundamentais liga-se com o grau de essencialidade do seu reconhecimento jurídico para que o indivíduo possa ter assegurada a protecção jurídica necessária contra iniciativas legislativas que visem atacar esses direitos. Em outras palavras, a inserção dos direitos fundamentais no texto constitucional confere formalmente a esses posição de segurança jurídica, demonstrando a protecção material que lhes é conferida.¹⁶

De outra parte, não se nega, nem se questiona que o direito fundamental é um dos alicerces para o exercício da cidadania, pois guarda forte relação com a qualidade de vida, a integridade física e mental e o bem-estar da pessoa humana e desencadeia a necessidade de uma consciente atuação do cidadão no momento de exercer os seus direitos e deveres políticos.

Em outras palavras, os direitos fundamentais guarnecem os bens da vida: educação, saúde, segurança, lazer, moradia, dentre outros. Diante da relevância e alcance social dos temas que tutelam, são objecto de políticas públicas por parte do Estado. Corporificam, assim, anseios da sociedade, reconhecidos pelo corpo político como legítimos, e cujas políticas públicas se protraem no tempo.

Lado outro, questiona-se se a dignidade da pessoa humana pode ou não ser entendida como núcleo dos direitos fundamentais. Em outras palavras, questiona-se a distinção entre os conceitos a partir de reflexões a respeito da possibilidade de violação de direitos fundamentais

¹⁴ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Tomo IV. Coimbra Editora. 5ª ed., 2012. p. 9.

¹⁵ *Idem* – *Op. Cit.* p. 10.

¹⁶ *Idem, idem* – *Op. Cit.* p. 11.

apenas pela atuação estatal e não por particulares, a necessidade de se reconhecer ou não conteúdo de dignidade em todos os direitos fundamentais e se, enfim, direitos fundamentais são ou não a essência da dignidade da pessoa humana.

Constata-se, assim, em linha com o preconizado por Marcelo Duque¹⁷, que o entendimento adequado a respeito é de que o estado deve servir ao indivíduo e não o contrário, pois o centro de referência é a pessoa humana, como ponto limitador dos ditames legais. A dignidade da pessoa humana é a última trincheira da qual se recorrem os direitos fundamentais, pois a dignidade da pessoa humana representa a própria razão de ser do estado de Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 oferta o conceito de dignidade da pessoa humana, no artigo respeitante aos Princípios Fundamentais, deixando entrever a importância desse conceito, conforme se reproduz a seguir:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”¹⁸

Em complementação, dispõe o parágrafo único do reportado artigo da Constituição Brasileira que:

“Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”¹⁹

Nesta ordem de ideias, conjugando o pensamento de ambos os autores antes citados, chega-se à conclusão de que o conceito de dignidade da pessoa humana permeia a proteção e o exercício dos direitos fundamentais, na medida em que não se admite violação que afronte a dignidade da pessoa humana para atendimento de privilégio de natureza individual ou colectiva, ao tempo em que qualquer atuação individual ou colectiva não se legitima, revelando-se antijurídica, se atentatória à dignidade da pessoa humana.

¹⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais – Teoria e Prática**. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5237-3, p.235/241.

¹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil. [Consult. 25 Outubro 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁹ *Idem*.

1.3 ESTUDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

No Brasil, segundo leciona Barroso²⁰, a Constituição Federal de 1988 no Brasil apresenta-se, destarte, como ponto de inflexão da ditadura, refeletindo a inauguração de um novo tempo, no qual se passou a respirar a Democracia, sendo o marco diferencial na positivação dos direitos fundamentais.

Assim, resulta incontestado que o texto constitucional, como posto, favorece a defesa dos direitos fundamentais, dos princípios republicanos e da dignidade da pessoa humana, respeitando a legalidade e a igualdade, propiciando um ambiente de segurança jurídica que se reflete institucional e socialmente.

Explicando sobre a relevância da Constituição Federal para o cenário sócio-político brasileiro, assevera Barroso²¹, actual Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, que a Constituição simboliza conquistas e impulsiona avanços.

O estudo dos direitos fundamentais no Brasil assim se confunde com o exame de como esses direitos estão postos em sede constitucional e como vem se efectivando a sua implementação, na seara extrajudicial e judicial, considerando-se as revesses jurídicas que a concretização desses direitos vem enfrentando, notadamente por embaraços relacionados às questões orçamentárias, de qualidade do gasto público, sem perder de vista os casos de desvio/malversação de recursos públicos, impossibilitando os investimentos financeiros na consecução desses direitos.

Com efeito, sabe-se, com clareza mediana, que a previsão de determinado direito, mesmo que em sede constitucional, não garante, ainda que em um Estado Democrático de Direito, a sua efectiva concretização.

Em relação à implementação de direitos fundamentais, as variantes estão acima listadas, não obstante se reconheçam os esforços do Poder Judiciário e dos atores dos sistemas de Justiça, notadamente o Ministério Público, quer de maneira resolutiva ou demandista, para garantir a implementação desses direitos.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª edição - 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, ISBN 978-85-02-22804-7, ob. cit., 279.

²¹ *Ob.cit.*, p.281.

Sabe-se que aos Poderes Executivo e Legislativo incumbe o planejamento orçamentário, de modo a atender as necessidades sociais. Incumbe, também, a regular execução orçamentária de modo a assegurar a efetivação dos direitos fundamentais.

Ocorre que, não raras vezes, verifica-se a priorização de áreas específicas com o emprego excessivo de recursos públicos, forjando um ambiente orçamentário desfavorável ao atendimento dos direitos fundamentais e sociais. Em outras vezes, verifica-se a ocorrência de execução orçamentária a menor em áreas prioritárias, que envolvem inexoravelmente uma gama de direitos fundamentais e sociais.

Ainda em situações outras, identificam-se as mazelas da corrupção, com o desvio ou emprego indevido de recursos públicos em prol de determinados agentes públicos e políticos e particulares, ceifando qualquer possibilidade de concretização de direitos fundamentais e sociais.

Nesses casos, a atuação dos integrantes do Sistema de Justiça, provocando o Poder Judiciário a adotar providências, de modo a fazer com que os direitos fundamentais e sociais, constitucionalmente previstos, sejam respeitados, se faz necessária.

CAPÍTULO 2

DA TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estabelecido o conceito de direitos fundamentais, necessário que se estude o arcabouço jurídico que visa à sua protecção e implementação da sua efectividade, vez que, como dito, prever direitos, mesmo que na Constituição, não abre ensejo à certeza imediata da sua concretização, se não são previstos instrumentos jurídicos que possibilitem a sua implementação.

Assim, buscar-se-á o estudo do tema na Constituição Brasileira de 1988, como ponto orientador das balizas jurídicas que norteiam a tutela desses direitos.

2.1 NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

No sistema constitucional brasileiro, a protecção jurídica dos direitos fundamentais se efectiva por intermédio do Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal²², além dos demais atores do Sistema de Justiça, na atuação extrajudicial de resolução de conflitos.

Lado outro, a interpretação do texto constitucional e dos direitos fundamentais que neste estão contidos, devem seguir uma sistematização, que ponha em evidência princípios instrumentais de interpretação constitucional.²³

Nesse diapasão, releva salientar a classificação sugerida por Barroso, a seguir apresentada:

- a) Princípio da supremacia da Constituição;
- b) Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público;
- c) Princípio da interpretação conforme a Constituição;
- d) Princípio da Unidade da Constituição;
- e) Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade;
- f) Princípio da efectividade.

A Constituição Brasileira de 1988 é vocacionada à filiação principiológica. Os princípios norteiam a interpretação jurídica administrativa e constitucional. Limitam a atuação administrativa e legislativa e já foram admitidos pelo Supremo Tribunal Federal como

²² *Ob.cit.*,p.299.

²³ *Ob.cit.*,p.334

proibitivos em relação a determinados comportamentos, mesmo que sem previsão legal expressa, se esses comportamentos violam de maneira directa o preconizado nos reportados princípios.

Assim, é preciso ter em mente que implementar direitos fundamentais sob o aspecto jurídico, implica em respeitar o escopo principiológico que a Constituição de 1988 encarna.

Desta forma, examinando os princípios acima expostos, tem-se que a atuação dos atores do Sistema de Justiça e do Poder Judiciário, deve-se guiar pelo reconhecimento de que a Constituição Federal é a Lei Maior do país, se situando no vértice da pirâmide legislativa, no cume do ordenamento jurídico (letra a).

Destarte, admite-se que as leis e atos do Poder Público às normas constitucionais devem se amoldar, sob pena de se revelarem inconstitucionais (letra b).

Além disso, a interpretação de toda lei e ato do Poder Público deve ser procedida nos termos do texto constitucional, de modo que do seu teor não se possa extrair preceito em desconformidade com o constitucionalmente previsto (letra c).

Lado outro, a própria Constituição Federal não pode conter, entre seus respectivos dispositivos, textos contrários entre si, devendo apresentar-se de inteção harmônica (letra d).

De outra parte, reconhece-se a necessidade de que o texto constitucional seja interpretado de maneira proporcional e razoável, de modo a não gerar insegurança, nem perplexidade jurídica, frente ao cenário social, económico e político (letra e).

De igual modo, imprescindível que a interpretação dos dispositivos da Constituição Federal busque a efectivação do seu texto, conferindo concretude aos direitos que nesta se encontram previstos (letra f).

Nesta ordem de ideias, a interpretação dos direitos fundamentais e sociais, de modo a viabilizar a sua efectivação, não prescinde da observação do rol principiológico acima referido, não obstante se verifiquem situações jurídicas que, na prática, não logram concretizar mencionados direitos, mesmo procedida à correta interpretação dos princípios suso referidos.

CAPÍTULO 3

DOS MECANISMOS JURÍDICOS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 DOS MECANISMOS JURÍDICOS DE EFECTIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Pode-se afirmar, em linha com Barroso²⁴, que a Constituição brasileira de 1988 refletiu o sentimento democrático do povo brasileiro, após longo período de ditadura militar e sufocamento de direitos fundamentais e sociais.

A Constituição traz, assim, ao longo dos seus artigos, diversas temáticas próprias de direito infraconstitucional, a exemplo do direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal.

O direito infraconstitucional, uma vez instalado na Constituição, passa a ser enfeixado pelos princípios e normas neste assentados e orientam a interpretação daquele direito à luz do que foi constitucionalizado.

Sob esse aspecto, pode-se afirmar que direitos de sede infraconstitucional podem representar direitos fundamentais, basta que constitucionalmente previstos.

Neste ponto, curial que se discorra sobre os deveres de protecção do estado em contrapartida a outro conceito que se pretende estabelecer, o de deveres fundamentais.

Desta forma, em uma frase, pode-se afirmar que ao Estado Poder compete proteger o cidadão e ao cidadão cobrar essa posição do Estado Poder.

Deveres fundamentais seriam assim, o dever de pagar tributos, de prestar serviço militar, de votar nas eleições oficiais, de utilizar a propriedade de acordo com a sua função social, de cuidado e educação dos filhos, etc.

Contudo, sabe-se que, no Brasil, a despeito do arcabouço jurídico desenhado, a concretização de direitos fundamentais se ressentem da ausência de garantias efectivas que guarneçam sua implementação.

Em verdade, sabe-se que a previsão constitucional de direitos e garantias fundamentais serve de base para que os órgãos do Sistema de Justiça busquem a efectivação desses direitos, mas essa luta é diária, em contraponto às tendências antigarantistas do Estado.

²⁴ *Ob.cit.*,p.399

Destarte, a concretização de direitos fundamentais perpassa pelo reconhecimento do bem estar dos cidadãos como desdobramento do êxito obtido pelo Estado na implementação de políticas públicas. Para tanto, urge que o Estado equilibre suas contas, aplicando corretamente o orçamento público que dispõe.

Com efeito, colhe-se na doutrina de Alexandre Morais da Rosa que, em Estados Democráticos de Direito, a vontade da maioria não aniquila os direitos fundamentais que devem ser respeitados e executados pela minoria. Tal se traduz em uma garantia.

Contudo, com muita precisão refere o mencionado doutrinador que o Estado Administração e os legisladores, ao arrepio das previsões constitucionais a propósito, não lograram efetivar a consecução dos direitos fundamentais, abrindo ensejo ao Poder Judiciário para atuar, amplamente provocado por demandas apresentadas pelo Ministério Público na defesa de direitos transindividuais, para que tutelasse a implementação desses direitos, impondo ao Executivo o dever de implantar providências administrativas que priorizassem essa concretização de direitos fundamentais, a exemplo da organização de receitas e despesas, da priorização nos planos de governo e de um planejamento efizaz com suporte orçamentário necessário e ao Legislativo a necessidade de legislar na omissão ou de elaborar leis que protejam esses direitos.²⁵

Assim, reconhece-se mecanismos jurídicos de implementação dos direitos fundamentais, os quais se conceituam como meios jurídicos postos a disposição do interessado para tutelar direitos fundamentais, e, não raras vezes, garantir o núcleo dos direitos fundamentais, sintetizado no conceito de dignidade da pessoa humana e seu mínimo existencial, razão pela qual os mecanismos jurídicos de implementação dos direitos fundamentais se distinguem entre as demais medidas jurídicas, por visarem a salvaguarda dessa categoria especial de direitos, inegavelmente de relevância social.

Destarte, identificam-se as acções civis públicas, postas à disposição dos seus legitimados, as acções populares, das quais podem lançar mão os cidadãos, os mandados de segurança para defesa de direito líquido e certo contra ato abusivo emanado de autoridade pública, os habeas-data para garantia do direito à informação, os habeas-corpus para garantia do direito de ir e vir, da liberdade de locomoção, o mandado de injunção para complementação e efetivação de normas jurídicas que padeçam de elementos integradores

²⁵ ROSA, Alexandre de Morais da *apud* VASCONCELOS, Marcos Cesar Santos. **As decisões normativas na jurisdição constitucional para a concretização dos direitos fundamentais**. [Em linha]. Brasília: IDP, 2010. [Consult. 25 Abr. 2015]. Disponível em < http://idp.edu.br/component/docman/doc_download/178-as-decisoes-normativas-na-jurisdicao-constitucional-para-a-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.pdf>

para sua consecução, entre outras acções mandamentais, inclusive nas acções que questionam a constitucionalidade directa ou difusa de dispositivos constitucionais, como a Ação Direita de Inconstitucionalidade de preceito normativo ou lei frente a Constituição Federal ou Estadual, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que visa assegurar quanto à efetiva constitucionalidade de determinada norma jurídica frente a Constituição Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a qual se destina, de maneira precípua, a extirpar do ordenamento jurídico qualquer ato do Poder Público que viole preceitos fundamentais, como cláusulas pétreas, e se destina a coibir, inclusive, políticas públicas, como exemplos desses mecanismos jurídicos de defesa dos direitos fundamentais.

Neste ponto, importa consignar que o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, e atos do Poder Público, nos termos da Constituição Federal Brasileira, pode ser exercido de maneira concentrada ou difusa. Ou seja, pela arguição direta ou incidental de inconstitucionalidade. Assim, também as decisões judiciais são passíveis de serem reexaminadas pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional brasileira, de modo a verificar a constitucionalidade das questões postas ao crivo do Poder Judiciário de instâncias inferiores.

Diferentemente se verifica em Portugal, onde diante da inexistência do Recurso de Amparo Constitucional, não há a possibilidade de questionamento junto ao Tribunal Constitucional da constitucionalidade de decisões judiciais, não obstante se reconheça a possibilidade do interessado provocar o Tribunal Constitucional para reconhecimento de direitos fundamentais aviltados por leis ou atos do Poder Público. Assim, em Portugal inexistente, outrossim, a ação constitucional de defesa dos direitos fundamentais sendo que a fiscalização da constitucionalidade não decorre da revisão de determinada decisão judicial que aprecia um caso específico, mas se destina a verificar a constitucionalidade de uma regra normativa – genérica - abstratamente prevista.

Contudo, não se pode olvidar que a efectiva atuação de atores do Sistema de Justiça, do Poder Judiciário e do próprio cidadão na busca pelo manejo desses mecanismos jurídicos de implementação dos direitos fundamentais perpassa pelo amadurecimento democrático do entendimento de que o bem-estar social é conceito de conteúdo igualitário e isonômico, e não uma mera proposição estatal.

Desta forma, ressalta de importância o estímulo ao exercício da cidadania, o engajamento da sociedade civil como marco civilizatório desse processo de implementação de direitos fundamentais por seus mecanismos jurídicos, pois embora o grau de consciência

social de um determinada colectividade não possa ser medido por seu contencioso jurisdicional, é certo que a procura pela solução judicial ou extrajudicial de conflitos que violem direitos fundamentais revela o interesse social na implementação desses, não raro denotando a maturidade colectiva de exigir dos Poderes constituídos a efectivação de políticas públicas que resguardecem a concretização desses direitos.

Assim, quanto mais a população interessa-se e assimila conhecimento sobre a necessidade de sua participação sobre a atuação estatal, seja por meio de audiências públicas, orçamento participativo, projetos de lei de iniciativa popular, utilização da lei de acesso à informação, criação de conselhos gestores de políticas públicas, participação nos planos diretores dos municípios, entre outros, melhor se qualificam os rumos dessa atuação estatal, não raras vezes garantindo a efectiva concretização de direitos fundamentais de relevância social.

Com efeito, a democracia representativa revelou facetas de incompreensão dos anseios sociais, ou do incorreto manejo desses, desviando-lhes a finalidade, o que é facilmente perceptível quando se examinam a deficitária implantação de políticas públicas que revelem a consecução de direitos fundamentais e sociais, abrindo ensejo a que a sociedade busque se representar nos assuntos estatais de interesse social, exercendo a democracia participativa.

Em verdade, a efectivação da democracia participativa é face da cidadania ativa, que nada mais significa do que a capacidade do cidadão em se determinar a respeito de assuntos do seu interesse que detenham repercussão na vida em sociedade e frente ao poder estatal.

Contudo, sabe-se que, na realidade brasileira, essa participação para além de ser tímida, depende sobremaneira da atuação dos atores do Sistema de Justiça, e do próprio Poder Judiciário.

No que toca à atuação dos atores do Sistema de Justiça, não raras vezes a resolução extrajudicial de conflitos apresenta-se como caminho viável na busca de uma saída à conflituosidade estabelecida, de maneira eficaz e implementável, notadamente porque, como abaixo se explicará, a resolução judicial de conflitos, com a sobrecarga experimentada pelo Poder Judiciário, vem gerando descrédito na população que litiga, dada a morosidade na resposta estatal por intermédio desse Poder constituído.

Ainda quando superados os obstáculos administrativos e de pessoal, insisto ao exercício da atividade jurisdicional, a concretização das demandas sociais, por intermédio da resposta judicializada, encontra óbices diversos na mesma legislação constitucional e infraconstitucional que lhe proveu de garantias de efetivação, pois são previstos legalmente

mecanismos processuais diversos (notadamente recursais), que dilatam a obtenção da prestação jurisdicional célere e eficiente, protraindo a sua concretização no tempo, contribuindo para a descrença social no aparelho estatal judiciário, pois Justiça tardia é, não raras vezes, sinônimo de Injustiça.

Neste cenário, assim contextualizado, passa-se a discorrer, mais pormenorizadamente, sobre a resolução judicial de conflitos, e suas vicissitudes para implementação efetiva.

CAPÍTULO 4

A RESOLUÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS

A pretensão resistida, ou o conflito intersubjectivo de interesses, insuscetível de resolução pelos atores da querela, trouxe a necessidade de intervenção de um terceiro para solução da contenda. Cada comunidade, ao seu tempo e modo, organizou suas formas próprias de solução desses conflitos, atribuindo a pessoas, entes ou entidades essa função.

Na ordem constitucional brasileira, obter solução pacífica das controvérsias é mandamento impositivo para que se logre a harmonia social. Desta forma, a implementação dessa resolução de conflitos seja por intermédio dos atores do sistema de Justiça, seja pelo próprio Poder Judiciário, é diretriz constitucional a ser observada.

O Poder Judiciário, tal como o concebemos actualmente em sociedades que vivenciam o regime democrático, estruturou-se e viu sua legitimidade resguardada na medida em que oferece aos interessados a solução dos conflitos gerados na vida em sociedade, sendo capaz de garantir a coercibilidade das suas decisões.

Ocorre que, a crise da judicialização gerada no Brasil, quer pela banalização no uso das ferramentas legais de acesso ao Poder Judiciário, quer pela falta de investimentos que garanta a sua devida estruturação administrativa e de pessoal, quer pela deficiente gestão da qualidade do gasto, quer pelo *boom* experimentado com a constitucionalização de direitos fundamentais, trouxe a necessidade de que outros atores do Sistema de Justiça se mobilizassem, de modo a assegurar a plenitude do acesso à Justiça.

Neste contexto, constata-se a atuação do Ministério Público Brasileiro, na defesa de extensa gama de direitos fundamentais, actuando de maneira individual e metaindividual.

Assim, tem-se a atuação ministerial voltada à solução abreviada do conflito de interesses, na busca de que a resolução extrajudicial se apresente como um caminho de atingimento da paz social, em linha com o preconizado pela Constituição de 1988, comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Desta forma, descortina-se a vantajosidade de se buscar a consensualidade, visando o equilíbrio entre os interesses contrapostos, a redução de custos, aumento da satisfação dos envolvidos, celeridade na resolução do conflito.²⁶

²⁶ GARCIA, Émerson - **A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992**. [Em linha]. [Consult. 10 março de 2018]. Disponível na internet em

Com efeito, diversos são os dispositivos legais previstos no ordenamento jurídico brasileiro que autorizam a autocomposição, com ou sem a interferência de um ator do sistema de Justiça, propiciando que o conflito de interesses seja resolvido, sem a utilização do Poder Judiciário, na sua função de dizer o Direito aplicável ao caso concreto.

Reconhece-se, contudo – e por óbvio – a par da importância da resolução extrajudicial de conflitos, a necessidade de que a resolução judicial se efective, de maneira igualmente eficaz, ágil e implementável, pois Justiça tardia ou incompleta é Justiça falha, sendo que, em sede de direitos fundamentais, a postergação da entrega da prestação jurisdicional avulta de importância, dada a natureza de essencialidade desses direitos.

Assim, apregoa-se a indeclinabilidade da atuação do Poder Judiciário, de maneira eficaz e implementável, sem embargo da imperiosa atuação dos atores do Sistema de Justiça, na resolução extrajudicial dos conflitos, de modo a reduzir a sobrecarga que o Poder Judiciário experimenta.

CAPÍTULO 5

A ATUAÇÃO JUDICIAL COMO EFECTIVO MECANISMO DE CONSECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a Constituição de 1988, aumentou, sobremaneira, a demanda por Justiça, vez que a autoconsciência do papel a ser exercido na sociedade pelo cidadão propiciou ambiente fértil à concretização dos direitos fundamentais alçados no texto constitucional, possibilitando sua defesa não só individual, mas transindividual também.

Nesse ponto, cumpre desenvolver tópico respeitante às experiências do Poder Judiciário brasileiro, na busca pela consecução de direitos fundamentais e as vicissitudes encontradas na sua efectivação, notadamente por ser um Poder constituído sem armas nem cofre, mas com a responsabilidade de ser, por intermédio do seu Tribunal Supremo, o guardião da Constituição.

5.1 AS EXPERIÊNCIAS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA EFECTIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A notoriedade alcançada pelo Poder Judiciário em decorrência da Constituição de 1988 no Brasil, trouxe a esse Poder a incumbência de se posicionar sobre questões que vão desde a manifestação sobre políticas públicas, passando pela relação entre Poderes, definição de direitos fundamentais, além de questões relacionadas ao dia a dia das pessoas.

Esse extenso e diversificado rol de competências destinadas ao Poder Judiciário é conseqüência lógica do conceito de democratização da função judicial, traduzido na previsão de necessidade de amplo acesso ao Poder Judiciário, cuja previsão constitucional é a inafastabilidade da jurisdição.

Em consequência do reconhecimento da democratização da função judicial, possibilitada pelo incremento da assistência jurídica por atores do sistema de Justiça, importa considerar, com Barroso²⁷, a “legitimidade democrática da função judicial – suas possibilidades e limites”, o qual explica que a seleção do agente público que encarna a figura do estado-Juiz embasa-se em escolha de mérito e conhecimento específico, cabendo-lhe agir com imparcialidade, vinculando suas decisões à Constituição e às leis. Ao Magistrado, para além dos deveres de imparcialidade e obediência à legalidade, impostos ao cargo, ergue-se o

²⁷ *Ob.cit.*,p.422/423

dever de prestar contas à sociedade, sendo determinante que suas decisões se baseiem em fundamentos jurídicos.

Dessa forma, democrática e legitimamente investidos no poder de julgar, os membros do Poder Judiciário, passaram a adoptar uma atuação profícua na implementação de direitos fundamentais, conferindo efectividade a disposições constitucionais que os asseguram.

Contudo, mesmo que se reconheça a legitimidade democrática da função judicial, não se descarta ser esta uma maneira de heterocomposição do conflito de interesses, o que equivale dizer que nem sempre a solução judicialmente proferida, por desagradar em certa medida uma das partes, realmente possa representar a pacificação social em sua completude.

Nesse ponto, importa fazer uma breve digressão, para diferenciar a atuação do Poder Judiciário que garante direitos fundamentais e sociais e assegura a implantação de políticas públicas, do que se denomina de activismo judicial, o qual é conceituado por Barroso²⁸, como uma “participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”

Com efeito, o activismo judicial encontra eco na interpretação de princípios constitucionais, alicerçada no destaque que esses alçaram no texto da Constituição Federal.

Em verdade, sabe-se que o ordenamento jurídico urge ser interpretado harmonicamente, de modo que conceitos vagos e imprecisos, ou aparentemente conflitantes entre si, ou mesmo espaços vazios de conceituação, obtenham do Poder Judiciário a resposta jurídica adequada, com esteio em princípios, dos quais a interpretação jurisdicional não possa se esquivar, cabendo evitar, outrossim, que essa interpretação, embora principiológica, possa vir carregada de subjectivismo, o que não é aceitável.

Nesse ponto, ainda que sucintamente, cumpre também distinguir a politização do Poder Judiciário da judicialização da política.

Com efeito, a politização do Poder Judiciário é conceito abjeto que se procura evitar, por violar a repartição de poderes da República, representando a indevida busca de interferência, sem respaldo legal, e sem alicerce no mecanismo de freios e contrapesos, de um Poder no outro.

Já a judicialização da política é fenómeno decorrente da busca, pelo Poder Judiciário, de implementação de políticas públicas que visem assegurar a consecução de direitos fundamentais e sociais, de sede constitucional, situações sobre as quais silenciaram ou mantiveram-se inertes os demais Poderes da República, bem como a adopção de

²⁸ *Ob.cit.*,p.440/442

posicionamentos pelo Poder Judiciário que impactam directamente na maneira de funcionamento desses Poderes, mas que não se revelam insondáveis pelo Poder Judiciário no exercício da sua função judicial.

Contudo, embora se reconheçam os movimentos do Poder Judiciário no sentido de cumprir seu papel de entrega da prestação jurisdicional eficaz e implementável, sabe-se que não são poucos os obstáculos que se apresentam a esse objectivo, notadamente em referência à implementação de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário no Brasil, consoante se explica a seguir.

5.2 OS ENTRAVES NA CONSECUÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Não se descarta a evolução identificada na concretização de direitos fundamentais, a partir da constitucionalização do Direito, verificada com a Constituição Brasileira de 1988.

A mudança de posicionamento do Poder Judiciário, notadamente por intermédio do Supremo Tribunal Federal, teve repercussão em diversas searas do Direito, cuja tutela de direito fundamental passou a ser analisada sob o prisma de princípios constitucionais, a exemplo da função social da propriedade, em sede de Direito Civil e da adopção do princípio da juridicidade e não simples obediência à lei, para as actuações de agentes públicos, em sede de Direito Administrativo.

Não obstante, desafios de natureza externa e interna se verificam no cumprimento das decisões judiciais que visam garantir o implemento de direitos fundamentais, conforme se expõe a seguir.

5.3 A SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO: A CRISE DA JUDICIALIZAÇÃO

Como assaz comentado, carente do exercício da cidadania, após anos de repressão política e social, a sociedade brasileira, amparada pela constitucionalização de direitos prevista na Carta Magna, passou a buscar o Poder Judiciário de maneira reiterada a fim de fazer valer o asseguramento dos seus direitos.

Sobrecarregada e necessitada da devida estrutura administrativa e de pessoal, a prestação jurisdicional não se efectiva, ou sequer chega a ser proferida, por mazelas internas, que afligem, em maior ou menor medida, órgãos da estrutura do referido Poder.

Não obstante, mesmo quando obtido o provimento judicial perseguido, óbices de natureza externa se opõem ao seu cumprimento.

Com efeito, como já salientado, sabe-se que o Poder Judiciário não detém tropas, nem a chave do cofre. Assim, aqui e acolá, verificam-se posturas adoptadas pelos destinatários das ordens judiciais proferidas, em se esquivar, de maneira legítima, com a invocação de teses doutrinárias por meio de recursos processuais previstos em lei, ou de maneira ilegítima, apenas pela simples ignorância ou criação de subterfúgios legais ao cumprimento das decisões judiciais prolatadas.

Tal situação é verificada, a exemplo, em casos nos quais se defere judicialmente a determinação para realização de concurso público, por manifesta carência em determinada área de atuação do Poder Público, como a da Assistência à Saúde, ou no cumprimento de ordem judicial para incorporação de medicamento para fornecimento à população pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Não raras vezes ocorre o manejo, em casos que tais, da tese da reserva do possível, de acordo com a qual, grosso modo, o cumprimento das decisões judiciais só é impositivo ao Poder Executivo caso disponha de recursos orçamentários ou financeiros suficientes a fazer frente ao comando judicial recebido.

Ajustando-se o pensamento a esta linha, colhe-se o magistério de Maria Goretti Dal Basco, segundo a qual os direitos fundamentais, “como limitadores da ação do poder estatal, deve ser a ideia nuclear da discussão da crise do aparato estatal, cuja legitimidade é questionada, com insistência, nos tempos atuais.” Assim, ressaí a ideia de que o ente estatal não prescinde da necessidade de tutela da pessoa humana de forma ampla.²⁹

Em outras oportunidades, o Poder Executivo, por via dos seus órgãos da Administração Pública, simplesmente retarda ou se omite no cumprimento da decisão judicial proferida, não raras vezes visando que esta se torne inócua pelo decurso do tempo.

Desta forma, da prática cotidiana resultante da atuação no controle de atos administrativos que deixam de efectivar direitos fundamentais sociais, inclusive de cunho individual, tem se verificado, no Brasil, uma crescente dificuldade de se lograr a implementação de direitos fundamentais, pela via judicial, haja vista a denominada crise da judicialização, ou, em outras palavras, a impossibilidade de entrega da prestação jurisdicional pelo Estado-Juiz, em razão da sobrecarga de demandas no Poder Judiciário brasileiro ou da

²⁹ BASCO, Maria Goretti, **Discrecionalidade em Políticas Públicas**, Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.105/106, ISBN 978-85-362-1519-8.

sua impossibilidade de entrega final da prestação jurisdicional por razões diversas, incontornáveis diante da estrutura de sobrecarga experimentada por esse mesmo Poder.

A sobrecarga do Poder Judiciário Brasileiro, então, com demandas judiciais e a consequente ineficiência deste em entregar a prestação jurisdicional de maneira célere e eficaz vem demonstrando a imperiosa necessidade de busca de meios alternativos de resolução extrajudicial de conflitos, por via da autocomposição entre partes, ou simplesmente pela busca de uma Justiça não litigiosa.

As razões da ineficiência do Poder Judiciário Brasileiro no cumprimento efectivo do seu mister constitucional, seja por ausência de investimentos, número insuficiente de Magistrados e servidores, desmotivação ou falta de aprimoramento dos seus membros, diminuto aporte orçamentário, pouca objectivação do ordenamento jurídico em sede de normas processuais, exacerbado aumento da litigiosidade ou qualquer outra razão justificadora, não são objecto desse trabalho, eis que a incapacidade, genericamente reconhecida, do Poder Judiciário em dar vazão ao quantitativo de demandas judiciais posta à sua apreciação é fato admitido pelo próprio Conselho Nacional de Justiça³⁰, e estatisticamente comprovado, vez que se reconhece que “tramitam na Justiça Brasileira (Relatório de 2014 – dados de 2013) cerca de 95.139.766 milhões de processos (estoque antigo e casos novos). Contabilizada a projeção do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para o número de habitantes no Brasil (200 milhões), conclui-se que para cada dois brasileiros está em tramitação nos tribunais um (1) processo”, o que impacta diretamente na excessiva carga de trabalho dos Magistrados.

Percebe-se, assim, que a atuação do Poder Judiciário não vem logrando êxito na entrega da prestação jurisdicional de maneira corrente, urgindo que sejam identificadas soluções para que, dentro do referido Poder, sejam implementadas acções que visem tornar efectiva a previsão constitucional de inafastabilidade da jurisdição, mas também de acesso à Justiça.

A respeito das soluções implementáveis sobre o tema, identifica-se a doutrina de Boaventura de Sousa Santos³¹, para o qual o acesso à Justiça e ao Direito urgem ser modificados por: “profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; o velho e o novo pluralismo jurídico; nova organização e

³⁰ Disponível na internet em <http://www.editorajc.com.br/o-poder-judiciario-e-justica-em-numeros/>. **O Poder Judiciário e a Justiça em números** [Em linha]. [Consult. 10 de maio de 2016].

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa - **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª edição. 1ª reimpressão. São Paulo: Cortez Editora, 2011. ISBN 978-85-249-1658-8, p. 39/40

gestão judiciárias; revolução na formação profissional, desde as faculdades de Direito até a formação permanente; novas concepções de independência judicial; uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais; uma cultura jurídica democrática e não corporativa.”

De outra parte, ao discorrer sobre a crise da justiça, em digressão histórica sobre o tema, pontua Alex Sander Xavier Pires³², que “o aumento da demanda pela atuação judiciária pôs em evidência o excesso de formalismo do procedimento, o elevado custo financeiro dos processos e o arcaísmo da linguagem, além da morosidade agravada pelo aumento exacerbado do volume, isto na Europa continental ocidental e nos Estados Unidos da América do Norte.”

Sobredita crise também se fez presente no Brasil, após a Constituição de 1988, a qual constitucionalizou uma série de direitos, inclusive fundamentais, como acima explanado, dando azo à busca da sociedade, então reprimida por anos de ditadura militar, pelo Poder Judiciário, a fim de tutelar seus direitos pretensamente violados.

Lado outro, constata-se que a resolução judicial de conflitos, em verdade, pode terminar apenas com respostas formais, nos casos em que o processo é extinto por vícios processuais, não se verificando, destarte, a efectiva entrega da prestação jurisdicional, admitida essa como a resolução judicial do direito material posto à apreciação do Poder Judiciário. É dizer, em última instância, que se resolve formalmente a lide, mas não se dissolve materialmente o conflito.

Ademais, pontue-se que a resolução judicial de conflitos decorre da imposição de vontade de um terceiro ao conflito, representado na pessoa do estado-Juiz, o que equivale dizer que, não raras vezes, a solução encontrada pode ser admitida, mas não verdadeiramente acolhida pelas partes, arranhando-se, destarte, a busca efectiva da pacificação social.

Já nos casos em que se verifica a resolução extrajudicial de conflitos, o espaço para que a desconformidade com a solução encontrada para se dirimir a querela é de menor incidência, pois extraída de uma negociação consensuada.

Nesta ordem de ideias, inobstante a detecção da crise da judicialização, e as variadas tentativas do Poder Judiciário, por seus diversos ramos, em solucionar a questão, inclusive com a adoção do processo eletrônico, em detrimento do físico, visando maior economicidade, eficiência e rapidez, fato é que ainda não logrou superar a referida crise

³² PIRES, Alex Sander Xavier. **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. ISBN 978-85-909488-2-7, p.209/210

detectada, exsurgindo, destarte, a necessidade de que os litígios sejam resolvidos com o auxílio dos atores do sistema de Justiça, na busca da pacificação social.

CAPÍTULO 6

APRIMORAMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesse cenário, apresenta-se a autocomposição pacífica dos conflitos, a qual pressupõe a utilização de mecanismos que reduzam as controvérsias e problemas detectados com o objectivo de prevenir e reduzir a litigiosidade, notadamente a que se dirige ao Poder Judiciário, intentando soluções rápidas, justas, efectivas e implementáveis.

Mas não é só. A autocomposição busca a consolidação da cultura da paz, com enfoque no diálogo, primando pela pacificação dos conflitos, disputas e divergências dentro da sociedade.

Dessa forma, a eficiência da autocomposição liga-se demanda empenho dos actores para em atuação extrajudicial obter a resolução de conflitos, através de uma atitude proactiva, efectiva, preventiva e resolutiva.

Em que pese os questionamentos que se dirigem ao Poder Judiciário, no que tange à sua eficiência como indutor do Direito no caso concreto, e não obstante a constatação de que a prestação jurisdicional passa por um momento de crise, a resolução extrajudicial de conflitos exsurge como imperativo de pacificação social, conclamando aos órgãos de tutela de direitos a adopção de postura proactiva na consecução desse imperativo.

Com efeito, sabe-se que a denominada terceira onda ou terceiro estágio do movimento mundial de acesso à justiça, teve sua repercussão no Brasil com a celebração em 2009, do II Pacto Republicano de Estado, que objectivava um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efectivo, e fora subscrito pelos Poderes da República do Brasil.

Observe-se que o acesso ao Poder Judiciário é tão somente uma feição do que constitucionalmente se buscou assegurar com a garantia do acesso à Justiça. Assim, avulta de importância considerar que o acesso à Justiça há que ser garantido não somente pela via judicial, mas também pela via extrajudicial, com a utilização de meios legítimos nacionais e internacionais.

Segundo Alex Sander Xavier Pires, ao discorrer sobre a terceira onda de acesso à Justiça, constata-se que:

“a terceira onda de estímulo à releitura institucional do Poder Judiciário e a conclamação para o movimento de reestruturação das práticas de solução de conflitos que podem ser lidas pela desjuridicização e deslegalização, surgiram inúmeros modelos com as respectivas variáveis para instauração de sistemas e mecanismos públicos e privados de composição de controvérsias.”³³

Dentro desse recorte temático, apresenta-se o Manual de Negociação e Mediação para membros do Ministério Público Brasileiro, editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil.

Destarte, com o objectivo de uniformizar a atuação do Ministério Público Brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público, a par da sua atuação como órgão de controle externo, editou, em 2015, o Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público Brasileiro, o qual, ao longo das suas 297 (duzentas e noventa e sete) páginas, objectiva orientar e incentivar o membro do Ministério Público Brasileiro a buscar a resolução extrajudicial de conflitos, em conformidade com os métodos e com base nas premissas que estatui.

Contudo, para que se possa entender a abrangência e importância que o sobredito Manual traz para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro, é preciso que se faça uma breve digressão sobre o poder de regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil – CNMP e que se aborde o protagonismo do Ministério Público como ator do sistema de Justiça.

Assim, discorrendo sobre o poder de regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público, tem-se que este foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional n. 45/2004, prevendo-o como órgão de composição mista, com a função de ser órgão de controle externo da atuação dos membros do Ministério Público, com atribuição para rever atos administrativos e aplicar sanções disciplinares, além da expedição de atos normativos como Resoluções e Recomendações.

Portanto, em linha com o explicado acima, ao discorrer sobre o Conselho Nacional do Ministério Público, assevera Émerson Garcia³⁴ que são estes órgãos de controle, criados pela Emenda Constitucional no 45, de 8 de dezembro de 2004.

³³ *Ob.cit.*, p.216

³⁴ GARCIA, Émerson. **O Poder Normativo Primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: A Gênese de um Equívoco**, [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018]. Disponível na internet em < <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/491-poder-normativo-primario-dos-conselhos-nacionais-do-ministerio-publico-e-de-justica-a-genese-de-um-equivoco.html>.>

Discorre o referido autor que a composição dos sobreditos Conselhos é mista, constituindo-se de membros dos órgãos controlados, além de agentes públicos e privados (há participação de membro da OAB), possuindo atribuição para rever atos de cunho administrativo e dentro do poder disciplinar, facultando-se aplicar sanções que não a perda do cargo.

Contudo, como bem observado pelo referido dourinador, não obstante a interferência na atividade finalística seja vedada, a expedição de atos regulamentares e recomendações para uniformização de providências funcionais findam por atingir a atuação fim dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Especificamente a respeito do cerne da discussão sobre o poder regulamentar ou normativo do CNMP, desde a sua criação até os dias actuais, está o parágrafo 2º e inciso I do art. 130-A da Constituição Brasileira de 1988, que dispõe sobre competir ao Conselho Nacional do Ministério Público, literal:

“§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;”

A nota distintiva e de vital importância na atuação do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP é não invadir, quando da sua atuação, quer em sede disciplinar, quer em sede normativa (recomendações e resoluções), a independência funcional dos membros do Ministério Público, imiscuindo-se em sua actividade finalística. Essa necessidade de não permitir a interferência na atuação ministerial é tão importante que se sedimentou em Enunciado, o de número 6, do próprio Conselho Nacional, o qual veda a possibilidade de exame de casos levados ao Conselho que envolvam temática relacionada ao exercício das actividades finalísticas pelos membros.

Também não se descarta a preocupação que a autonomia financeira e administrativa do Ministério Público, por cada um dos seus ramos, venha a ser arranhada pela atuação do CNMP.

Desta forma, inobstante os questionamentos sobre os limites da atuação regulamentar do CNMP, no caso específico do Manual de Negociação e Mediação para Membros do

Ministério Público Brasileiro não se indaga a sua amplitude de aplicação, mas se reconhece o referido Manual como norma de orientação da atuação funcional dos membros do Ministério Público brasileiro.

Assim, voltando os olhos sobre o capítulo relacionado às noções preliminares, conclui-se que a motivação para lançamento do referido Manual exsurge como busca do resultado da eficiência da atuação institucional, destacando-se “a defesa dos direitos fundamentais, além da indução de políticas públicas; a diminuição da criminalidade e da corrupção; e, por derradeiro, a transformação social.”³⁵

O Manual então discorre sobre a necessidade de busca do princípio da Paz, como corolário da concretização da expressão “bem-estar” prevista no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira.

Ademais, salienta a importância da presença do princípio da ética, em todas as resoluções de conflitos a serem implementadas pelo Ministério Público, como pressuposto da sua atuação.

O Manual refere a existência de métodos de negociação, mundialmente reconhecidos e denominados sob a sigla Alternative Dispute Resolution (ADRs), cuja tradução permite remeter à expressão Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – MASCs, dentre os quais exsurge de importância a negociação.

Segundo explica José Renato Nalini³⁶, dentre as ADR – Alternative Dispute Resolution não vinculantes situam-se:

“A arbitragem não vinculante, em que a decisão do árbitro é apenas aconselhadora, a figura do ouvidor confidencial, quando as partes submetem a um terceiro neutro, em caráter confidencial, suas posições para um acordo, a avaliação antecipada, com sessões confidenciais para cada uma das partes, a determinação dos fatos, o mini-júri, ou minitrial-procedure, em que ocorre troca de informações de caráter

³⁵Disponível na internet em www.cnmp.mp.br/portal.../manual_mediacao_negociacao_membros_mp_2_edicao.pdf, Manual de Mediação e Negociação para Membros do Ministério Público [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018], p. 18.

³⁶ NALINI, José Renato, **É Urgente Construir Alternativas à Justiça, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**, Salvador:Editora Jus Podium, 2016, p. 32/33, ISBN 978-85-442-0857-1. Acrescenta o autor que: “Ainda existe o rent a judge, a utilização de parcerias, assessorias de acordo, julgamento privado, julgamento sumário de júri. Há também processos híbridos, uma subcategorização dos tipos clássicos. Como exemplo, citem-se a mediação diretiva ou não diretiva, avaliativa ou facilitadora, arbitragem binding or not-binding, high/low, baseball, etc. São muitas e diversas as coisas diferentes que podem aparecer sob a rubrica ADR, que no Brasil poderia usar a sigla CCC – Composição Consensual de Controvérsias. Resta a ser explorada uma cornucópia de soluções que ainda não tem apelidos ou nicknames.”

adversarial seguida de negociação em nível de gestores, com ou sem assistência de terceiro neutro.”

Assim, nos termos do Manual, a palavra negociação assume a roupagem de “negar o ócio”, devendo ser compreendida como o meio por intermédio do qual se atinge a resolução de conflitos, de maneira adequada ou alternativa.³⁷

A negociação funda-se na experiência pessoal: autoconhecimento, amadurecimento, no enxergar o outro.

Negociar bem envolve compreensão sobre o problema, sobre o interlocutor e sobre si mesmo e tem por finalidade buscar soluções alternativas para conflitos e controvérsias.

O bom acordo deriva de um negociador que esteja aberto a soluções alternativas e construídas em conjunto. Para tanto, é preciso romper barreiras pessoais (prisões mentais, afetivas e cognitivas), é essencial “pensar fora do quadrado”.

Desta forma, apresentam-se dois métodos de negociação o competitivo ou distributivo e o colaborativo ou integrativo.

O ideal da negociação é a composição do conflito, sendo a extrajudicial a que se põe em evidência no Manual, não obstante se reconheça a necessidade de serem empreendidos esforços contínuos, inclusive quando já no curso do processo instaurado pela via judicial, a fim de que a pacificação social logre êxito.

Lado outro, colhe-se na Resolução de n. 118/2014, do próprio Conselho Nacional do Ministério Público Brasileiro, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências, os seguintes conceitos a respeito dos três institutos de auto composição: negociação, mediação e conciliação.

Nos termos da referida Resolução, na sua Seção I, artgo 8º, “a negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988)”.

Já no parágrafo único do reportado artigo 8º, “a negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e

³⁷Disponível na internet em
<www.cnmp.mp.br/portal.../manual_mediacao_negociacao_membros_mp_2_edicao.pdf> Manual de
Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público [em linha]. Act. 2015. [consult. em 10 de maio de 2016].

parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.”

Na seção II da referida Resolução, no seu artigo 9º, “a mediação é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes.”

Nos termos do parágrafo único do reportado artigo, “recomenda-se que a mediação comunitária e a escolar que envolvam a atuação do Ministério Público sejam regidas pela máxima informalidade possível.”

Por fim, na seção III, especificamente no artigo 11, “a conciliação é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos.”

Nos termos do artigo 12, “a conciliação será empreendida naquelas situações em que seja necessária a intervenção do membro do Ministério Público, servidor ou voluntário, no sentido de propor soluções para a resolução de conflitos ou de controvérsias, sendo aplicáveis as mesmas normas atinentes à mediação.”

De ver-se, assim, que a referida Resolução busca delimitar e diferenciar os diversos papéis que o Ministério Público poderá adoptar a partir do exame da natureza jurídica da situação controvertida, reconhecendo, inegavelmente, a importância da referida instituição na pacificação social e notadamente na defesa dos interesses da sociedade.

Percebe-se, portanto, que a atuação destacada do Ministério Público se qualifica de importância ao se verificar que, aos conflitos de interesse social, a atuação do *Parquet*, notadamente por intermédio do instituto da negociação, é capaz de fornecer a necessária e adequada resposta estatal, de modo a garantir o respeito aos direitos fundamentais.

Nessa ordem de ideias, releva salientar a atuação do *Parquet*, em linha com o escopo desse trabalho, notadamente na defesa do património público, que repercute proficuamente na defesa dos direitos fundamentais, pois a implantação desses só é possível com a existência de um governo probo.

Assim, o Ministério Público identifica a sua actividade essencial, que se traduz na prática sócio transformadora, implementável por intermédio do seu objectivo estratégico e missão institucional, baseados nos seus princípios institucionais e em linha com sua dinâmica institucional.

A prática sócio-transformadora revela a atuação institucional na dinâmica social objectivando a implementação e satisfação dos interesses sociais relevantes, efectivada por intermédio dos seus órgãos de execução que, em sede extrajudicial constroem soluções e judicialmente as fomentam.

Por óbvio que a efetivação de direitos fundamentais demanda custo financeiro, a par de planejamento e previsão orçamentária. Contudo, é preciso alertar os agentes públicos e políticos sobre a primazia da efetivação desses direitos, de modo a que passem a ter a necessária atenção para sua concretização.

De ver-se, assim, que a atuação ministerial se revela de destacada importância não só em sede judicial, mas também extrajudicialmente, dada a relevância social dos interesses jurídicos que tutela.

Assim, a própria natureza ontológica dos direitos fundamentais correlacionada com a missão institucional constitucionalmente talhada ao Ministério Público Brasileiro, assegura a importância da atuação da Instituição Ministerial com vista a resguardar o princípio da paz social, mediante a resolução extrajudicial de conflitos, precipuamente, não se olvidando a possibilidade de promover ou conclamar as partes à resolução consensuada do conflito, mesmo quando já aforada a demanda no âmbito do Poder Judiciário, dando-se primazia ao atendimento e solução das controvérsias que aviltem esses direitos fundamentais, sobre os quais acima se discorreu.

É dizer que a atuação ministerial, em sede de resolução extrajudicial de conflitos que violem direitos fundamentais, e no âmbito judicial, quando apropriada, tanto mais se justifica quanto se pretende, de modo que a eficácia da aplicação plena das normas constitucionais nas quais estes se contêm, se verifique de maneira imediata.

Assim, a própria existência do Manual revela o desiderato do Conselho Nacional do Ministério Público no sentido de fomentar entre seus membros a atuação resolutiva, a solução extrajudicial ou, já no processo em curso, de conflitos, de modo a promover a pacificação social.

O Manual seguiu-se à Resolução 118/2014, como referido, a qual tem poder orientador e normatizador da atuação ministerial sobre o tema, ao dispor sobre o incremento de práticas, capacitação dos membros, e adequação de procedimentos.

O arcabouço normativo e o sustentáculo de orientação ofertados no citado Manual e na referida Resolução lograram estimular atuação dos membros ministeriais sobre o tema, repercutindo em casos de atuação exitosa, consoante se demonstra a seguir.

Releva, considerar, contudo, que essa atuação resolutiva do Ministério Público também se transporta para o campo judicial, mesmo quando já ajuizada a respectiva ação, assim, a atuação resolutiva do *Parquet* se projeta para o processo, com o objectivo de pacificação social.

6.1 A AUTO COMPOSIÇÃO NAS ACÇÕES JUDICIAIS EM CURSO

Ainda que em sede judicial, tem-se que, para garantir a efectivação dos direitos fundamentais, nos termos do Código de Processo Civil Brasileiro, há todo um arcabouço jurídico-processual que busca assegurar a consecução desses.

Por oportuno, é relevante asseverar que o Código de Processo Civil adoptou, em seu rol de normas fundamentais, o princípio do estímulo da solução do litígio por autorregramento da vontade das partes, demonstrando, desta forma, total reverência ao modelo processual cooperativo.

Destarte, em linha com a importância conferida ao autorregramento da vontade das partes no novel CPC brasileiro de 2015, o legislador impôs ao Estado o dever de incentivar, sempre que possível, a resolução consensual de conflitos, além de facultar, a qualquer tempo, que a resolução do conflito ou a pacificação da controvérsia ocorra, seja antes ou durante o iter processual.

Nesse sentido, trilha o artigo 3º do Código de Processo Civil, em seus § 2º e § 3º, ao dispor que, literal:

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

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

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

Desta forma, continua o referido texto legal esclarecendo que,

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

Embora entenda-se que o poder de autorregramento das vontades no âmbito processual não seja ilimitado, - como, inclusive, não o é em nenhum ramo-, depreende-se,

contudo, que o sistema processual adotado pelo Novo CPC demonstra notável subserviência ao autorregramento da vontade.

Igualmente, o Novo Diploma manteve a norma inserta ao artigo 125, IV, do CPC de 1973, o qual dispunha o dever do magistrado no que se refere à promoção da autocomposição das partes. Desta vez, através de nova redação e em nova posição topográfica, prevê o legislador, no artigo 139, que, literal:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;"

Assim, em linha com preconizado pelo NCPC Brasileiro, a Resolução CNJ nº 125/2010 institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (art. 165, NCPC).

Já o artigo 334 do Novo Código de Processo Civil, vai além, para prever a audiência de conciliação ou de mediação, enquanto que o negócio jurídico processual é previsto no art. 190, NCPC, literal, “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

Tem-se assim que o negócio jurídico processual pode ser previsto antes do ajuizamento da ação, causando reflexos sobre o processo. Portanto, é de se concluir que, para facilitar a negociação ainda antes de proposta a demanda, o Poder Judiciário admite que sejam estabelecidas cláusulas que versem sobre questões processuais, cuja disposição é lícita às partes estatuir.

Assim, admite-se desde a mudança do tipo de procedimento, podendo as partes estabelecer disposições a respeito da disponibilização prévia de documentos, do custeio do meio de prova, da escolha consensual do perito, do reconhecimento de perícia realizada extrajudicialmente, da metodologia de variação do dano, da renúncia a recursos, do reforço de garantias processuais em execução, da citação/intimação por e mail ou whatsapp, da criação de hipótese de tutela de evidência, são exemplos de previsões que poderão constar do negócio jurídico processual celebrado ainda antes do ajuizamento da ação, previstas, inclusive, em Termos de Ajustamento de Conduta, celebrados pelo Ministério Público.

Lado outro, sabe-se que, dentre as diversas formas de autocomposição, identifica-se a mediação, a qual vem prevista no parágrafo terceiro do artigo 165 do Novo Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

Já a conciliação é prevista no § 2º do referido artigo, e ocorrerá quando: “o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”

De ver-se, assim, em linha com o exposto, que a busca da pacificação social, ainda quando já ajuizada a respectiva ação, se protraí para o processo, sendo lícito às partes agir nesse desiderato, denotando que o ordenamento jurídico brasileiro, em exame sistêmico, demonstra atingir o postulado do “bem-estar” social, de sede constitucional.

6.2 A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS POR ATORES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Ao discorrer sobre a conflituosidade social, Carlos Vinícius Alves Ribeiro³⁸, pontua que a maioria dos conflitos se resolve sem interferência do Poder Judiciário, sendo que apenas um percentual de conflitos desemboca no Poder Judiciário.

Em seguida, adverte o autor para o perigo dessa litigiosidade contida, pois aumentam a instabilidade social e demonstram o descrédito popular na Justiça.

Nesse cenário, avulta de importância a atuação dos atores do sistema de Justiça, como agentes facilitares da autocomposição, de modo que a situação litigiosa não precise ser resolvida pelo Poder Judiciário, mas também não se mantenha como elemento tensionador das relações sociais.

No Brasil, esse papel é de responsabilidade de inúmeros agentes estatais, a exemplo dos integrantes da Defensoria Pública, dos árbitros, da própria Administração Pública por intermédio de seus núcleos de resolução extrajudicial de conflitos.

³⁸ **Ministério Público – Funções Extrajudiciais**, Belo Horizonte: Editora Forum, 2015, ISBN 978-85-450-0051-8, p. 66/67.

Dentre estes, como assaz salientado, ressalta de importância o papel do Ministério Público, notadamente pela amplitude do alcance da sua atuação transindividual em prol da defesa dos interesses sociais relevantes.

Assim, em pesquisa realizada com membros do Ministério Público obteve-se a informação de que estes buscam e se empenham pela resolução extrajudicial dos conflitos.

Com efeito, mesmo quando instauram procedimentos investigativos, o atingimento de uma solução célere, eficaz e implementável se mantém na perspectiva desses atores do sistema de Justiça, os quais, dada a relevância de alguns direitos para os quais estão legitimados, a exemplo da defesa da probidade administrativa e da persecução penal, só a eles é possível o restabelecimento extrajudicial da paz social, por intermédio da resolução extrajudicial do conflito, ou cessação da litigiosidade.

Para que se bem compreenda o papel do Ministério Público Brasileiro, no recorte constitucional, imperioso que se confira o seu desenho institucional na Constituição Federal do Brasil de 1988, ao dispor sobre o Ministério Público, literal:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Portanto, releva de importância identificar a atuação do Ministério Público na seara da não conflituosidade, pois a nenhuma outra instituição republicana é reconhecida, de maneira tão ampla, a possibilidade de evitar e sanar conflitos individuais indisponíveis e sociais, resguardando a efectiva implementação de direitos fundamentais, por intermédio da defesa do património público e da probidade administrativa, inclusive.

CAPÍTULO 7

A RELEVÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

7.1 NO BRASIL

Sabe-se que a relevância do papel institucional conferido ao Ministério Público adveio com a Constituição Federal do Brasil de 1988, a qual lhe atribuiu um gama de atribuições que o equiparam a um quarto poder.

Ao se proceder ao exame das origens do Ministério Público Brasileiro não se pode descurar que este tem suas raízes findadas no velho Direito lusitano, sem embargo da influência que o modelo ministerial francês exerceu sobre a instituição no Brasil.

Lado outro, não se descarta que a evolução institucional do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro foi paulatina e sua relevância cresceu à medida que cresceu o a necessidade de efectivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira.

Com efeito, a estruturação administrativa e financeira da instituição, mediante lei de iniciativa exclusiva, a elaboração do próprio orçamento, a criação e extinção de cargos, fixação de vencimentos, bem como a seleção do quadro de pessoal, passaram a ser de competência da própria instituição, denotando a sua autonomia face aos demais Poderes da República.

Pois bem. Conforme é previsto na Constituição Brasileira de 1988, incumbe ao Ministério Público tutelar os interesses sociais, difusos e colectivos, assim identificados como os interesses da sociedade, estando legitimado à defesa desta em sede judicial e extrajudicial.

“Seguindo este desiderato, cumpre ao Ministério Público deflagrar ações penais, interpor recursos contra decisões que atentam contra a lei e a dignidade humana, promover a tutela dos hipossuficientes, impetrar ordem de habeas corpus e revisão criminal pro reo, ajuizar ação civil pública para a manutenção da integridade do meio ambiente, das relações de consumo, do patrimônio público, histórico, cultural, artístico, arquitetônico, paisagístico e evitando danos coletivos ou metaindividuais, acionando a máquina judiciária, inclusive contra o próprio Estado.”³⁹

³⁹ BARAZAL, Marcelo. Disponível na internet em <https://marcelobarazal2.jusbrasil.com.br/artigos/121943451/o-novo-perfil-constitucional-do-ministerio-publico-e-suas-investigacoes>. **O Novo Perfil Constitucional do Ministério Público e suas Investigações** [em linha]. Act. 2013. [consult. em 26 de março de 2018]. Afirmo também o autor que: “Além da infinita gama de

Ao Ministério Público foi destacada a atribuição para zelar pelo Regime Democrático, prevendo-o como “instituição essencial à função jurisdicional do estado, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (artigo 127 da CF/88)

A par da missão institucional que a Constituição Federal de 1998 atribuiu ao Ministério Público, identificam-se, como princípios institucionais, “a unidade, a indivisibilidade e a autonomia institucional.” (artigo 127, parágrafo primeiro da CF/88).

A autonomia funcional encontra seu fundamento na impossibilidade de intervenção na actividade finalística dos órgãos de execução, oponível a qualquer órgão, poder ou agente.

Já a autonomia administrativa refere-se à pratica de atos de gestão relacionados aos assuntos de interesse institucional, de modo a viabilizar a estrutura física necessária e gerenciamento do quadro de pessoal.

A autonomia financeira, de indeclinável importância, se relaciona com a faculdade de elaboração de proposta orçamentária, bem como de alocação de recursos financeiros que subsidiam a estruturação e manutenção da instituição.

Dizer que o Ministério Público é uno, importa afirmar que seus membros integram um único órgão, com a representação institucional de responsabilidade do Chefe da instituição, de acordo com o ramo ao qual pertence.

Decorrente do princípio da unidade, o princípio da indivisibilidade permite o revezamento dos integrantes da instituição ministerial em relação às suas actuações, respeitados os limites e parâmetros legais, vez que agem em nome desta, e não em nome próprio.

Já o princípio da independência funcional revela que ao membro do Ministério Público é facultado atuar em linha com sua liberdade funcional, sem lhe ser imposto o cumprimento a determinações na sua atuação finalística, não obstante lhe seja imperativo observar o ordenamento jurídico.⁴⁰

O membro do Ministério Público, assim, tem independência funcional em relação ao exercício das suas funções, valer dizer na atuação finalística. No que tange à actividade administrativa, como a de apresentar relatórios, atender convocações, entre outras, a hierarquia se faz presente, devendo o membro ministerial prestar contas da sua atuação como determinado.

atribuições judiciais, outras lhe são cometidas de cunho extrajudicial, tais como: fiscalização de estabelecimentos prisionais; fiscalização de instituições de menores; fiscalização de abrigos para idosos; fiscalização de fundações públicas; fiscalização do correio andamento de pleito eleitoral, entre outras.”

⁴⁰ *Idem*

As garantias constitucionais são asseguradas ao membro do Ministério Público a fim de propiciar segurança no exercício das funções institucionais. Vinculam-se à pessoa, ao órgão, ao ofício ou à instituição.

“As prerrogativas dos membros do Ministério Público têm sede constitucional e referem-se a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e ainda, o foro por prerrogativa de função como garantias, em evidente erro terminológico.”⁴¹

A existência das prerrogativas se justifica para que se consolide uma atuação ministerial livre de artifícios que possam macular essa atuação e resguardam sobremaneira a atuação finalística.

Assim, constata-se que a vitaliciedade no cargo visa evitar que o membro do Ministério Público somente perca o cargo após o devido processo legal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa e por decisão judicial transitada em julgado.

Lado outro, a prerrogativa da inamovibilidade impossibilita que o membro ministerial seja retirado do exercício de suas funções, caso assim não deseje, salvo as hipóteses de aplicação de remoção compulsória, também após o devido processo legal, com as garantias da ampla defesa e do contraditório.

A irredutibilidade de vencimentos impede que restrições à percepção remuneratória do membro ministerial sejam implementadas, como forma de coação à atuação ministerial em determinado sentido.

A divisão do Ministério Público em ramos ora liga-se com o critério estadual, quando se refere aos Ministérios Públicos dos estados que integram a República Federativa do Brasil, bem como os demais ramos que se vinculam, na denominação, às respectivas divisões efectivadas no âmbito do Poder Judiciário, em razão da matéria, como Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e, em relação às causas que versam sobre interesses da União, Ministério Público Federal.

De outra parte, ao se proceder ao exame do artigo 129 da Constituição Federal do Brasil, constata-se as atribuições de responsabilidade do Ministério Público na sua atuação, entre essas, literal:

⁴¹ *Ibidem*

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

De ver-se, assim, que as atribuições cometidas ao Ministério Público Brasileiro são múltiplas e variadas, identificando-se actuações exclusivas, concorrentes, próprias e impróprias.

Lado outro, não se tratando de rol exaustivo, mas apenas exemplificativo, tem-se que outras atribuições podem ser exercidas pelo Ministério Público, em linha com o disposto no inciso IX do artigo 129 da [Constituição de 1988](#), bastando que tenham pertinência temática com as funções institucionais para as quais o Ministério Público foi talhado em sede constitucional: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A autonomia institucional e a independência funcional tem sido referenciais de distinção do Ministério Público Brasileiro em relação ao perfil da instituição em outros países.

As prerrogativas funcionais dos membros do Ministério Público, a exemplo da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, além das garantias institucionais (funcional e administrativa), e os princípios institucionais (da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional), conferem uma feição singular, de eficiência e efectividade, ao Ministério Público Brasileiro.

Com efeito, sabe-se que, como atrás assentado, o Ministério Público Brasileiro foi talhado, com sua actual feição, na Constituição de 1988. Como instituição essencial à Justiça,

é responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ocorre que o perfil desenhado para a instituição, não se fez implantar do dia para a noite, haja vista a necessidade de que a velha mentalidade de um órgão vinculado à estrutura do Poder Executivo, como uma espécie de secretaria de governo, precisava ser reformulada.

Ademais, urgia a necessidade de maior estruturação administrativa e de pessoal para que a instituição lograsse cumprir missão constitucional.

Mas não era só. A necessidade de adoção do novo paradigma de um MP demandista para um MP resolutivo desafiava uma nova maneira de atuação que passava também pela demonstração da efectividade desse novo modelo de agir, de modo a transformar a legitimidade conferida em sede constitucional em legitimidade real.

Em outras palavras, a instituição talhada no nobre papel da Constituição urgia erguer-se para demonstrar ser capaz de cumprir os desígnios que o constituinte lhe outorgou.

De maneira constante e regular, o Ministério Público foi implementando na realidade o seu traçado constitucional, mantendo-se em contato com a sociedade, visando o atendimento de seus reclamos e interesses.

A feição do Ministério Público, que hoje se descortina, em sede constitucional, reflete a busca por uma Instituição que, ao mesmo tempo, se destinasse a defender o Regime Democrático de Direito e implementasse direitos fundamentais à sociedade. A par disso, combatesse o crime, em suas diversas modalidades, inclusive a corrupção pública sistêmica.

Após mais de trinta anos de execução das suas funções, o Ministério Público é admitido, pela doutrina mais experimentada, como um agente de consolidação do Brasil após a abertura democrática.

Contudo, a atuação de pacificação social foi se redesenhando aos poucos, pois do habitual atendimento às partes, geralmente versando sobre direitos individuais, passou-se à resolução de conflitos de repercussão social, conforme nos ensina Carlos Vinícius Alves Ribeiro.⁴²

Surge, destarte, o Ministério Público resolutivo, que resolve extrajudicialmente o conflito, sem a interferência do Poder Judiciário.

Avançando sobre a defesa dos interesses sociais e assumindo o protagonismo como ator do sistema de Justiça, o Ministério Público brasileiro identificou sua inexorável missão de tutela de direitos transindividuais (difusos e colectivos), debruçando-se em efectivar

⁴² RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **Ministério Público – Funções Extrajudiciais**, p. 67 e 68.

negociações que resultassem na resolução extrajudicial de conflitos que envolvessem essa natureza de direitos, de maneira justa, eficaz, eficiente e implementável.

Como lembrado por José Meireles, o cidadão sozinho não está juridicamente preparado para enfrentar uma série de demandas, que dizem respeito a toda a coletividade. Nem seria justo que dele isso se exigisse. Nesse contexto, avulta de importância a instituição do Ministério Público no Brasil para propiciar a defesa em Juízo – e fora dele – de questões respeitantes a direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos de relevância social).⁴³

A atuação ministerial, destarte, tem se distinguido na busca desse desiderato de efetivação do seu papel constitucional, cuidando da implementação dos direitos difusos e colectivos postos sob sua responsabilidade.

Nesse ponto, revela de curial importância verificar como é o perfil normativo do Ministério Público em outros países para que se possa comparar os referidos perfis com o traçado para o Ministério Público brasileiro, buscando-se que a comparação se verifique entre países europeus, além de países de língua portuguesa.

7.2 NO DIREITO COMPARADO

Inicialmente, convém ponderar sobre a dificuldade de obtenção de textos que se dediquem ao Ministério Público em outros países, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a produção doutrinária sobre o *Parquet* é extremamente vasta.

Nesse capítulo, importa distinguir a autonomia do Ministério Público (se plena, limitada ou inexistente) nos países estudados.

Assim, com base nos conhecimentos colhidos, identifica-se que foi na França que o Ministério Público ganhou seus primeiros contornos jurídicos, ligado umbilicalmente à pessoa do Rei, com sua atuação vinculada às cortes superiores, e nítida atuação de defensor dos interesses do reino e da comunidade real.

Com o passar do tempo, identifica-se, já em meados do século XVIII, a repartição da atuação do *Parquet*, distinguindo-se a atuação de aplicação da lei e fiscalização do correto cumprimento destas, escolhido pelo rei, da atuação do acusador público, escolhido pelo povo.

⁴³ MEIRELES, José Dilermano. “Ministério Público – sua gênese e sua história”. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 84, out. -dez. /1984, p. 214.

Nessa divisão se identificam o exercício de actuações distintas pelo Ministério Público, até os dias actuais reconhecidas: a de órgão agente e órgão interveniente.

Reconhece-se, outrossim, que as garantias conferidas aos membros do Ministério só vieram a ser reconhecidas com o advento da Revolução Francesa, identificando a formatação do Ministério Público francês com o dos dias actuais, já na era Napoleônica.

Assim, examinando o perfil constitucional do Ministério Público Francês percebe-se que este, diferentemente do que ocorre no Brasil, não tem seu perfil institucional delineado na Constituição Francesa, sendo regulamentada a sua atuação por leis ordinárias.

Sobreditas leis não conferem ao *Parquet* autonomia institucional, não se identificando garantias aos seus membros em razão do exercício da actividade ministerial, a exemplo da inamovibilidade, o que fragiliza a autonomia dos seus membros. Em verdade, membro não é a acepção terminológica mais adequada para distinguir os integrantes do Ministério Público francês e sim Magistrados, pois o Ministério Público francês é considerado uma magistratura especial.

Extremamente ligado ao Governo, os magistrados do *Parquet* francês são nomeados, exonerados e punidos pelo Ministro da Justiça, conforme previsto em lei, denotando a ausência, em última instância, da independência funcional dos seus magistrados.

De ver-se, assim, que um Ministério Público ligado aos interesses do estado e a esse subordinado não pode ter a autonomia necessária para, de maneira independente, ser o legítimo representante dos interesses sociais, distanciando-se, assim, em muito, do contorno constitucional formatado pelo constituinte de 1988, na Constituição Federal do Brasil.

De outra parte, examinando o Ministério Público italiano, embora não seja previsto como uma magistratura autônoma, constata-se que este exerce função típica da própria magistratura judicial.

O MP italiano, assim, divide-se em requerente e investigador, pertencendo ambos ao Poder Judicial, ao qual submetem suas respectivas condutas funcionais.

Desvinculado do Poder Executivo, dotado de autonomia funcional, os membros do MP italiano detêm independência funcional – inexistente a subordinação hierárquica - e se submetem ao Conselho Superior da Magistratura para exame das suas faltas funcionais.

Dentre as garantias funcionais do MP italiano, identifica-se a inamovibilidade, cabendo destacar, por oportuno, que o MP da Itália não exerce a representação do governo. A identidade do MP italiano com a Magistratura local, prevista em sede constitucional, aproxima o modelo do MP brasileiro.

Lado outro, ao se proceder ao exame do Ministério Público nos países que tem como identidade a Língua Portuguesa, constata-se que são países que têm, em seu texto constitucional, a previsão de direitos fundamentais e se identificam com o conceito de *Welfare State*, por influência da Constituição Portuguesa de 1976.

Adoptam assim o Regime Democrático de Direito, evidenciando, outrossim, a divisão republicana de Poderes e a autonomia do Ministério Público como regra, exceptuadas as hipóteses de vinculação deste ao poder político.

A autonomia institucional do Ministério Público pode assim ser identificada na República de Angola, em virtude do disciplinamento das atribuições dessa instituição de maneira autônoma em relação ao poder político e ao Poder Judiciário, o mesmo ocorrendo na República de Cabo Verde e diferentemente do que se passa na República de Moçambique, na qual o MP não detém autonomia institucional.⁴⁴

Em referência ao MP na República Democrática do Timor Leste, constata-se que a instituição é autônoma em relação ao Poder Judiciário, seus membros possuem garantias funcionais.

Contudo, a análise sistêmica da concepção do Ministério Público nos referidos países revela, a um só tempo, a estreita relação com as previsões constantes do disciplinamento legal da instituição em Portugal, e a impertinente ingerência do Poder Executivo, por seu Ministro da Justiça, nos assuntos institucionais. Em verdade, o aperfeiçoamento da instituição como efectiva representante da sociedade só será possível de se ver implementar quando abolida estiver a interferência do Poder Executivo sobre o MP.

Com efeito, é corrente o pensamento de que o interesse do governo, nem sempre é o interesse do estado, que nem sempre é o interesse social. Em outras palavras, pode-se afirmar que nem sempre o interesse público se confunde com o social.

Lado outro, sabe-se que se tratam de democracias recentes, nas quais o Ministério Público também procura estruturar-se como instituição autônoma para consecução das suas missões constitucionais, propiciando, assim, o fortalecimento das demais instituições democráticas, e actuando na defesa dos interesses verdadeiramente sociais.

Em Portugal, identifica-se um Ministério Público, talhado em sede constitucional (Constituição Portuguesa de 1976), de maneira autônoma, desvinculados dos demais Poderes do estado, inobstante esteja vinculado “a critérios de legalidade e objectividade e na exclusiva

⁴⁴ *Ibidem*

sujeição dos magistrados do Ministério Público às diretivas, ordens e instruções previstas em lei”⁴⁵ (as específicas desde a revisão operada pela Lei 23/1992 e não mais as genéricas).

Sobredita vinculação e a subordinação hierárquica que esta encerra violam a independência funcional do membro do Ministério Público, essa havida como a garantia funcional primordial para que o membro ministerial possa, efectivamente se desincumbir do seu papel constitucional de defesa dos interesses sociais.

A consequência lógica da ausência de independência funcional revela o comprometimento da imparcialidade do membro ministerial, pois não se descarta que, quanto mais se sobe na pirâmide hierárquica, mais facilmente se propicia a aproximação do poder político da chefia institucional, que, por esse mesmo poder político, é nomeada.

Ressalte-se que a independência funcional que se mostra mais desejável ao Ministério Público português é a de natureza finalística, vale dizer, que se refere ao exercício das funções ministeriais como órgãos de execução das atribuições ministeriais que lhe são conferidas por lei.

Assim, sabe-se que é previsto na Constituição Portuguesa que incumbe ao Ministério Público, no seu artigo 219º, 1, literal:

“1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.”

Nesse ponto, cumpre notar a inconveniência da representação estatal atribuída ao Ministério Público Português, abrindo-se ensejo a duas reflexões: não há vedação, em sede constitucional em Portugal, para que a representação estatal se verifique por intermédio de advogados públicos; relevante papel constitucional do Ministério Público, previsto na Constituição Portuguesa, apenas será efectivamente implementado se a instituição puder atender ao interesse social, mesmo quando esse não coincide com o interesse estatal.

Com efeito, sabe-se que a interferência do Ministro da Justiça no *Parquet* lusitano, com recomendações em acções cíveis, pode macular a atuação do Ministério Público português no exercício do seu papel de defesa da legalidade democrática, o mesmo não ocorrendo se houver, no caso concreto, colisão entre o interesse estatal e a legalidade, quando

⁴⁵ *Ibidem*

o representante do Ministério Público não poderá agir em dissonância com a prescrição legal: deverá sempre optar pela defesa da legalidade democrática.

“Na defesa da legalidade democrática, o Ministério Público é fiscal da lei (*custus legis*) e assim deve agir o magistrado da Instituição quando de sua atuação funcional. A legitimidade constitucional do Ministério Público o permite cobrar do Estado determinadas posturas que viabilizem o exercício da cidadania. A sociedade, portanto, exerce através do *Parquet* a cidadania, atendendo-se o direito de participar do processo de formação da *vontade pública*. ”⁴⁶

A Lei n. 60/98, surgida na sequência da revisão constitucional de 1997, redefiniu as atribuições do Ministério Público, que passou a ser “representante do Estado, defensor dos interesses que a lei delimitar, participante da execução da política criminal desenvolvida pelos órgãos de soberania, exercente da ação penal pública e defensor da legalidade democrática.” (Artigo 1º, n. 1), modificando a redação da Lei 47/86, a denominada Lei Orgânica do Ministério Público daquele país.

Segundo o autor Carlos Vinícius Alves Ribeiro⁴⁷, também em Portugal a defesa de interesses transindividuais pelo Ministério Público é legalmente permitida, consoante artigo 3º, 1, “e”, da LOMP (“especialmente, ao Ministério Público, assumir, nos casos previstos em li, a defesa de interesses colectivos e difusos”).

Em seguida continua o referido autor que “há também a previsão, no mesmo diploma, de composições extrajudiciais de conflitos, nos termos do artigo 80º, “a”, embora não haja registro em lei de ferramentas mais sofisticadas, como as de que dispõe o Ministério Público brasileiro.”

⁴⁶ MAIA, Rodrigo de Almeida. **Em nome da sociedade: O Ministério Público nos Sistemas Constitucionais do Brasil e de Portugal**. [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018]. Disponível na internet em <<https://docplayer.com.br/8847215-Em-nome-da-sociedade-o-ministerio-publico-nos-sistemas-constitucionais-do-brasil-e-de-portugal.html>> O texto afirma ainda que : “Como atribuição do Ministério Público, a Constituição ainda dispõe que à Instituição compete participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania. Isto é, o *Parquet* não pode *definir* a política criminal, mas tão-somente *participar* da política definida pelos órgãos de soberania. Talvez a mais difundida e importante atribuição do Ministério Público seja o exercício da ação penal. (...) A Lei Maior portuguesa atribui ao Ministério Público, outrossim, a defesa dos interesses que a lei determinar. Trata-se de uma cláusula aberta, de atribuição residual, que abre à Instituição um leque enorme de atribuições que a lei definir. Assim, *verbi gratia*, compete ao Ministério Público português: a) na área laboral, o patrocínio judiciário dos trabalhadores carentes e de suas famílias;178 b) na área de família e menores, a defesa dos interesses dos incapazes, atuando como defensor dos órfãos, viúvas e miseráveis;179 c) na área dos direitos coletivos e difusos, a defesa dos valores do meio ambiente¹⁸⁰ e do consumidor¹⁸¹; d) na área administrativa e fiscal, a intervenção social e de defesa da legalidade democrática, bem como, no contencioso administrativo, a ação pública, a coadjuvação do tribunal na realização do Direito e o patrocínio judiciário do Estado e de outras pessoas representadas por imperativo legal.” (p. 33)

⁴⁷ Ob.cit.,p.87/88

Na busca do melhor entendimento sobre a atuação do Ministério Público em Portugal, colhe-se o texto de Antônio Cluny⁴⁸, o qual nos elucida que a atuação destacada do Ministério Público em Portugal se verifica, em virtude do artigo 221º da CRP, na ação penal e na execução da política criminal, não obstante reconheça a importância da legalidade democrática, destacando-se a defesa contenciosa dos interesses difusos dos cidadãos, bem como a representação dos menores, dos incapazes, dos ausentes e dos trabalhadores.

Originalmente talhado à atuação na seara penal, de modo que a reprimenda ao delito praticado não se efectivasse por intermédio da vingança privada, bem como à defesa dos interesses estatais, o Ministério Público foi agregando, ao longo dos tempos, notadamente nos países de língua portuguesa, a função de defender direitos transindividuais, vinculados aos interesses sociais.

Assim, para que adequadamente desempenhe esse mister, importa que o Ministério Público seja dotado de autonomia, enquanto que aos seus membros sejam conferidas prerrogativas, dentre estas a da independência funcional.

Ao lado do aperfeiçoamento da atuação ministerial, desvinculando-se da defesa do interesse estatal para o social, revela notar a necessidade de que o Ministério Público assuma o protagonismo na resolução extrajudicial de conflitos, como ator principal do sistema de Justiça.

Em verdade, como já demonstrado anteriormente, a crise da judicialização com a sobrecarga do Poder Judiciário, traz a pauta do dia a necessidade de que o Ministério Público atue de maneira resolutiva e proactiva, evitando que o conflito de interesses se desloque para o campo judicial.

Neste contexto, e porque legitimado constitucionalmente no interesse social a assim agir, o Ministério Público no Brasil lança mão de mecanismos de autocomposição extrajudicial de conflitos na área cível, como a recomendação, a audiência pública e o termo de ajustamento de conduta.

A missão do Ministério Público é, portanto, tão nobre quanto os interesses sociais que lhe compete defender, razão pela qual a reminiscência de origem francesa, de vinculação da instituição ao poder político, aparece em contramão à necessidade da sociedade de possuir um porta-voz do sistema de Justiça, imparcial e independente, dos interesses desta.

⁴⁸ CLUNY, Antônio. **O Ministério Público e o Princípio Constitucional de Igualdade**, Cadernos da Revista do Ministério Público, Lisboa, n.10(2000), p.39-50, 5º Congresso do Ministério Público, realizado no Porto em 1998, subordinado ao tema: **O Ministério Público a democracia e a igualdade dos cidadãos. Conjunto de textos da intervenção dos autores subordinados ao título: Ministério Público - estatuto e funções; igualdade e legalidade; legitimidade e iniciativa.**

A tendência de fortalecimento do Ministério Público tem encontrado apoio, inclusive, os órgãos internacionais. Durante o IX Congresso das Nações Unidas Sobre Prevenção do Crime, ocorrida no Egito (Cairo), em 1995, foi recomendado “aos Estados membros que considerem a possibilidade de reforçar a função do Ministério Público, dotando-o de autonomia”.⁴⁹

7.3 A ATUAÇÃO EXITOSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS QUE VISAM A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No exercício diário das suas atribuições, o Ministério Público Brasileiro, por intermédio de seus diversos agentes, em seu amplo rol de atuação, vem efectivando e assegurando o cumprimento de direitos fundamentais em diversas áreas da atuação humana, a saber: saúde, educação, consumidor, meio ambiente, idosos, criança e adolescente, deficientes, e, especialmente, no combate à corrupção.

No desenvolvimento diuturno das suas funções, o membro do MP é instado, por notícias de fato que chegam ao seu conhecimento pelos mais diversos modos, seja pela via eletrônica, por e mail no próprio site da instituição, seja pelo meio físico, com a apresentação escrita da querela, seja pela mídia a actuar, de maneira individual ou transindividual, em defesa de determinado interesse.

Assim, não raras vezes, apenas e tão somente com o ato de oficiar à Administração Pública a fim de perquirir sobre o direito reclamado, se obtém a resolução do pretense conflito de interesses instaurado.

Em outras oportunidades, estabelecida a controvérsia a respeito do direito supostamente aviltado, necessária se apresenta a expedições de recomendações, instrumento próprio da atuação ministerial que visa adequar a pretensa conduta violadora de direitos aos ditames legais. Sobredito instrumento, como se sabe, não tem carácter vinculativo, nem obriga o seu destinatário a acolher os termos em que fora apresentada a Recomendação, servindo, entretanto, para advertir o suposto violador do direito questionado, da pretensa ilicitude da sua conduta.

Casos outros existem nos quais a atuação ministerial resolve o conflito de interesses instaurado por intermédio da celebração de termo de ajustamento de conduta, que nada mais é do que um acordo celebrado entre o Ministério Público e o suposto agente ou órgão que

⁴⁹ *Ibidem*

praticou a conduta que se imputa violadora de direitos, com o objectivo de que a conduta cesse, prevendo-se cláusulas e condições para o adimplemento de obrigações recíprocas.

É curial perceber que, em se tratando de instrumentos emanados de órgão integrante do sistema de Justiça, a apresentação de fundadas razões, geralmente alinhadas em “considerandos” nos reportados instrumentos, se faz imprescindível, como corolário lógico da aplicação do princípio da transparência e da motivação.

Percebe-se, destarte, que a atuação ministerial, nas sobreditas hipóteses acima elencadas, obsta a necessidade de ingresso judicial, resolvendo extrajudicialmente o conflito apresentado.

Como assaz ressaltado, sobredita atuação, não obstante se desenvolva no campo individual, avilta de importância a tutela de interesses trans ou metaindividuais, que dizem respeito à protecção do interesse social, para o qual o Ministério Público foi talhado na Constituição Brasileira de 88, como instituição a qual incumbe a Defesa do Regime Democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Nesta ordem de ideias, habitualmente se observa a atuação do *Parquet* em sede de saúde e educação públicas, visando assegurar desde o cumprimento do percentual mínimo de aplicação de recursos públicos, como a qualidade do gasto desses valores.

Não obstante a atuação destacada do Ministério Público na tutela extrajudicial de direitos transindividuais (difusos e colectivos), de interesse social, visando que o estado-administração implemente políticas públicas que assegurem a efectivação desses direitos, bem como assegurando o cumprimento de direitos fundamentais, resulta de relevância destacar, neste contexto, a indissociável e imprescindível atuação do Ministério Público na defesa do património público, como matriz garantidora da efectivação de direitos fundamentais, por viabilizar a correta aplicação dos recursos públicos, impedindo desvios e malversação de valores públicos, os quais irão garantir, no plano fático, a consecução das políticas públicas e da implementação dos direitos fundamentais.

7.4 A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA DEFESA DO PATRIMÓNIO PÚBLICO

Com efeito, não se ignora a ampla atuação que vem sendo efectivada no Brasil pelo Ministério Público Brasileiro na atuação repressiva, no combate à corrupção.

Em linha com o preconizada por Maria Goretti⁵⁰, ocorre que, em coexistência a essa atuação repressiva, se apresenta a atuação preventiva, proactiva e resolutiva na defesa do património público, que faz assegurar a aplicação da teoria garantista à sindicabilidade dos atos da administração pública, despidendo-se de uma valoração apenas de conteúdo técnico de legalidade dos atos, mas objectivado a efetivação de políticas públicas, por valorização da aplicação de direitos fundamentais da cidadania, notadamente em respeito à dignidade da pessoa humana, que orientam o Regime Democrático de Direito no Brasil, e na necessidade de cumprimento dos objectivos fundamentais da República, direccionadas especialmente àqueles que se encontram com seus direitos fundamentais violados ou em via de violação.

Ao analisar o tema afeto à atuação do Ministério Público para a garantia de um estado de Boa Governança, assevera Jayme Weingartner Neto e Vinicius Diniz Vizzotto⁵¹, a necessidade de reprimir atos de corrupção, possibilitando estancar a sangria de recursos públicos que poderiam ser regulamente aplicados em áreas de efetiva relevância social, propiciando adequada arrecadação de impostos, confiabilidade nas Instituições, diminuição da burocracia, eficiência do Judiciário e efetivo crescimento económico, diante de um orçamento público equilibrado que possibilite a concretização de direitos fundamentais.

Contudo, sabe-se que a defesa do património público transborda o conceito de repressão à corrupção, pois admitir defesa do património público apenas como combate à corrupção, é praticar um reductionismo extremo, dissociado da atuação dos órgãos ministeriais de defesa do património público.

Em verdade, a atuação proactiva ou resolutiva do Ministério Público, em sede de defesa do património público no Brasil, tem atendido sobremaneira o interesse social, na medida em que evita a ocorrência da lesão ao erário, ou obtém a recomposição dessa lesão de maneira célere e efectiva.

Mas qual o conceito de património público?

Na acepção legal, artigo 1º parágrafo primeiro da Lei 4717/65, consideram-se património público, literal:

“bens e direitos de valor económico, artístico, estético, histórico ou turístico.”

⁵⁰ Ob.cit.,p.117

⁵¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **O custo de efetivar direitos fundamentais: uma abordagem do papel do Ministério Público na confluência do Direito e da Economia**, [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018]. Disponível na internet em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/733/view>, p.123/126.

Em sede de Contabilidade Pública, patrimônio público, nos termos da NBC T 16.2 (Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público – Patrimônio e Sistemas Contábeis),

“é o conjunto de direitos e bens, tangíveis e intangíveis, onerados ou não, adquiridos, formados, produzidos, recebidos, mantidos ou utilizados pelas entidades do setor público, que seja portador ou represente um fluxo de benefícios, presente ou futuro, inerente a prestação de serviços públicos ou a exploração econômica por entidade do setor público e suas obrigações.”

Já para o Conselho Nacional do Ministério Público, patrimônio público

“é o conjunto de bens que pertencem ao domínio do Estado, e que se institui para atender a seus próprios objetivos ou para servir à produção de utilidades indispensáveis às necessidades coletivas.”⁵²

No conceito corrente utilizado pelo Ministério Público, o patrimônio público é constituído pelo acervo de valores, direitos e bens de propriedade de toda a sociedade, considerada em seu conjunto, e também individualizada por cada um dos seus cidadãos.

Nesse ponto, importante que se relembre que o atendimento das necessidades sociais tuteláveis pelo Ministério Público em diversas áreas de atuação da Administração Pública, dependem de recursos públicos que propiciem a efetivação dessas necessidades, as quais se apresentam como direitos fundamentais.

Portanto, garantir-se a alocação de recursos orçamentários para a contratação de profissionais da área de saúde, importa em se garantir a adequada assistência à saúde à população. Pleitear-se a realização de concurso público, importa em se diminuir a quantidade de gastos públicos com a contratação de entidades privadas, cuja fiscalização é sempre questionável. Verificar a efetiva aplicação de recursos com licitações na área de Educação é garantir o fornecimento de merenda escolar.

Dessa forma, e de maneira pontual e sistêmica, vai se desenvolvendo o trabalho ministerial na área de defesa do patrimônio público com ampla repercussão em diversas áreas de atuação da Administração Pública, de inquestionável interesse social e indeclinável importância para que sejam concretizados direitos fundamentais.

⁵² Disponível na internet em < <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/7832-patrimonio-publico> > [Consult. 10 de maio de 2018].

Para a consecução desse objectivo de atuação preventiva e proactiva na defesa do património público, o Ministério Público troca informações e actua conjuntamente com outros órgãos de fiscalização, a exemplo de Tribunais de Contas, Controladorias e Receita Federal, cooperação técnica que vem sendo efectivada em razão de termos de cooperação entre os órgãos interessados.

Recentemente, e possivelmente como conseqüência do avanço da atuação resolutiva extrajudicial do Ministério Público, em linha com a constatada e crescente dificuldade do Poder Judiciário em dar vazão às demandas que recebe, denominada de crise da judicialização, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, órgão disciplinador e normalizador da atuação de membros do Ministério Público Brasileiro, editou uma resolução que possibilita a devolução de valores por agentes públicos e privados, ilicitamente subtraídos do erário, sem a imperiosa necessidade de manejo de ação judicial nesse sentido.

A atuação ministerial, no Brasil, então, notadamente quando voltada à defesa do património público envolve a obediência a conceitos como o da boa administração pública, o qual deve atentar à legalidade, economia, e eficiência no trato com a coisa pública.

Assim, possibilita-se ao Ministério Público Brasileiro incursionar em meandros da gestão e gerência administrativas do património público, desde a concepção e priorização de alocação de recursos orçamentários, cumprindo os mínimos constitucionais previstos, como em cada caso concreto, avaliando a adequação e necessidade da ação administrativa perpetrada, respeitado o limite da discricionariedade administrativa.

Portanto, diferentemente do que ocorre em Portugal, onde o enfeixamento da atuação do representante do Ministério Público o obriga a respeitar a ação administrativa desde que fundada em normas jurídicas e devidamente justificada, no Brasil se abre a possibilidade de verificação da atuação administrativa que não atente para os princípios administrativos acima citados, dentre outros, a exemplo, os da publicidade e da moralidade.

A propósito, confira-se o afirmado por Jayme Weingartner Neto e Vinicius Diniz Vizzotto⁵³, a respeito do contexto jurídico em Portugal, no que tange à intervenção ministerial em questões relacionadas à atuação administrativa:

“Neste país, o Ministério Público existe para a defesa da legalidade e do interesse público e por isso apenas pode atuar no domínio da lei e não no domínio do que é discricionário, aquilo que é lógica e função da Administração Pública.

⁵³ *Idem*

Destaca-se também a existência da lógica anglo-saxônica, adotada em outros países, cujo ordenamento interno permite que haja um controle jurisdicional do mérito por parte do Poder Judiciário. (...) Por causa da adoção da referida lógica, no Brasil o entendimento doutrinário majoritário e no sentido da qualificação do princípio da boa administração como um direito subjetivo, de forma contrária ao posicionamento majoritário português.”

No Brasil, embora não seja juridicamente adequado se perquirir sobre o mérito administrativo, não se questiona que as acções e decisões administrativas devem ser fundamentadas e haverão de ser examinadas à luz dos princípios que norteiam a Administração Pública.

Portanto, de maneira recorrente, em actividade proactiva, a atuação do Ministério Público Brasileiro, notadamente na defesa do património público, se revela de inquestionável importância quando indaga, por exemplo, a não adopção de processo licitatório para aquisição de determinados bens, sem que existam delimitados os requisitos legais autorizadores da dispensa ou da inexigibilidade.

Nesse cenário, ao proceder a investigação, questiona o Ministério Público se o agente público actuou em conformidade com o conceito da boa administração pública, optando pela atuação administrativa mais eficiente e menos antieconômica ao erário.

Certo é que, por vezes, situações existirão, nas quais a própria decisão administrativa transmuda-se em ato próprio de gestão, insindicável pela atuação do Ministério Público.

Exemplos típicos dessas situações, podem ser verificadas quando da opção administrativa em manter ou transformar a destinação que vem sendo dada a determinado bem público, preservada a finalidade pública, por óbvio, como em casos nos quais a escolha administrativa é nitidamente decorrente de uma diretriz governamental voltada ao atendimento do interesse social, como nas hipóteses de concessão de operações de crédito, via agência de fomento estatal, para subsidiar hospital privado que atende pacientes do Sistema Único de Saúde – SUS ou quando se opta por determinado modelo de aprendizagem para crianças que cursam o ensino fundamental.

Em casos que tais, revela-se a essência da atuação administrativa de gestão, cujo conteúdo está impregnado de discricionariedade administrativa, na escolha da opção que se apresente mais adequada ao gestor.

Pensar diferentemente é pretender que o Ministério Público Brasileiro se imiscua indiscriminadamente em atos de gestão administrativa, o que não se conforma com o Estado

Democrático de Direito, e com formatação da Instituição, de sede republicana e no seio constitucional.

Não por outra razão que se preconiza o limite de intervenção do Ministério Público na gestão administrativa, buscando-se balizar essa intervenção a partir de premissas que possam nortear esse proceder, senão vejamos:

A necessidade de se estabelecer parâmetros para a investigação, de modo que a atuação ministerial não avançasse sobre a discricionariedade da opção administrativa é desafio constante na atuação investigativa ministerial.

Isso porque, doutrinariamente, define-se a discricionariedade como a opção administrativa a ser efectivada, dentro de determinados parâmetros legais, entre duas ou mais possibilidades de atuação estatal, sendo que essa liberdade de escolha é maior nos atos políticos do que nos administrativos, já que, enquanto estes são infralegais, aqueles são expedidos em nível imediatamente infraconstitucional, o que não significa, porém, que a discricionariedade seja absoluta.

Como se extrai da doutrina apontada, é a lei ou a Constituição que confere liberdade ao administrador para apreciar subjectivamente determinadas situações, de modo que não há como existir poder discricionário fora dos limites legal ou constitucionalmente estabelecidos.

De outra parte, não se descarta do papel primordial do Ministério Público no controle dos atos administrativos, inclusive aqueles que se relacionam com critérios de conveniência e oportunidade.

Nesse contexto, entra em cena o princípio da juridicidade, o qual visa conformar a lei com os demais princípios existentes no ordenamento jurídico, notadamente os da razoabilidade, moralidade e probidade, limitando o campo do mérito administrativo.

Não obstante, é preciso distinguir, em cada caso concreto, se determinada conduta administrativa apresentou-se com excessos ou desvios no decidir, pois a avaliação do órgão de controle, no sentido da correção ou incorreção da conduta administrativa praticada pelo agente público, também não pode ser, ela própria, desmotivada ou arbitrária.

Não se questiona, desta forma, que a conduta a ser adotada deve se guiar por critérios objectivos, com base na razoabilidade e na proporcionalidade, princípios orientadores, evitando-se um juízo de convicção eivado de subjectivismos na atuação finalística.

CAPÍTULO 8

O COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Como acima ressaltado, a defesa do patrimônio público pode compreender diversas esferas, como a administrativa, a cível e a criminal no que tange à atuação de agentes públicos que praticam atos ilícitos contra a Administração Pública.

Na esfera administrativa são previstas sanções de cunho disciplinar, que vão desde a simples advertência até a exoneração a bem do serviço público, e são aplicadas em decorrência da instauração e processamento do devido processo administrativo disciplinar ou sindicância, por comissão processante constituída e integrada por servidores efectivos, assegurados sempre os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório.

No âmbito da repressão penal, avulta de importância considerar a imposição de penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multas, a serem aplicadas aos agentes públicos que praticam delitos contra a Administração Pública, após efectivado o devido processo penal, pelo órgão jurisdicional competente, igualmente garantidos os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Na esfera cível, em sentido estrito, abre-se a possibilidade do agente público, autor de ato ilícito, ser responsabilizado civilmente, em ação própria do estado-administração contra esse.

Em outras situações, cabe ao estado-administração, uma vez acionado, diante da sua responsabilidade objectiva, pela vítima ou ofendido pela atuação do agente público, mover ação regressiva contra o agente público, uma vez demonstrada a culpa ou dolo deste, como elemento subjectivo norteador da sua conduta ilícita. É dizer que, em sede civil, o estado responde objectivamente e o agente público, subjectivamente.

Além da esfera administrativa e penal, reconhece-se no Direito Brasileiro, a existência de punição de natureza sancionatória na esfera cível, por prática do denominado ato de improbidade administrativa, ao qual são imputadas sanções graves, decorrentes de condutas lesivas ao erário, violadoras de princípios ou que importem em enriquecimento ilícito de agentes públicos, sendo o diploma legal de referência, no qual são previstas as condutas típicas caracterizadoras da prática de ato de improbidade administrativa, a Lei 8429/92.

8.1 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O Ministério Público, em linha com as atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, é também responsável por exercer o *accountability* ou seja realizar o controle sobre agente públicos, visando a sua responsabilização.

Com efeito, no exercício desse *mister* de controle, o Ministério Público actua extrajudicialmente e judicialmente. Extrajudicialmente, por intermédio de notificações, requisições, recomendações, audiências públicas, inquéritos civis. Judicialmente, por intermédio de acções que propõe visando a defesa da probidade administrativa, notadamente por intermédio da acção civil pública.

Sabe-se que ao Ministério Público compete, de maneira concorrente, não exclusiva, portanto, o controle dos atos da Administração Pública e de seus agentes, podendo-se afirmar que existe em verdade uma rede de controle desses atos, por intermédio do Poder Legislativo, dos Tribunais de Contas, do Poder Judiciário e da própria da sociedade, entre outros, a atuação do Ministério Público se qualifica por ser talhado, em sede constitucional, como defensor dos direitos difusos e colectivos na defesa do património público.

Assim, dessa atuação de controle, faculta-se ao Ministério Público questionar toda aplicação irregular ou indevida de recursos públicos, inclusive pelo exame de prestação de contas fornecidas por agentes públicos e entidades privadas que recebem verbas públicas, até a ausência de implementação de políticas públicas que inviabilizam a concretização de direitos fundamentais, passando por questionamentos de ordem orçamentária relacionada à adequada alocação desses recursos, notadamente por descumprirem mínimos constitucionais, abrindo-se campo à indagação relacionada à qualidade do gasto público realizado.

Desta forma, viola a probidade administrativa a conduta do agente público que desrespeita as normas legais, de maneira voluntária ou culposa, imbuído do sentimento de transgressão à ordem normativa, com o diferencial de que sua conduta é socialmente reprovável pelos bons costumes, pela moral e pelas regras de retidão no trato social, razão pela qual a prática de ato de improbidade transborda a mera irregularidade para se configurar em ilicitude, vez que norteado, pela decisão do agente público transgressor, em desrespeitar as regras de convivência social, aviltando o património público ou princípios administrativos, causando a repugnância social pela postura de desvio ético adotada, sugerindo a sua incapacidade moral para o desempenho das funções inerentes ao seu cargo.

Atos de improbidade, assim, referem-se a condutas praticadas por agentes públicos e políticos que malferem o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, a seguir transcrito:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Segundo Wallace Paiva Martins Junior⁵⁴,

“improbidade administrativa significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e, por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das actividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial.”

Assim, nos termos do § 4º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, tem-se que:

“§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Lado outro, o art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa dispõe, *ad litteram*, que:

“os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios (...) serão punidos na forma desta lei.”

Cabe enfatizar que a Lei 8.429, Lei de Improbidade Administrativa, zelando pelos princípios do Direito Administrativo, em seu artigo 4º. dispõe, *ipsis litteris*, que:

⁵⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113.

“Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.”

De acordo com o texto da Lei 8429/92, em seus artigos 2º e 3º, constata-se que:

“Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

Nesse sentido, vale ressaltar que incorre em ato de improbidade administrativa não somente aqueles que directamente o executa, de forma dolosa ou culposa, mas também aquelas que pessoas que se beneficiam com essa prática.

Extrai-se, pois, a ilação de que o pilar de sustentação da actividade pública está corporificado no princípio da legalidade, base de todo o regime jurídico-administrativo e integrante do Direito como elemento indissociável na sua aplicação e finalidade, contemplado no artigo art. 37, *caput*, da Constituição da República, dentre outros preceitos de densidade normativa e valorativa, os quais impõem, conjuntamente, a sujeição dos agentes públicos e políticos, em seus atos e condutas, aos princípios de eficiência, publicidade, moralidade e impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A propósito, bem destaca o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo⁵⁵, “o princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a qualquer tendência de exacerbação personalista dos governantes.”

Com efeito, não se descarta que a indisponibilidade do interesse público fundamenta e justifica a atuação administrativa que se submete ao princípio da legalidade.

Ademais, sabe-se que a Lei 8.429, publicada em 02 de junho de 1992, dispõe, em seu *caput*, sobre:

⁵⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 21ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103.

“as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.”

Assim sendo, pode-se classificar os atos de improbidade em três espécies, a saber, os geradores de enriquecimento ilícito, os responsáveis por causar dano ao erário e os que violentam princípios da administração pública. Tais espécies podem ser encontradas tipificadas na referida lei, respectivamente nos artigos 9º, 10º e 11º.

Não se pode perder de vista que o rol de atos de improbidade administrativa elencados nos reportados artigos é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), podendo outras condutas ímprobas serem enquadradas nos mencionado dispositivos, desde que haja, no plano concreto, violação a princípios administrativos, em especial àqueles entabulados na Constituição Federal de 1988, lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.

Neste ponto, cumpre ressaltar a importância de se afirmar a necessidade de que um agente público ou político seja co-autor ou partícipe da conduta imputada como ímproba, à evidência de que inexiste prática de ato de improbidade administrativa apenas por particulares, não obstante possam esses figurar como beneficiários do ato, denotando envolvimento na conduta tipificada como caracterizadora de ato de improbidade.

Com efeito, encontram tipificação legal em sede de improbidade administrativa, os atos que se enquadram no art. 9º da Lei 8429/92, que dispõe sobre as condutas passíveis de tipificação como de enriquecimento ilícito, literal:

“Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:”

Assim, tem-se que as vantagens patrimoniais ou extrapatrimoniais conferidas ao agente público ou político, em razão do cargo que ocupa, são previstas em lei, não havendo espaço para que outras benesses sejam concedidas, usufruídas ou aceitas, sem respaldo normativo. O recebimento indevido de vantagem pelo agente público ou político induz à ilicitude da sua conduta, por violar o senso de probidade, sob o ponto de vista jurídico, ético e moral.

De outra parte, preceitua o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, *in verbis* que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, literal:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:”

A conduta do agente público ou político que lesa ao erário, seja por culpa ou dolo, transcende o campo da sua atuação para atingir toda a sociedade no qual ele se encontra inserido, pois os recursos públicos que não foram corretamente utilizados, ou o foram em desvio de finalidade, ou simplesmente não foram empregados, deixaram de repercutir em favor do bem comum, descumprindo a razão que norteou o repasse da verba ou a autorização para gasto do recurso público.

Desta forma, constata-se que a sociedade deixa de obter o bem da vida a que tinha direito, em virtude do recurso público repassado ou alocado, enquanto que a Administração Pública tem a sua imagem perante a comunidade arranhada pela conduta ímproba de um dos seus agentes.

Lado outro, revelam-se as condutas passíveis de enquadramento no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, *in verbis* as que atentam contra os princípios da administração pública:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:”

Ao discorrer sobre o conteúdo jurídico do sobredito artigo, é preciso recordar inicialmente que o Estado de Direito tem por escopo proteger a sociedade das intemperanças do Poder Público, determinando que seus exercentes somente possam actuar em conformidade com um quadro normativo geral e abstrato, antecipadamente estabelecido⁵⁶.

Assim, sabe-se que o princípio da legalidade é responsável por nortear toda a actividade da Administração Pública. Em suma, toda a atuação do Poder Público deve estar submetida aos comandos legais de nosso ordenamento jurídico, ou seja, o actuar da Administração depende, sempre, da existência de antecipada previsão legal.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Controle Judicial dos Atos Administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 152, p. 2, 1989.

Por outro lado, é de notório saber que nem o administrador público nem o particular podem se beneficiar indevidamente da prática de ato administrativo não respaldado em dado comando normativo, sendo certo que, em tais hipóteses, tanto um quanto o outro devem ser responsabilizados pelas consequências advindas de tal irregularidade, na exata proporção em que cada qual contribuiu para a consecução de determinado fim proibido em lei.

Segundo Seabra Fagundes, “todas as actividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade”⁵⁷, concluindo que “qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito da permissão da lei, será injurídica”⁵⁸. Desta forma, a atuação administrativa se apresenta como o exercício de um poder previamente atribuído pela lei e por ela delimitado⁵⁹.

Lado outro, não se descarta que, com o advento da Excelsa Carta Federal de 1988, o princípio da moralidade administrativa foi erigido ao patamar constitucional, estando elencado no *caput* do art. 37 do mencionado Diploma Maior, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

O princípio da moralidade orienta a atuação administrativa pautando-a pelos preceitos éticos, diferenciando o agir honesto do desonesto.

Complementa a ideia Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁰, ao firmar que a conduta desconforme da Administração, por intermédio dos seus agentes, ou de terceiros que com ela se relacionem, e que viole regras de boa administração, dentro de conceitos de Justiça e Equidade, violentando a honestidade do homem médio, ofenderá a moralidade administrativa.

A mesma doutrinadora ensina que a moralidade demanda avaliação sobre os meios e fins a atingir, com especial destaque para as vantagens usufruídas pelo agente público ou político em detrimento da maioria dos cidadãos.⁶¹

As condutas que ferem os ditames do artigo 11 da Lei 8429/92 trazem como consequência as sanções dispostas no inciso III do art. 12 da Lei Federal de Improbidade Administrativa.

⁵⁷ FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 113.

⁵⁸ *Ob. Cit.*

⁵⁹ Com efeito, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça que “O agente público está adstrito ao **princípio da legalidade**, não podendo dele se afastar por razões de conveniência subjetiva da administração” (STJ, T2, AGRMC 4193/SP, 2001/0116624-0, rel. Min. Laurita Vaz, em 22/10/2001, DJ de 04/02/2002, p. 317).

⁶⁰ Direito Administrativo, São Paulo: Atlas S.A., 2011, p.79.

⁶¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 1998, p.119.

Em relação ao princípio da eficiência está este consagrado no art. 37, *caput*, da Carta da República, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Ele foi inserido no Texto Constitucional com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, o que denota a preocupação por parte do Constituinte Derivado quanto à eficiência das actividades administrativas, devendo o agente público, com o menor esforço, alcançar o melhor resultado possível.

O atingimento dos melhores resultados na atuação administrativa é o desiderato do princípio da eficiência. Assim, o agente público empenha-se na consecução das suas atribuições, de maneira estruturada, organizada e disciplinada a fim de atingi-los.

Os princípios administrativos consistem em diretrizes fundamentais, alicerces básicos que legitimam e balizam a atuação do Poder Público, de modo que só se pode considerar válido o comportamento administrativo compatível com eles.

Dentre os princípios constitucionalmente expressos, além dos acima citados, situam-se o da impessoalidade e o da publicidade.

De grande relevância se apresenta o princípio da impessoalidade, de acordo com o qual a Administração não pode actuar com vistas a beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas.

O princípio da impessoalidade refere-se ao tratamento igualitário aos administrados àquela cuja situação jurídica se revela igual, tratamento a ser deferido de maneira equânime, sem subjectivismos ou favores, mas secundado no interesse público. É, portanto, princípio decorrente do princípio da isonomia.

O princípio da impessoalidade foi pela primeira vez assim denominado com a promulgação da Carta Maior de 1988, estando expressamente previsto no *caput* de seu art. 37. Esse princípio se relaciona intrinsecamente com a busca incessante pela realização do interesse público no plano concreto, haja vista ser esse o elemento essencial que deve nortear toda a atuação da Administração Pública.

Refere-se também a Constituição de 1988 ao princípio da publicidade, segundo o qual os atos administrativos devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, de modo a possibilitar o controle da legalidade e da legitimidade da conduta dos agentes públicos.⁶²

⁶² WLASSAK, Thomas. Disponível na internet em <<https://jus.com.br/artigos/3425/o-principio-da-publicidade>> **O princípio da publicidade.** [Em linha]. [Consult. 10 de maio de 2016]. “A doutrina nacional tem enfatizado que o princípio da publicidade tem seu natural campo de aplicação no Direito Administrativo. E, quando constitucionalistas a estes se referem, derivam da matriz constitucional um princípio administrativo, referindo o artigo 37 da Carta Magna como supedâneo.”

Sobredito princípio visa assegurar o conhecimento aos administrados de como se comporta a atuação administrativa dos seus agentes públicos, dando conhecimento transparente a respeito desse modo de agir, bem como em relação à própria atuação estatal. Tratando-se da Administração Pública, nada mais coerente que seus atos sejam transparentes, o que hodiernamente ocorre mediante a publicação dos atos administrativos no Diário Oficial. O princípio da publicidade liga-se ao da impessoalidade, pois propicia o conhecimento da conduta dos agentes públicos, permitindo que se fiscalizem concessões de favores, privilégios ou discriminações de qualquer espécie.

Com efeito, publicar não é “apenas tornar público, isto é, tornar do conhecimento público, mas, também, tornar claro e compreensível ao público. É fazer com que a publicidade cumpra o papel essencial de verdadeiramente informar o público (aqui considerado tanto o conjunto de cidadãos em face de normas gerais – como leis e decretos –, como, igualmente, algum universo restrito de administrados, sujeitos aos efeitos de determinado ato administrativo.”⁶³

De outra parte, constata-se, ao verificar os textos da Constituição Brasileira de 1988 e da Constituição de Portugal de 1976, que os princípios que regem a actividade da Administração Pública encontram correspondência terminológica e conceitual.

Com efeito, a adopção de conceitos principiológicos nos dois sistemas constitucionais, embora não necessariamente se reflita em uma correspondência interpretativa da atuação de agentes públicos, serve para definir o conteúdo de ilícito de condutas por estes praticadas, porque:

a) No Brasil, a força normativa dos princípios (importada a partir dos ensinamentos da doutrina constitucional lusitana) foi desvirtuada e ganhou feições muito peculiares que tem permitido uma expansão indevida do Poder Judiciário (“ativismo”) sobre as funções administrativa e legislativa, já se tendo chegado ao ponto do Supremo Tribunal Federal (STF) ter estabelecido, em acórdãos de observância obrigatória e impeditivos de recursos, que determinados comportamentos são proibidos independentemente de lei, por serem “decorrência direta” dos princípios constitucionais;⁶⁴

⁶³ *Idem*

⁶⁴ PINEIRO, Igor. Disponível na internet em <http://mkt.cers.com.br/aula-gratis/corruptao/pdf/leitura-complementar02.pdf> **O princípio da moralidade administrativa na prevenção e repressão à corrupção: a atualidade do contraponto filosófico entre Maquiavel e Erasmo de Rotterdam** [Em linha]. [Consult. 10 de maio de 2016]. O texto refere ainda que: “b) Além disso, o desrespeito intencional a um princípio constitucional da Administração Pública é qualificado, no Brasil, como ilícito cível de extrema gravidade (ato de improbidade administrativa ou crime de responsabilidade do Presidente da República), que traz como consequências punitivas ao sujeito ativo transgressor (pessoa física) a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens, o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei específica, sem

8.2 DA COMINAÇÃO DE SANÇÕES EM SEDE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme previsto no artigo 12 da Lei 8429/92, a prática de qualquer desses atos importará na devolução de bens e valores ao erário, na perda de bens e valores obtidos ilicitamente em razão da prática do ato de improbidade, na suspensão dos direitos políticos, na perda do cargo ou da função pública, na impossibilidade de contratar com a Administração Pública, ou receber incentivos dessa, além da multa civil. Sobreditas sanções se aplicam aos terceiros beneficiários do ato de improbidade administrativa e possuem real gravidade, além de serem independentes do sancionamento em outras instâncias como a penal e a administrativa. Deverão ser aplicadas de acordo com a gravidade do ato de improbidade perpetrado e algumas, a exemplo do ressarcimento ao erário, e da devolução de bens ilicitamente obtidos, podem ser objeto de providências judiciais anteriores ao término da ação de improbidade administrativa, visando garantir a recomposição do prejuízo causado aos cofres públicos.

A simples leitura das sanções previstas, já permite identificar que se tratam de sanções de gravidade, que se dirigem ora ao patrimônio do autor do ato de improbidade administrativa, ora à relação jurídica que este mantém com a Administração Pública, passando por sancionar um direito fundamental que é o de votar e ser votado, consubstanciado no exercício da sua capacidade política passiva.

Não obstante a previsão em bloco das sanções como decorrência da prática de cada ato de improbidade administrativa disposta em qualquer um dos artigos 9º, 10º ou 11º da Lei 8429/92, fato é que o sancionamento, em sede judicial, deve estar adstrito aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da sanção, como resposta justa e adequada ao ato de improbidade praticado.

Assim, embora preserve a boa técnica processual que o membro do Ministério Público indique todas as sanções possíveis relacionadas a determinado ato de improbidade administrativa que identifica, caberá ao Poder Judiciário aquilatar qual a sanção que se justifica empregar para repressão da conduta ímproba reconhecida, não sendo adequado ao

prejuízo da ação penal cabível e, também, a responsabilização objetiva cível-administrativa da pessoa jurídica beneficiada, o que não encontra similitude em terras lusitanas; c) Começa a sedimentar-se na jurisprudência brasileira a tese de que as contratações públicas de pessoal que importem em flagrante desrespeito ao Texto Constitucional, em especial aos princípios, não estão sujeitas a qualquer prazo decadencial, o que, em Portugal, é impensável, já que a regra geral nesse caso é a anulabilidade dos contratos (vide artigo 284, nº1 e 2, do Código de Contratos Públicos Português).”

membro ministerial que indique qual a sanção que entende adequada, quando do acionamento judicial.

Contudo, como abaixo se demonstrará, acaso se firme negociação extrajudicial em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do facultado pelo artigo 1º, parágrafo segundo da Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, será facultado ao membro do *Parquet* estabelecer previamente qual sanção ou sanções entende aplicáveis a cada caso concreto.

Parece juridicamente adequado, contudo, caso esse título extrajudicial decorrente da negociação com o autor do ato de improbidade venha a ser submetido ao crivo judicial, poderá o Poder Judiciário sindicar os requisitos de validade e existência do negociado, verificando a adequação da sanção ou sanções acordadas.

Assim, para que se entenda o alcance da atuação ministerial em sede extrajudicial, inclusive na atuação consensuada frente ao Direito sancionador, como relatado acima, aconselhável que se explique os mecanismos postos à disposição do Ministério Público extraprocessualmente para exercer a tutela colectiva.

8.3 DOS MECANISMOS EXTRAPROCESSUAIS DE TUTELA COLECTIVA

Para que se possa entender melhor o papel do Ministério Público em sede de tutela colectiva, ou seja, a respeito do seu papel de garantidor dos direitos e interesses de relevância social, importante que se analisem as funções constitucionais do Ministério Público, cujas previsões servem de referencial jurídico para o desenho infra legal da atuação do *Parquet* sobre a matéria.

Assim, identifica-se a função de *ombudsman*, talhada no artigo 129, inciso II da Constituição Federal, o qual dispõe, literal, que incumbe ao Ministério Público: “Zelar pelo efectivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.”

Lado outro, é prevista a função de legitimado colectivo ao MP, no artigo 129, inciso III da Constituição Federal, o qual dispõe que: “Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a protecção do património público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Nesse ponto, calha trazer à colação, a conceituação de cada um dos instrumentos jurídicos postos à disposição do Ministério Público, para lograr efectividade na sua atuação.

8.3.1 Inquérito Civil

Inicialmente, cumpre ressaltar, nesse ponto, a importância do poder investigativo do Ministério Público, o qual o distingue em qualidade em relação a actividade investigativa exercida por outros órgãos de investigação que não detêm as prerrogativas e nem a autonomia institucional conferida ao Ministério Público em sede constitucional.

Com efeito, sabe-se que a tendência é a universalização das investigações, com o compartilhamento amplo das provas produzidas em investigações civis e penais, de modo a conferir concretude a orientação apontada pela Organização das Nações Unidas (ONU), pelo Conselho da Europa e instituições como a Medel (Magistrados Europeus para a Democracia e Liberdades). Sobredita universalização encontra amparo no princípio da eficiência, previsto no artigo 37, caput da Constituição Federal.

O Inquérito Civil, como acima descrito, é instrumento da investigação a cargo do membro do Ministério Público e tem previsão, em sede constitucional, no art. 129, inciso III da Constituição Federal Brasileira.

Ademais, o Inquérito Civil é disciplinado no artigo 8º, §1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/85), o qual dispõe que o Ministério Público, literal:

“§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”

Além disso, a Resolução n. 23 do Conselho Nacional do Ministério Público, a respeito do Inquérito Civil, prevê, em seu artigo 1º que:

“O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.”

Já no seu parágrafo único é disposto que “o inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria.”

Apresentados os contornos legais, pode-se afirmar que o Inquérito Civil é importante instrumento que materializa a atuação investigativa do Ministério Público, sendo instrumento de investigação privativo do MP, nos termos do 129, inciso III e §1o da Constituição Federal.

Ademais, revela-se o Inquérito Civil Público (ICP) como um procedimento extraprocessual, facultativo, de natureza inquisitiva e auto executório.

Facultativo porque a sua não instauração anterior ao ajuizamento da ação não nulifica esta. Portanto, a decisão do membro ministerial em instaurar ou não um inquérito civil a fim de proceder a investigação é uma decisão discricionária, de acordo com o cabedal de provas que já detenha ou com a necessidade de produção de novas provas e realização de diligências para formar seu juízo de convicção.

O inquérito civil detém natureza inquisitiva, pois cabe ao membro ministerial, que preside o Inquérito Civil, decidir sobre a linha investigativa que adota e sobre as diligências investigativas e provas que produz no apuratório, não se vinculando aos princípios da ampla defesa e do contraditório, embora não lhe seja permitido negar acesso aos autos ao investigado ou Defensor, exceptuadas as hipóteses nas quais esse acesso possa prejudicar frontalmente o desenvolvimento da investigação, notadamente quando da decretação do sigilo da investigação.

Ademais, o Inquérito Civil é auto executório pois as determinações desse extraídas são cumpridas pela própria instituição que as determinou, não dependendo, necessariamente, de outros órgãos para efectivar a investigação, salvo as hipóteses de compartilhamento da prova, estabelecidas em termos de cooperação técnica com outros órgãos públicos de controle ou fiscalização.

Por outro lado, não se discute a inquestionável contribuição para efectividade que o ICP agrega à resolução extrajudicial de conflitos ou que angaria elementos para respaldar eventual propositura de ação em Juízo.

Neste ponto, releva notar o valor probatório do Inquérito Civil e sua natureza de procedimento preparatório da atuação do *Parquet*, possibilitando, no decorrer da sua tramitação, a correção espontânea da conduta do investigado, além de permitir a negociação e suspender o prazo decadencial, conforme previsto no artigo 26, §2º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, legislação que integra o microssistema de tutela colectiva.

Com efeito, não raras vezes se verifica que a partir da instauração do Inquérito Civil, uma vez oficiado a prestar informações, o próprio órgão ou representante deste, reconhece e

opta por corrigir o ato inquinado de irregularidade, ou pratica a ação que gerou a representação por suposta omissão.

Ademais, ainda que durante a tramitação do Inquérito Civil percebe-se, a partir da utilização de mecanismos de instrução da investigação que o ambiente propício à resolução extrajudicial de conflitos vai ser aperfeiçoando, em decorrência do amadurecimento do diálogo, não raras vezes obtido após a realização de audiências públicas, como adiante se demonstra.

Fato é que o Inquérito Civil, na cultura resolutiva do Ministério Público que se sustenta no decorrer desse trabalho, passou a ser instrumento de colheita de elementos que propiciem à resolução extrajudicial de conflitos, despindo-se da sua antiga roupagem de instrumento apto apenas para subsidiar a ação a ser proposta em Juízo.

8.3.2 Audiência Pública

Previstas no artigo 27, inciso IV da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, as audiências públicas resultam da aplicação imediata dos princípios da publicidade e participação popular nos assuntos de relevância social.

Importante instrumento de colheita de opiniões técnicas e de ouvida dos anseios da sociedade, a audiência pública revela-se também como forma de controle da atuação estatal, pois possibilita o contato direto do membro do Ministério Público com a colectividade.

Possibilita, outrossim, que os órgãos estatais respondam directamente aos cidadãos os questionamentos por este formulados, além de servirem de meio, por intermédio do qual eles próprios apresentam e justificam à sociedade, de maneira directa e clara, as medidas que adoptou ou que pretende adoptar.

Por estas razões, a audiência pública é instrumento de instrução do Inquérito Civil que embasa o juízo de convicção do Promotor de Justiça de maneira singular, eis que propicia o debate de ideias antagônicas, favorecendo a colheita de elementos técnicos para subsidiar a investigação.

A partir da realização de audiências públicas ou antes mesmo ou sem a realização destas, pode decorrer a expedição de Recomendações, que nada mais são do que documentos emitidos pelos membros do Ministério Público que visam orientar e advertir sobre a necessidade de correção de irregularidades praticadas, cessão de ilicitudes verificadas ou suspensão destas.

8.3.3 Recomendação

Prevista no artigo 27, inciso IV da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), a Recomendação tem também sua previsão no artigo 15 da Resolução n. 23 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Desta forma, consoante dispõe o art. 27 da 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: I - pelos poderes estaduais ou municipais; II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta; III - pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; IV - por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.”

No parágrafo único do reportado artigo é disposto que,

“Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas; II - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos; III - dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I; IV - promover 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 respeito do instituto da Recomendação importa tratar-se da fundamentação adotada nesta, da necessidade de fixação de prazo para resposta e/ou adoção das providências cabíveis, nos termos do artigo 27 da LONMP.

Ressalte-se, também, o dever do destinatário em referência à divulgação adequada e imediata dos termos da Recomendação, conforme previsto no artigo 27 da LONMP.

A Recomendação, dado o seu carácter de natureza de orientação, sem poder coercitivo, pode ser enviada a órgãos legislativos, a fim de evitar lesão a direitos.

Lado outro, veda-se a expedição como medida substitutiva ao Termo de Ajustamento de Conduta ou à Ação Civil Pública, nos termos do artigo 15, parágrafo único da Resolução n. 23 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Assim, a mera expedição, sem cumprimento, por não resolver a questão, não dispensa o membro do Ministério Público do dever de diligenciar pela constituição de um título extrajudicial (TAC) ou judicial (ACP) em prol dos titulares dos direitos colectivos lesados ou ameaçados.

A expedição da Recomendação deve ser efectivada com parcimônia e bom senso, de modo a evitar a banalização ou desmoralização do instrumento, do membro que a expede e da Instituição. Com efeito, a sugestão de adopção de providências deve levar em consideração que sobreditas orientações não podem ser demasiado genéricas, pois importarão em mero conselho, não deverão ser também extremamente detalhados, a fim de não engessar a conduta do destinatário. Contudo, a recomendação deve conter orientações que, se não acatadas, possam viabilizar o acionamento judicial.

Com efeito, acaso não acatada a Recomendação, poderá o membro ministerial se valer do ajuizamento da ação civil pública cabível, de ação civil de nulidade, obrigação de fazer/não fazer ação de responsabilização por ato de improbidade, e/ou de ação penal, consoante a hipótese.

Ressai de importância que se garanta que o destinatário da Recomendação logrou tomar conhecimento do seu teor, para que se evite alegação de desconhecimento.

Desta forma, consoante pode ser extraído do Manual de Tutela Coletiva⁶⁵, a Recomendação pode servir para: resguardar a correta aplicação dos recursos públicos, alertando os responsáveis por sua liberação de possíveis irregularidades cometidas pelos destinatários de tais recursos e, assim, prevenindo responsabilidades; vincular as justificativas apresentadas pelo recomendado acerca da prática ou omissão administrativa, aos respectivos motivos determinantes, viabilizando o controle jurisdicional; impelir, estimular, embasar ou apoiar atos discricionários de agentes públicos que se encontram tendentes a realizá-los mas que, por quaisquer motivos (jurídicos, políticos ou administrativos) não o fazem; provocar o autocontrole de atos da administração pública, visto que, pelo princípio da autotutela, a Administração pode corrigir seus próprios erros (Súmula n. 473 – STF).

⁶⁵ Disponível na internet em <www.esmpu.gov.br> [Consult. 10 de maio de 2016]. Página da Escola Superior do Ministério Público da União, links: Biblioteca, Linha Editorial, Manuais de Atuação

Diga-se, por fim, que a Recomendação se presta a caracterizar o dolo, má-fé ou ciência da irregularidade para viabilizar futuras responsabilizações em que o elemento subjetivo é exigido (art. 11 da Lei n. 8.429/1992 ou crimes dolosos).

Nas hipóteses em que o destinatário acata os termos da Recomendação e sana a irregularidade, a suspende ou faz cessar, pode decorrer o arquivamento do Inquérito Civil. Contudo, hipóteses existem nas quais, mesmo após o acolhimento da Recomendação, necessária se afigura a celebração do compromisso de ajustamento de conduta, que deve ser reduzido a termo.

8.3.4 Compromisso de Ajustamento de Conduta

O compromisso de Ajustamento de Conduta tem sua previsão legal no art. 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública, literal:

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

O Compromisso de Ajustamento de Conduta detém de natureza jurídica de negócio jurídico (acordo de vontades), com as peculiaridades da indisponibilidade dos legitimados quanto ao direito e com eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 5º, §6º da Lei da Ação Civil Pública.

Desenham-se, destarte, os limites e possibilidades do Termo de Ajustamento de Conduta que deve se: “ajustar às exigências legais”, sem perder de vista a indisponibilidade do quanto disposto na lei e possibilidade de concretização do direito que urge ser tutelado.

A propósito, colhe-se no art. 14 da Resolução n. 23 do Conselho Nacional do Ministério Público que,

“Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.”

Deve-se ter em mente, que, para a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta, o método da negociação deve ser baseado em princípios que visem distinguir as pessoas do problema; focar nos interesses e não nas posições; abrir um leque de possibilidades antes de decidir o que fazer; guiar-se por critérios objetivos; seguir a ética.

Nesse ponto, em linha com o preconizado pelo Manual de Tutela Coletiva⁶⁶, se relevam as vantagens da atuação extraprocessual, pois propicia: informalidade (facilita apreensão da complexidade da matéria e oferece maior liberdade para construção da solução); rapidez (evita o trâmite processual e o debate em papel); satisfação e comprometimento das partes com a efetividade da solução construída/cumprimento espontâneo (como resultado do consenso) ; custo próximo ao zero, programação econômica e preservação da imagem (para empresas) ; reafirma a identidade de propósitos e depura interesses escusos (para entes públicos); controle da solução pelas partes (diversamente da via judicial); maior abertura para a participação da população interessada e da sociedade civil organizada na construção da solução (acréscimo de legitimidade) ; falta de coercibilidade; indisponibilidade quanto ao conteúdo positivado do direito e impossibilidade de afastar lei por inconstitucionalidade; indefinitividade por ausência de vinculação dos demais legitimados e inafastabilidade de controle judicial; ineficácia sobre lides individuais.

Portanto, conclui-se que o Termo de Ajustamento de Conduta, assinado pelo Ministério Público, visando a adequação de condutas de órgãos públicos aos preceitos legais, pode prever sanções em caso do descumprimento do ajuste, além de servir como título executivo extrajudicial, nos termos do art. 5º, parágrafo 6º, da Lei n. 7.347/85, encontrando sua legitimação jurídica no artigo 127 da Constituição Federal, vez que cabe ao *Parquet* exercer a defesa dos direitos assegurados na Constituição Federal perante os poderes constituídos, nos termos do artigo 27, inciso I, da Lei 8.625/93.

Quando, mesmo após o suposto acatamento da Recomendação, ou quando não acatada esta, ou ainda, quando o Compromisso de Ajustamento de Conduta é descumprido, e, ainda, quando a hipótese é de busca do Poder Judiciário, mesmo sem antes buscar-se os mecanismos da Recomendação ou do TAC, abre-se ensejo ao ajuizamento da Ação Civil Pública.

Equivalente ao ajustamento de conduta extrajudicial, admite-se a autocomposição judicial, quando já em curso a ação colectiva, o qual ocasionará a extinção do processo com exame de mérito, e suas consequências jurídicas, inclusive a formação da coisa julgada, bem como a produção de um título judicial.

⁶⁶ *Ob. Cit.*

Oportuno salientar que a autocomposição judicial se submete a todos os critérios de validade e existência para os Termos de Ajustamento de Conduta extrajudiciais, sendo sindicáveis pelo Poder Judiciário em relação a esses critérios.

Seja como for, é de curial importância consignar que, em nenhuma hipótese, pode ser admitida a renúncia do direito em que se funda a ação em sede de ação colectiva, embora seja possível o reconhecimento da procedência do pedido em demandas dessa natureza.

8.4 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O art. 129 inciso III da Constituição Federal relaciona entre as funções institucionais do Ministério Público a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para protecção do património público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Lado outro, sabe-se que o direito processual colectivo deve ser tratado como um ramo autónomo do direito processual, não sendo correto tratá-lo como parte integrante do direito processual civil.

Como afirma uma das mais importantes estudiosas da ciência processual, o Direito Processual Coletivo conta “com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.”⁶⁷

Especificamente em relação à ação de improbidade administrativa destina-se essa à protecção da probidade administrativa, do património público, direito metindivíduo, protegido constitucionalmente, compatível com sistema processual de tutela coletiva.

Afirmado o carácter colectivo da ação civil pública, “não pode haver dúvida quanto a um ponto: no silêncio da lei específica, terão de ser aplicadas as regras e princípios de direito processual colectivo e, apenas no caso de tampouco estes serem insuficientes para a integração de eventuais lacunas, será possível solucionar as questões pendentes pela aplicação do sistema processual civil, típico dos processos individuais, já que o direito processual civil ainda actua como uma espécie de “direito processual comum”, subsidiariamente aplicável aos demais.”⁶⁸

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, “**Direito processual colectivo**”, in Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord.), Tutela coletiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 308.

⁶⁸ CARVALHO, Gabriela Torres de. Disponível na internet em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n2_2014/pdf/GabrielaTorresdeCarvalho.pdf> **As Especificidades do Devido Processo Legal nas Ações de Improbidade**. [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018].

Assim, cumpre ressaltar, em linha com objectivo desse trabalho, que a Ação Civil Pública pode ser manejada para responsabilizar o agente público pela prática de Ato de Improbidade Administrativa, se enquadrando também no microssistema processual de tutela colectiva, servindo ainda a Ação Civil Pública à protecção do património público e da moralidade administrativa, nos termos do art. 1º da Lei n. 7.347/85.

Cumpra relevar ainda que a Lei Federal n. 8.429/92 defere ao *Parquet*, expressamente, no seu art. 17, a Ação Civil Pública para proteger o património público, a legalidade e a moralidade administrativas.

8.5 CONSENSUALIDADE NO DIREITO SANCIONADOR

A consensualidade no Direito Sancionador sempre foi terreno jurídico árido à uniformização de entendimento, dado o viés de retribuição ínsito à natureza jurídica dos ramos do Direito que preveem sanções, penas e reprimendas ao agente que pratica determinado ato ilícito.

A punição em sede de Direito Sancionador qualifica a necessidade de resposta estatal a determinada conduta havida por reprovável perante o ordenamento jurídico, se revelando essa conduta, não raras vezes, socialmente recriminada de maneira relevante, por atingir bens de valor ou de abrangência sociais destacados.

Desta forma, distinguem-se as vantagens da consensualidade no direito sancionador: por “ser uma alternativa à investigação direta, nem sempre exitosa; estimula o retorno do infrator ao plano da juridicidade; abrevia o curso do processo sancionador; coloca em permanente risco aqueles que pratiquem os ilícitos em grupo, já que um dos infratores pode sempre decidir colaborar com as autoridades, sendo “elemento desestabilizador” da ilicitude.”⁶⁹

Contudo, o próprio Direito Penal, no Brasil, notadamente com a publicação da Lei 9099/95, que permitiu a realização de transações penais, vem abrandando o entendimento da inflexibilidade decorrente do carácter jurídico do Direito Sancionador, o que, com a evolução da doutrina a respeito da aplicação das sanções aos atos de improbidade, também vem se estendendo à Lei de Improbidade Administrativa.

8.6 DA TRANSAÇÃO, ACORDO OU CONCILIAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Sabe-se que, conforme era previsto no artigo 17, parágrafo primeiro da Lei de Improbidade Administrativa, em razão da vedação à transação, acordo ou conciliação, o ajuizamento de acções perante o Poder Judiciário, a respeito das condutas ímprobas de agentes públicos e políticos, foi o caminho juridicamente viável ao Ministério Público, e demais co-legitimados, para obter o reconhecimento judicial da prática do ato, e, sobretudo, para lograr o reconhecimento judicial das sanções previstas no mencionado diploma legal.

⁶⁹ GARCIA, Émerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992**, [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018]. Disponível na internet em <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>

Ocorre que a já noticiada, em tópico anterior, sobrecarga do Poder Judiciário com as demandas de natureza individual e colectiva, também se fez sentir na pouca e insuficiente resposta jurisdicional às acções ajuizadas em sede de combate à improbidade administrativa.

Não por outra razão, o próprio Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle externo do Poder Judiciário Brasileiro, passou a estabelecer metas de julgamentos dos referidos processos judiciais, sem, contudo, lograr êxito nesse desiderato.

Neste contexto fático, os adeptos da possibilidade de efectivação de transação com autores da pratica de atos de improbidade administrativa passaram a argumentar, com maior legitimidade, a necessidade de que acordos nessa seara fossem efectivados, inicialmente sustentando a possibilidade de quando se tratasse da prática de atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo, reconhecendo-se, após, que o acesso à Justiça, por intermédio de um dos seus atores, no caso o Ministério Público, na estrita defesa de um interesse jurídico de relevância social – a defesa do património público – precisava ser garantido, já que o Poder Judiciário, em virtude de diversas variantes, inclusive a complexidade jurídica e o rito processual distendido previsto na Lei de Improbidade Administrativa, não havia logrado se desincumbir do seu ônus estatal de entrega da prestação jurisdicional.

Em verdade, quando da publicação da Lei 8429/92, a tônica no ordenamento jurídico pátrio, era a impossibilidade de admissão de consensualidade no Direito Sancionador.

Contudo, com o passar do tempo, como já salientado, possibilitou-se a inclusão de institutos no Direito Penal, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, ambos por intermédio da Lei 9099/95, a colaboração premiada (Lei 12.850/2013) e os acordos de leniência (Lei 12.846/2013).

A colaboração premiada é instituto pertencente ao que, doutrinariamente, se convencionou chamar de “direito premial”, o qual prevê benefícios para aqueles acusados ou investigados que colaborarem com a atuação do Poder Judiciário, seja delatando outros sujeitos envolvidos no cometimento do ilícito, seja disponibilizando novas informações ou provas para a apuração do crime.

Embora haja evidentes previsões de institutos semelhantes anteriormente, a colaboração premiada foi prevista detalhadamente no ordenamento jurídico brasileiro somente na Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/ 2013), prevendo, para tanto, o procedimento completo aplicável ao instituto. Ressalte-se, inclusive, que a referida lei atribuiu a nomenclatura de Colaboração Premiada como oficial, posto que o referido acordo nem

sempre resultará em uma delação.

“Assim, pode-se conceituar a colaboração premiada como um instrumento previsto na legislação por meio do qual um investigado ou acusado da prática de infração penal decide confessar o envolvimento no delito, além disso, aceita contribuir com a investigação ou com o processo criminal, fornecendo informações que irão ajudar, de forma efetiva para caracterizar a seu benefício, na obtenção de provas contra os demais autores dos delitos e contra a organização criminosa.”⁷⁰

Em contrapartida, dispõe o artigo 4º da Lei 12.850/2013, literal:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:”

O aproveitamento da colaboração premiada como prova emprestada em sede de improbidade administrativa atende à concretização dos princípios da economia e celeridade processuais, uma vez que a partir desta poderiam ser desenvolvidos atos instrutórios que visassem à produção de provas abalizadas, potencializadas em razão das informações concedidas pelo acordo de colaboração premiada.

Vê-se, portanto, a aplicação da lógica do *custo-benefício*, máxima intrínseca ao consagrado princípio da economia processual, de inegável destaque em sede de processo civil.

Assim, alguns acordos de colaboração premiada, como o do Ministério Público Federal em Curitiba/Paraná, na Operação Lava Jacto, já preveem as repercussões do acordo em outras searas, inclusive a de improbidade administrativa, valendo transcrever o texto pertinente de um desses acordos:

“2. O interesse público é atendido com a presente proposta tendo em vista a necessidade de conferir efetividade à persecução criminal de outros suspeitos e réus e ampliar e aprofundar, em todo o País, as investigações em torno de crimes... (por

⁷⁰ SILVA NETO, Jose Francisco da. SILVA, Ramon Rodrigues. Disponível na internet em <<https://netoesimone.jusbrasil.com.br/artigos/745431107/colaboracao-premiada-como-e-implantada>> **Colaboração Premiada como é implantada.** [em linha]. [consult. em 26 de dezembro de 2019].

exemplo: crimes contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional, contra a ordem tributária, crimes de lavagem de dinheiro...), inclusive no que diz respeito à repercussão desses ilícitos penais na esfera cível (atos de improbidade administrativa), tributária e disciplinar.”

A partir desses termos de colaboração premiada efetivados, é possível a outros órgãos de atuação do Ministério Público, inclusive de ramos distintos, solicitar a adesão ao termo de colaboração premiada, de modo a obter o manancial probatório nesse produzido, com o objetivo de desdobramento das investigações, mas já não podendo, caso esteja previsto no termo respectivo, pedir condenação dos colaboradores nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa, embora possa tecnicamente acioná-los.

Já em relação aos acordos de leniência, previu a Lei 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, a “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (art.1º).

Nos seus artigos 16 e 17 regula o nominado “acordo de leniência”, negócio jurídico de eficácia complexa.

Conjugando o referido diploma legal com a lei de improbidade administrativa, admite-se o acordo de leniência como negócio típico em sede de apurações dessa natureza, reafirmando a possibilidade de acordos nessa matéria.⁷¹

Todos esses institutos jurídicos, previstos em suas respectivas leis, demonstram a intenção do legislador brasileiro em flexibilizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal e ampliar as possibilidades de negociação com os autores de ilícitos penais.

Admitindo que as sanções em sede penal são mais gravosas do que as previstas em sede de improbidade administrativa, não se apresenta razoável, nem proporcional, que as possibilidades de negociação com o autor do delito, legalmente previstas, não possam ser aproveitadas em relação aos autores de atos de improbidade administrativa.

A probidade administrativa, sabe-se, é o bem jurídico tutelado pela Lei 8429/92, direito difuso de natureza indisponível. Contudo, a pretensão punitiva estatal também o é. Não obstante, como acima demonstrado, a adequação da utilização dos mecanismos jurídicos de negociação legalmente previstos para a área de combate a ilícitos penais também na área de combate à improbidade administrativa.

Nesse ponto abre-se o questionamento sobre serem os direitos fundamentais efectivamente indisponíveis. A indisponibilidade de tais direitos realmente assegura o

⁷¹ CABRAL, Antônio do Passo. **A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais**, In Cabral, Antônio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique Pedrosa (coord). Negócios Processuais. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 547

interesse social ou do indivíduo isoladamente considerado? Ou a primazia doutrinária desse conceito de indisponibilidade de direitos transindividuais e individuais acaba por enfeixar a atuação estatal, causando ela própria uma violação constitucional? Ou seriam esses direitos fundamentais, em verdade, disponíveis, *prima facie*, como apregoa Robert Alexy?

Nesta ordem de idéias, mitigar a vedação contida no artigo 17 da Lei 8429/92, transformou-se em uma caminho para imprimir efetividade à atuação na seara de combate à improbidade administrativa, por propiciar a adoção de medidas eficazes e implementáveis, sem os gastos com o processo judicial, e com a garantia do imediato ressarcimento ao erário e perdimento de bens do autor do ato improprio, buscando também evoluir para que as negociações havidas em sede de combate à improbidade incluam as demais sanções previstas no referido diploma legal.

Nesse mesmo cenário, surgiram diplomas legais que abrandaram a possibilidade de realização de acordos quando em discussão valores decorrentes de lesão ao erário, a exemplo da Lei da Mediação, Lei 13.140/2015.

Surgiram, então, esparsas Resoluções editadas por Conselhos Superiores do Ministério Público de alguns estados da Federação Brasileira, até que, quando ainda em curso essa dissertação, em 26 de julho de 2017, veio o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício da competência fixada no art. 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, com fundamento nos arts. 147 e seguintes de seu Regimento Interno, e na decisão plenária proferida nos autos da Proposição nº 0.00.000.000659/2014-70, julgada na 14ª Sessão Ordinária, realizada no dia 26 de julho de 2017, por intermédio da Resolução 179, que regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta, normatizar sobre o tema, destacando-se a seguir os considerandos, que se traduzem na exposição de motivo para elaboração e edição da citada resolução, e principais artigos da referida normativa, conforme abaixo se destaca, fazendo-se, em seguida a cada item recortado da reportada Resolução, breves considerações a respeito:

(...)

“Considerando a acentuada utilidade do compromisso de ajustamento de conduta como instrumento de redução da litigiosidade, visto que evita a judicialização por meio da autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público e, por consequência, contribui decisivamente para o acesso à justiça em sua visão contemporânea;”

Sabe-se que a utilização do Termo de Ajustamento de Conduta, como instrumento jurídico que reflete a negociação procedida pelo Ministério Público, já vem sendo utilizado há cerca de três décadas, nas diversas áreas de atuação do *Parquet*, como meio-ambiente, consumidor, saúde, educação, infância e adolescência, deficiente e idoso, defesa do património público, embora de maneira restrita, haja vista a impossibilidade de ser utilizado em sede de prática de atos de improbidade administrativa, diante da vedação que existia no artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

De ver-se, assim, que, em linha com diversos tópicos que foram objecto desse trabalho, acima explicitados, de inegável eficácia e eficiência, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é instrumento jurídico que vem desafogando o Poder Judiciário de demandas de natureza colectiva, por reduzir a litigiosidade e também por propiciar a autocomposição dos conflitos e controvérsias, já retro explicitada, evitando-se, destarte, a judicialização, já que, nos termos da Lei da Ação Civil Pública, que o prevê, o TAC celebrado detém eficácia de título executivo extrajudicial.

O Termo de Ajustamento de Conduta revela, assim, como instrumento extraprocessual capaz de evitar o ajuizamento de demandas judiciais, mediante celebração de acordo de vontades, no interesse de todos os envolvidos no pacto, de modo a propiciar a resolução celére, efetiva e implementável da solução da controvérsia, adaptando às reais necessidades dos acordantes. Desta forma, não se pode negar que o TAC mitiga a obrigatoriedade do ajuizamento da Ação Civil Pública, o qual cede diante da indisponibilidade do interesse das partes celebrantes do TAC, de modo a que obtenha um resultado útil para todos os envolvidos.⁷²

Desta maneira, como assaz abordado em linhas pretéritas, logra-se reconhecimento de relevante papel ao Ministério Público como ator do sistema de Justiça, propiciador da pacificação social.

“Considerando a conveniência institucional de estimular a atuação resolutiva e proactiva dos membros do Ministério Público para promoção da justiça e redução da litigiosidade;”

⁷² GARCIA, Émerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992**, [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018]. Disponível na internet em <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>

A respeito desse considerando, como também já delineado anteriormente, importante ressaltar que a atuação do Ministério Público, que o papel resolutivo do *Parquet* é reflexo do novo perfil constitucional concebido a essa instituição, na Constituição de 1988, em contraposição ao seu desenho anterior, de natureza eminentemente demandista.

“Considerando a necessidade de uniformizar a atuação do Ministério Público em relação ao compromisso de ajustamento de conduta como garantia da sociedade, sem prejuízo da preservação da independência funcional assegurada constitucionalmente a seus membros;”

O Termo de Ajustamento de Conduta inobstante possa ser utilizado pelo Ministério Público para resolução extrajudicial de conflitos de relevância social, deve este ater-se aos parâmetros uniformes da atuação ministerial sobre a espécie, urgindo o estabelecimento de balizas jurídicas que, embora não aviltem a independência funcional, servirão de referencial jurídico para a atuação funcional.

“Considerando, por fim, que os direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados, são direitos fundamentais da sociedade (Título II, Capítulo I, da Constituição da República), incumbindo ao Ministério Público a sua defesa, judicial ou extrajudicialmente, nos termos dos arts. 127, *caput* e 129, da Constituição da República,”

Também em linha com o contexto de conceitos jurídicos entrelaçados nessa dissertação, a defesa dos direitos fundamentais, com sua elevada representatividade social, exsurge de importância na atuação do Ministério Público, dada a incumbência que o constituinte de 88 outorgou à referida instituição, desincumbindo-se dessa missão por atuação judicial e extrajudicial.

Na sequência, apresentam-se os artigos da reportada Resolução, os quais dispõem:

“Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.”

No âmbito de atribuição do Ministério Público, conforme preconizam os arts. 127, caput e 129, III da Constituição Federal de 1988, que incumbe ao órgão ministerial a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como a protecção de interesses difusos e colectivos. Com efeito, tem-se na conceituação, em linha com o preconizado no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor do Brasil (Lei 8.070/90), que fornece a conceituação básica sobre tais direitos, em seu artigo 81, no seu parágrafo único, literal, ao dispor que:

“Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos colectivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Por sua vez, direitos individuais indisponíveis ou direitos subjetivos indisponíveis, à luz do Direito Constitucional, confundem-se com os direitos fundamentais insertos no Título II da Magna Carta, ligados essencialmente à sobrevivência do homem em sociedade, não podendo, portanto, ser objecto de renúncia.

Lado outro, apesar de, em determinados casos, bem específicos, a Doutrina e a Jurisprudência reconhecerem a legitimidade do Ministério Público, quando em jogo interesse individuais homogêneos, é necessário que tenham relevância social e que não sejam passíveis de transação, como preconizam os julgados da mais Alta Corte Nacional sobre o tema em questão:

“O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.”⁷³

O art. 21 da Lei nº 7.345, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei nº 8.078/90), estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e 'direitos individuais homogêneos', legitimando o MP, extraordinariamente e como

⁷³ RF 340/251, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito

substituto processual, para exercitá-la (art. 81, parágrafo único, III, da L. nº 8.078/90).”⁷⁴

Portanto, como acima explicado, não detém o Ministério Público legitimidade para negociar com direitos ou interesses individuais disponíveis ou individuais homogêneos sem relevância social.

“§ 1º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.”

A respeito desse parágrafo primeiro, importante observar que o Ministério Público, embora parte legítima a negociar em sede de Termo de Ajustamento de Conduta, não é o *Parquet* o titular dos direitos e interesses subjetivos que titulariza, pois são estes, em verdade, direitos fundamentais de relevância social, pertencentes, portanto, à sociedade que se faz representar por intermédio da atuação do MP.

“§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.”

Essa a grande novidade introduzida pela referida Resolução, pois, em tese, sobredito paragrafo segundo contrariava, então, o disposto no artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa. Contudo, como pontuado em linhas anteriores e se pretende reafirmar na sequência, a necessidade de que o Ministério Público passasse a fazer negociação também em sede de improbidade administrativa decorreu de uma necessidade patente de densificar a resposta do sistema de Justiça nessa área, dada a ineficiência do Poder Judiciário para dar resposta jurisdicional às inúmeras ações civis públicas por ato de improbidade administrativa

⁷⁴ RF 331/230, Rel. Min. Demócrito Reinaldo

que eram ajuizadas anualmente, ao longo de mais de duas décadas e meia da publicação da LIA. (Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8429/92).

“§ 3º A celebração do compromisso de ajustamento de conduta com o Ministério Público não afasta, necessariamente, a eventual responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato, nem importa, automaticamente, no reconhecimento de responsabilidade para outros fins que não os estabelecidos expressamente no compromisso.”

Como assaz ressaltado nesse trabalho anteriormente, as instâncias administrativa, civil e penal são distintas, exceptuando-se à temática relativa à prova.

Portanto, as sanções previstas em relação ao enquadramento típico da mesma conduta nas referidas esferas se revelam distintas, não se comunicando, e são de responsabilidade directamente do Poder Judiciário (aspecto penal), dos atores do sistema de Justiça (aspecto civil) e da própria Administração Pública (aspecto administrativo).

Os demais artigos da Resolução 179/2017⁷⁵ disciplinam a maneira de implementação do Termo de Ajustamento de Conduta, oferecendo referenciais jurídicos e metodológicos para sua efectivação.

Embora tecnicamente possa se admitir a evolução jurídica que a publicação da citada Resolução trouxe para as negociações subsidiadas na atuação do Ministério Público, os entreves à sua implementação se fazem sentir notadamente por parte dos operadores do Direito que se apegavam à anterior redação do artigo 17, parágrafo primeiro da Lei de Improbidade Administrativa para negar a possibilidade de que seja prevista negociação sobre conduta relacionada à prática de ato de improbidade administrativa.

Assim, não obstante a previsão inserta no artigo 13 da reportada Resolução 179/2017, no sentido de que – “Art. 13. Cada ramo do Ministério Público adequará seus atos normativos que tratem sobre o compromisso de ajustamento de conduta aos termos da presente Resolução no prazo de cento e oitenta dias, a contar de sua entrada em vigor” – fato é que nem todos os ramos do Ministério Público Brasileiro, não obstante transcorrido o referido prazo, editaram sobreditos atos.

75

Em verdade, existem Conselhos Superiores que negam a possibilidade de realização de Termo de Ajustamento de Conduta na seara de improbidade administrativa, mesmo após a Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público a prever.

Outro entrave que se vislumbra na implantação do reportado TAC, na área de combate à improbidade administrativa, é a possibilidade de que outros co-legitimados a propositura da ação civil pública pela prática do ato de improbidade administrativa, questionem o referido TAC em Juízo, trazendo insegurança jurídica.

Com efeito, não é prevista a necessidade de homologação judicial na reportada Resolução 179/2017, o que seria aconselhável em nome do controle da legalidade do ato e para que se evitem questionamentos indevidos por parte de co-legitimados, enfraquecendo, ao fim e ao cabo, o instituto.

Outro obstáculo que se impõe à implementação do TAC na área de improbidade é de natureza subjectiva, relacionado ao não julgamento de acções pelo Poder Judiciário, o que desestimularia o investigado a celebrar o TAC.

Ocorre que, notadamente em casos de atos de improbidade administrativa que resultam em prejuízo ou erário ou enriquecimento ilícito, sabe-se que o investigado teme a indisponibilidade liminar de bens, a qual vem sendo acatada sem restrições pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal no Brasil. A constrição financeira de sede inaugural afigura-se assim como um bom estímulo para que o investigado reflita sobre a conveniência e oportunidade da celebração do TAC na área de combate à improbidade administrativa com o MP.

Lado outro, existe opinião doutrinária que negava a possibilidade de negócio jurídico em sede de improbidade administrativa, caso este visasse “elidir a aplicação das sanções a que está sujeito” o autor do ato de improbidade administrativa, diante da alegada impossibilidade de se negociar com direitos ou interesses indisponíveis, fundamentando-se na impossibilidade então prevista no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade), o qual proíbe, de maneira literal, a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade. Assim, segundo essa linha de entendimento, a celebração do termo de ajustamento de conduta não é vedado. O que não se pode é transigir com as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa, excetuando-se a possibilidade de “reparação do dano ou à perda dos bens adquiridos ilicitamente”, o que não representaria ofensa à Lei nº 8.429/1992. Esse o exame que se faz parafraseando Émerson Garcia.⁷⁶

⁷⁶ GARCIA, Émerson. *Ob. Cit.*

Na sequência, ainda em linha com esse entendimento do referido autor, a justificativa reside na certeza de “a reparação dos danos e a perda de bens não são tecnicamente sanções”, ao contrário da multa, da proibição de contratar e de receber incentivos, da perda da função e da suspensão dos direitos políticos, sendo possível admitir que a multa, diante do seu conteúdo meramente patrimonial, e a perda da função, por se tratar de ato de disponibilidade de vínculo, poderiam também ser objeto de TAC.

Com outro entendimento, sustenta Eduardo Sens dos Santos⁷⁷, que a vedação então constante no artigo 17, parágrafo único da Lei de Improbidade Administrativa, relacionado à impossibilidade de transação, acordo ou conciliação em sede de prática de ato de improbidade, apenas se aplica às “ações” já propostas, e não à fase extrajudicial, anterior, portanto, ao ajuizamento da ação.

Nesta ordem de ideias, possível seria celebrar Termo de Ajustamento de Conduta na área de improbidade, se ainda não aforada a respectiva ação de improbidade.

Nesse ponto, importante lembrar o disposto no parágrafo segundo do artigo 1º da Resolução 179/2017, segundo o qual é cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

A simples leitura do referido artigo demonstra que o Conselho Nacional do Ministério Público se esquivou de disciplinar, de maneira pormenorizada, os parâmetros de utilização do TAC em sede de improbidade, não excluindo a possibilidade de aplicação de sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

A aplicação desse artigo traz forte carga de controvérsia doutrinária, notadamente ao se examinar a existência de sanções que dizem respeito à suspensão de direitos políticos, os quais demandariam a intervenção do Poder Judiciário para sua efetivação, por se tratar de direito fundamental, portanto, indisponível. De igual modo, a sanção de proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público independe da vontade do autor do ato improprio e não sendo a negociação firmada nesse sentido oponível à Administração Pública que dela não participou.

De ver-se, assim, que a aplicação da referida Resolução 179/2017, notadamente em relações à celebração de ajustamentos de conduta em sede de prática de atos de improbidade

⁷⁷ SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em Improbidade Administrativa**, [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018]. Disponível na internet em < <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf> >

administrativa, embora seja de inegável importância para o combate da cultura da impunidade nessa seara, especialmente quando se considera que a ineficiência na fase de execução dessas ações para obter o devido ressarcimento ao erário, ainda é objecto de questionamentos em relação à sua adequação ao ordenamento jurídico da previsão contida no parágrafo único do artigo 1º da reportada Resolução.

Contudo, não se questiona a extrema importância da previsão contida nesse mesmo parágrafo segundo do artigo 1º da referida Resolução, haja vista o elevado grau de efectividade, em sede de consensualidade no Direito sancionador que encerra, pois possibilita a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa, para além do simples ressarcimento ao erário ou perdimento de bens pelo autor do ato ímprobo.

A previsão sob enfoque, portanto, em conformidade com toda a linha argumentativa desenvolvida nesse trabalho, por privilegiar a efectivação da defesa da probidade administrativa de maneira consensuada, mesmo que em sede sancionatória, de maneira eficaz e implementável, possibilitando que o sentimento de impunidade se desfaça no meio social e garantindo a certeza de que a reprimenda ao ato ímprobo possa ser obtida de maneira célere, é uma inegável avanço para os membros do Ministério Público que actuam nessa árida seara, e uma alento para que, com os valores obtidos em decorrência desses compromisso de ajustamento de conduta, se possa efectivar uma gama de direitos fundamentais e sociais, os quais esperam a devida atenção estatal para implementação de políticas públicas que garantam a sua concretização.

Fato é que, após decorrido lapso temporal, mas ainda quando da revisão desse trabalho de dissertação, veio a ser publicada a denominada Lei Anticrime (Lei 13.964/2019) no Brasil, a qual dispõe expressamente sobre a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei, procedendo à alteração no artigo 17 da Lei 8429/92, Lei de Improbidade Administrativa, legitimando os termos da Resolução 179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, no que tange à possibilidade de realização de ajuste visando a não persecução cível, mesmo quando verificada a ocorrência de prática de improbidade administrativa, bem como o não prosseguimento da ação civil pública por ato de improbidade ajuizada, abortando a continuidade da persecução no âmbito jurisdicional.

A Lei nova, de repercussão ampla, por abranger também o acordo de não persecução no âmbito penal, é matéria palpitante e nova, que vem movimentando o meio jurídico nacional, com diversos questionamentos sobre a sua efetiva aplicação, requisitos, limites,

extensão e alcance, ressaltando o empoderamento institucional que essa Lei conferiu ao Ministério Público Brasileiro.

Destarte, constata-se que publicação da referida Lei Anticrime é o ápice de todo o movimento jurídico e normativo identificado nessa dissertação, legitimando o que aqui fora escrito, pois esta salientou, de maneira contemporânea, os entraves do Poder Judiciário em absorver e resolver os conflitos intersubjetivos de interesses postos à sua apreciação, como também pontou o papel de protagonismo do Ministério Público do Brasil na resolução extrajudicial consensuada de conflitos, como integrante do Sistema de Justiça, e possibilitador do acesso à Justiça.

Com efeito, não obstante todo o caminho doutrinário e jurisprudencial que ora se trilhava no sentido de assegurar a possibilidade de acordo em sede de improbidade administrativa, a edição da reportada Lei foi capaz de conferir a necessária segurança jurídica para a atuação.

Em outros termos, em que pese existir a normatização permissiva da realização do ajuste, com a edição da Resolução 179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, a efetivação de sobreditos acordos carecia de disciplinamento legal em sentido estrito, o que antes possibilitava questionamentos sobre a efetiva legalidade dos ajustes firmados. Contudo, com a edição da Lei 13.964/2019, a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível ou, ainda, o de não continuidade da ação de improbidade, se já ajuizada, é uma realidade legal nova, desafiadora e de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Ao fim desse trabalho, algumas constatações se apresentam. A atuação resolutiva extrajudicial do Ministério Público vem se aprimorando de modo a garantir a pacificação social, por intermédio da cessação da conflitualidade estabelecida, revelando-se de importância singular quando em disputa interesses difusos ou colectivos, cuja tutela lhe foi deferida em sede constitucional, daí a legitimidade e imprescindibilidade do seu protagonismo.

Identificada a eficiência dessa atuação extrajudicial, e compreendido que essa atuação também pode ser eficaz na resolução judicial de conflitos, o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP passou a orientar e disciplinar essas actuações, por intermédio de Manuais de Atuação e Resoluções, os quais serviram de parâmetro e subsídio para a atuação ministerial.

Do que se buscou desenvolver nesse trabalho, ressaí a certeza de que a atuação resolutiva extrajudicial do Ministério Público na defesa do património público se revela de importância singular, pois garante de maneira efectiva o retorno de recursos públicos para a consecução de direitos fundamentais sociais e a implementação de políticas públicas que visem assegurá-los.

Lado outro, observou-se que, em outros países estudados, o Ministério Público não goza dos direitos e prerrogativas que detém no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual a sua atuação extrajudicial na resolução de conflitos se apresenta tímida, notadamente pela vinculação em maior ou menor medida ao Poder Executivo.

Assim, em linha com o descortinado por esse trabalho, identifica-se que, embora ainda com sua atuação em desenvolvimento, o Ministério Público brasileiro, por sua autonomia institucional e em razão da independência funcional dos seus membros, em que pesem as limitações decorrentes da objectivação da lei na realidade, pode ser visto como o protagonista também do modelo que visa a concretização do terceiro estágio de acesso à Justiça, por intermédio da sua atuação extrajudicial resolutiva.

Desse modo, restabelece-se a legitimidade democrática nos órgãos do sistema de Justiça, através da pacificação social que soluciona, de maneira eficaz, eficiente e implementável a conflituosidade existente no seio social.

Assim, como já salientado na introdução desse trabalho, a defesa do património público desperta o interesse mundial, pois se vincula à possibilidade de efectivação de direitos fundamentais, na medida em que uso adequado ou a utilização lícita de recursos públicos refeltem directamente na efectivação de direitos fundamentais, pois possibilitam que o estado efective políticas públicas de interesse social.

Desta forma, como aduzido, a maneira pela qual se efectiva a utilização de determinado recurso orçamentário interessa a toda sociedade e demanda que se verifique em que medida o património público é violentado por condutas de agentes públicos e políticos que, ignorando os anseios sociais, direccionam suas acções na dilapidação ilícita do erário.

Nesta ordem de ideias, constata-se que essa dissertação cumpriu sua finalidade de explicar os direitos fundamentais, como estes estão dispostos normativamente, qual o conteúdo do regramento que ampara a atuação judicial e extrajudicial na resolução de conflitos, como se efectiva a atuação de atores do Sistema de Justiça, notadamente o Ministério Público, com especial destaque para a atuação ministerial no Brasil, especialmente na defesa do património público.

Cumpriu-se também o desiderato de explicar quais as bases normativas que sustentam a atuação do Ministério Público na resolução extrajudicial de conflitos com destaque na defesa do património público, por intermédio de mecanismos jurídicos que revelam a efectividade da atuação e demonstram efectividade, celeridade e eficiência.

Ademais, identificou-se a efectiva existência da denominada crise da judicialização a qual possibilitou a necessidade de atuação de outros atores do sistema de Justiça, dentre estes se destacando a atuação do Ministério Público, como protagonista na resolução extrajudicial de conflitos que visa garantir a implementação desses direitos fundamentais, notadamente em virtude do seu papel resolutivo na defesa do património público.

Por fim, a edição da Lei Anticrime (Lei 13.964/2019) conferiu ampla legitimidade a tudo que fora escrito nesse trabalho de dissertação, demonstrando a sintonia dos argumentos apresentados com a actualidade dos fatos e do tema, que agora se volta a uma etapa ainda mais desafiante e inquietante, haja vista o poder pleno de ação conferido ao Ministério Público para tabular esses acordos de não persecução na área cível ou de não continuidade da ação já ajuziada, inclusive de improbidade administrativa, uma vez que a referida lei não fixou parâmetros nem requisitos para a atuação do *Parquet* nesses casos, restando aos órgãos competentes da Instituição disciplinar a maneira mais adequada dessa atuação, de modo a conferir segurança jurídica às partes envolvidas no ajuste.

Contudo, não se pode negar que a referida alteração legislativa verificada, amplificou a atividade do Ministério Público, fortalecendo ainda mais a sua atuação na defesa do patrimônio público, inclusive, bem como qualificou a sua representatividade legal e social, reforçando a certeza da distinção dessa Instituição autônoma e independente no ordenamento jurídico brasileiro e do seu vital papel na concretização de direitos fundamentais, mediante uma atuação eficiente, justa, adequada e implementável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, ISBN 8574208728.

BARAZAL, Marcelo. **O novo perfil constitucional do ministério público e suas investigações**. In: Jusbrasil,. Disponível na internet em <<https://marcelobarazal2.jusbrasil.com.br/artigos/121943451/o-novo-perfil-constitucional-do-ministerio-publico-e-suas-investigacoes>> [em linha]. Act. 2013. [consult. em 26 de março de 2018].

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª edição - 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, ISBN 978-85-02-22804-7.

BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, ISBN 85-352-1561-1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, ISBN 8574207551.

BOSCO, Maria Goretti Dal, **Discrecionariade em Políticas Públicas:Um Olhar Garantista da Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa**, Curitiba: Juruá Editora, 2008, ISBN 978-85-362-1519-8.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Negociação e Mediação para membros do Ministério Público**. 2º ed. Brasília, 2015. Disponível na internet em <www.cnmp.mp.br/portal.../manual_mediacao_negociacao_membros_mp_2_edicao.pdf,> Manual de Mediação e Negociação para Membros do Ministério Público [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018].

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [consult. em 26 de março de 2018]. Disponível na internet em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. Código de Processo Civil Brasileiro em vigor. [consultado em 10 de maio de 2016] . Disponível na Internet em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

_____. Lei 8429/92. [consult. 25 Out. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm.

_____. Lei 7347/85. [consult. 10 Mai. 2016]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7347-24-julho-1985-356939-publicacaooriginal-1-pl.html>

_____. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93). . [consult. 10 Mai. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm.

_____. Resolução n. 23, de 17 de setembro de 2017 DO Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil. [consult. 25 Outubro 2019]. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-0231.pdf>.

_____. Lei 12.850/2013. [consult. em 26 de dezembro de 2019]. Disponível na internet em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

CABRAL, Antônio do Passo. **A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais**, In Cabral, Antônio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

CAMARGO, Daniel Marques. **Jurisdição Crítica e Direitos Fundamentais**. 2ª edição, atualizada, revisada e ampliada. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010. ISBN 978-85-60520 – 49 – 7

CARVALHO, Gabriela Torres de. Disponível na internet em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n2_2014/pdf/GabrielaTorresdeCarvalho.pdf> **As Especificidades do Devido Processo Legal nas Ações de Improbidade**. [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018].

CASTILHO, Ricardo - **Direitos Humanos**. 2a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, ISBN 9788502158771.

CLUNY, António. O Ministério Público e o Princípio Constitucional de Igualdade. **Cadernos da Revista do Ministério Público**, Lisboa, n.10 (2000).

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais – Teoria e Prática**. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2014, ISBN 978-85-203-5237-3

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

GARCIA, Émerson - **A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992**. [Em linha]. [Consult. 10 março de 2018]. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>>.

_____. **O Poder Normativo Primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: A Gênese de um Equívoco**, [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018]. Disponível na internet em < <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/491-poder-normativo-primario-dos-conselhos-nacionais-do-ministerio-publico-e-de-justica-a-genese-de-um-equivoco.html>>.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Volume I. 6ª ed. rev. E atualizada, Coimbra: Edições Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-6796-7.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Volume II. 6ª ed. rev. E atualizada, Coimbra: Edições Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-6795-4.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **Direito Processual Coletivo**, in Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord.), **Tutela coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

HONESKO, Raquel Schlommer - Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In **Direitos Fundamentais e Cidadania**. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo: Método, 2008.

MAIA, Rodrigo de Almeida. Disponível na internet em < <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/634-951.pdf>> **Em Nome da Sociedade: O Ministério Público nos Sistemas Constitucionais do Brasil e de Portugal** [em linha]. Act. 2015. [consult. em 26 de março de 2018].

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, **Proibidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, ISBN 8502032089.

MEIRELES, José Dilermano. Ministério Público – sua gênese e sua história. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 84, out.-dez./1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Controle Judicial dos Atos Administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 152, p. 2, 1983, e-ISSN: 2238-5177.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 21ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2006, ISBN 8574207489.

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Volume 4. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN 9723204193

NALINI, – José Renato. A Rebelião da Toga. 3ª edição revista, actualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters – **Revista dos Tribunais**, 2015. ISBN 978 – 85 – 203 – 6317 – 1

NETO, José Antunes dos Santos. **O Impacto dos direitos fundamentais no direito administrativo**. Belo Horizonte:Fórum, 2008, ISBN 978-85-7700-165-1.

NOVELINO, Marcelo - **Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008, ISBN 9788576602576.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, ISBN 978-85-224-8689-9.

_____. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 1991, ISBN 852240738x.

PINHEIRO, Igor Pereira. **O Princípio Da Moralidade Administrativa Na Prevenção E Repressão À Corrupção: A Atualidade Do Contraponto Filosófico Entre Maquiavel E Erasmo De Rotterdam**. [Em linha] Universidade de Lisboa, 2017. Disponível na internet em <<http://mkt.cers.com.br/aula-gratis/corruptao/pdf/leitura-complementar02.pdf>>. [Consult. 10 de maio de 2016].

PIRES, Alex Sander Xavier. **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. ISBN 978-85-909488-2-7

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. [Consult. 10 de março de 2018]. Disponível na internet em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>>.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **As funções extrajudiciais do Ministério Público: natureza, discrecionalidade e limites**. [Em linha]. [Consult. 08 Março. 2017]. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12042013-164208>>.

_____. **Ministério Público – Funções Extrajudiciais**, Belo Horizonte: Editora Forum, 2015, ISBN 978-85-450-0051-8.

ROSA, Alexandre de Moraes da *apud* VASCONCELOS, Marcos Cesar Santos. **As decisões normativas na jurisdição constitucional para a concretização dos direitos fundamentais.** [Em linha]. Brasília: IDP, 2010. [Consult. 25 Abr. 2015]. Disponível em: <http://idp.edu.br/component/docman/doc_download/178-as-decisoes-normativas-na-jurisdicao-constitucional-para-a-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.pdf>.

SANTOS, Boaventura de Sousa - **Para uma Revolução Democrática da Justiça.** 3ª edição. 1ª reimpressão. São Paulo: Cortez Editora, 2011. ISBN 978-85-249-1658-8

SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em Improbidade Administrativa**, 2012. [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018]. Disponível na internet em <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>

SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, ISBN 8573481676.

SILVA NETO, Jose Francisco da. SILVA, Ramon Rodrigues. Disponível na internet em <<https://netoesimone.jusbrasil.com.br/artigos/745431107/colaboracao-premiada-como-e-implantada>> **Colaboração Premiada como é implantada.** [em linha]. [consult. em 26 de dezembro de 2019].

WEINGARTNER NETO, Jayme. VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **O custo de efetivar direitos fundamentais: uma abordagem do papel do Ministério Público na confluência do Direito e da Economia**, [Em linha]. [Consult. 10 de março de 2018]. Disponível na internet em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/733/view>, p.123/126.