

3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 DIREITO PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito.

Gregório Assagra de Almeida¹

Promotor de Justiça - Assessor Especial

Elaine Martins Parise²

Procuradora-Geral de Justiça - Adjunta Jurídica

1. *Do Ministério Público como Instituição e as suas principais conquistas.* Existem muitas controvérsias a respeito das raízes históricas do Ministério Público. Todavia, o Ministério Público como Instituição portadora de garantias somente veio a se consagrar a partir da Revolução Francesa de 1789³.

No Brasil, o Ministério Público foi concebido pela primeira vez como Instituição somente com o advento da República, ocasião em que, durante o Governo Provisório, o então Ministro da Justiça Campos Salles elaborou os Decretos n. 848 e 1.030, de 1890.

A partir daí o Ministério Público brasileiro foi se desenvolvendo; conquistou, com o advento do CPP/41, o poder de requisição de inquérito policial e de diligências, tornou-se o titular da ação penal e passou a ser o fiscal e executor da lei. Como órgão agente e interveniente, o Ministério Público também recebeu papel importante com o advento dos CPCs de 39 e 73.

Hugo Nigro Mazzilli afirma que *três* foram os momentos que marcaram extraordinário crescimento do Ministério Público brasileiro como Instituição. *O primeiro* veio com a Lei Complementar Federal n. 40/81, a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que foi assim considerada porque definiu um estatuto básico e uniforme para o Ministério Público nacional e dispôs sobre as suas principais atribuições, garantias e vedações. *O segundo* surgiu com o advento da Lei n. 7.347/85, denominada de Lei da Ação Civil Pública, que conferiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa jurisdicional e administrativa (nesta com o inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta), dos interesses e direitos difusos e coletivos. E, por fim, *o terceiro* momento, que ocorreu quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou suas funções e consagrou sua autonomia administrativa e funcional⁴, de forma a promover, com isso, seu maior crescimento⁵.

2. *O Ministério Público na CF/88 e a sua natureza institucional.* O Ministério Público está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no Título IV *Da Organização dos Poderes*; porém, em seção própria (artigos 127/130 da CF), dentro do capítulo *Das Funções Essenciais à Justiça*. Está, portanto, separado dos demais Poderes do Estado.

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

No Direito Comparado, diferentemente do que

acontece no Brasil atualmente, a melhor doutrina não vê no Ministério Público um legítimo e seguro defensor dos interesses e direitos massificados e aponta como óbices a *falta de independência* e de *especialização desta Instituição* e, como consequência, as *ingerências políticas espúrias*. Todavia, o próprio Mauro Cappelletti, como crítico da outorga dessa espécie de atribuição ao Ministério Público, já ressaltou que esses obstáculos não se apresentam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que a sua independência foi assegurada pela Constituição de 1988⁶.

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

Como escreve Antônio Alberto Machado, a evolução histórica permite observar a *vocação democrática* do Ministério Público⁷, o qual hoje, com o papel que lhe é reservado pela Constituição, é instituição de fundamental importância para a transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito.

Há quem sustente que o Ministério Público estaria atrelado ao Poder Legislativo, ao qual incumbiria a elaboração da lei e ao Ministério Público fiscalização do seu fiel cumprimento. Há quem defenda que a atividade do Ministério Público é eminentemente jurisdicional, razão pela qual estaria ele atrelado ao Poder Judiciário. E há quem afirme que a função do Ministério Público é administrativa, pois ele atua para promover a execução das leis e estaria atrelado ao Poder Executivo⁸.

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

Assim, entendemos que, das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da *sociedade política*, como órgão repressivo do Estado, para a *sociedade civil*, como legítimo e autêntico defensor da sociedade⁹. Esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais. A primeira seria a *social*, que originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele

assumiu paulatinamente um compromisso com a *sociedade* no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a *política*, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da *democracia* e das *instituições democráticas*. A terceira seria a *jurídica*, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.

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

Escreve Marcelo Pedroso Goulart:

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do 'processo democrático', alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do 'projeto democrático'¹⁰.

3. *Os dois modelos do Ministério Público brasileiro: o demandista e o resolutivo.* Dentro desse novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*. O Ministério Público *demandista*, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados¹¹. O Ministério Público *resolutivo* é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Marcelo Goulart ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público *resolutivo*, levando-se às últimas consequências o *princípio da autonomia funcional* com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados¹². Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo.

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

Novamente, Marcelo Goulart propõe que o Ministério Público deve:

[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integralmente e em rede, nos mais diversos níveis local, regional, estatal, comunitário e global, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da 'sociedade civil planetária'; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação)¹³.

O Ministério Público *resolutivo*, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma *ordem jurídica realmente mais legítima e justa*. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros *trabalhadores sociais*, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais¹⁴.

4. *Do Ministério Público como 'custos legis' para o Ministério Público como 'custos societatis' ('custos juris').* Na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*). Assume agora, pelas razões já expostas, o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e, fundamentalmente, o papel de guardião do próprio direito (*custos juris*), conforme ensinamento de Cláudio Souto¹⁵.

É dentro dessa concepção de *custos societatis* e *custos juris* que o Ministério Público, no seu papel demandista, é hoje o *principal legitimado ativo* no plano das ações coletivas.

Essa hegemonia da Instituição, como legitimada ativa para a defesa dos interesses massificados, decorre certamente de dois fatores básicos. O primeiro está fundamentado no seu próprio perfil constitucional como Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais* (art. 127, *caput*, da CF). O outro fator decorre do próprio exercício prático de suas atribuições constitucionais.

Gustavo Tepedino ressalta esse novo papel outorgado pelo Constituinte de 1988 ao Ministério Público, alçado como o principal agente de promoção dos valores e direitos indisponíveis, o que lhe conferiu, nas palavras do autor mencionado, *função promocional*, especificada no art. 129 da CF¹⁶.

Assim, é hoje público e notório que o Ministério Público é a Instituição que mais tem atuado para a defesa dos interesses e direitos massificados, seja no campo extrajudicial, seja no jurisdicional, especialmente por intermédio do inquérito civil e do ajuizamento de ações civis públicas. Antônio Augusto de Camargo Ferraz faz essa observação ao afirmar que mais de 90% (noventa por cento) dos casos de atuação jurisdicional na defesa dos interesses massificados no País decorrem da iniciativa do Ministério Público, o que para o autor é motivo de preocupação com essa tímida atuação dos demais legitimados ativos, já que tal situação é efeito da *fragilidade de nossa democracia*¹⁷.

Apesar de todos esses avanços e conquistas da Instituição, entendemos que é o momento de o Ministério Público passar por mais uma mudança de paradigma para

cumprir com mais eficiência e legitimidade o seu compromisso de defensor do regime democrático.

5. *Da necessidade de mais uma mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito: priorização da atuação preventiva.* A tutela jurídica preventiva é a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito. Ela decorre do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático (art. 1º da CF).

Por intermédio da tutela jurídica preventiva poderá ser atacado diretamente o ilícito, evitando-se a sua prática, continuidade ou repetição. Com isso, evita-se o dano, que é objeto da tutela jurídica repressiva, no caso a ressarcitória.

Ocorre que muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente; a saúde do consumidor; a criança e o adolescente; o idoso; a saúde pública etc.), não são possíveis de reparação *in natura*. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela “apequenada”, já que não responde ao direito a uma tutela jurídica genuinamente adequada.

Ora, se ao Ministério Público como Instituição incumbe a defesa do regime democrático, a ele incumbe prioritariamente a defesa preventiva da sociedade, pois é essa, repita-se, a mais genuína forma de tutela jurídica no Estado Democrático de Direito.

Contudo, como é cediço, a atuação da Instituição no País é predominantemente repressiva, que se dá em grande parte nos momentos patológicos da conflituosidade social. A prova disso é a atuação criminal, que é por natureza repressiva. O que adianta punir criminalmente sem compreender, por intermédio de estudos e de dados estatísticos, as causas dessa criminalidade? São justamente essas causas que devem ser atacadas com prioridade. A exigência de políticas públicas específicas nesses casos é fundamental.

Além de combater repressivamente os atos de improbidade, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao erário. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, com enormes prejuízos ao erário. Em se confirmando o foro por prerrogativa de função também aos atos de improbidade administrativa, conforme previsto na Lei 10.628/2002 e no projeto de Emenda Constitucional em tramitação no Congresso Nacional, a priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público.

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

Essa mudança de paradigma é uma exigência do Estado Democrático de Direito brasileiro, na sua condição de Estado da Justiça Material, de Estado da Transformação da Realidade Social.

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

Portanto, o papel do Ministério Público *resolutivo* na defesa dos interesses sociais deve ser exercido de forma efetiva em todas as suas esferas de atuação. Na área *criminal*, é imprescindível a sua inserção no seio social, para que venha a se inteirar das verdadeiras causas da criminalidade e exija políticas

públicas específicas do Poder Público, além de atuar diretamente nas investigações das condutas criminosas que mais abalam a sociedade, de forma a combater com rigor e eficiência o crime organizado e permitir que o Direito Penal tenha eficácia social.

Na área coletiva, o Ministério Público deverá priorizar a atuação *preventiva* para evitar a violação dos direitos sociais, além de combater de modo articulado e eficiente as condutas danosas aos direitos massificados¹⁸.

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

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

Mesmo para o Ministério Público demandista, a priorização da atuação preventiva é fundamental, no ajuizamento de ações civis públicas de tutela inibitória, evitando-se assim a prática do ilícito, sua continuidade ou repetição.

6. *Dez propostas para a contribuição com essa mudança de paradigma:*

1) Iniciar trabalho para fomentar a mudança do paradigma cultural dos Membros da Instituição e seus servidores, com a valorização do trabalho e destaque do compromisso com a mudança social e com a atuação preventiva.

2) Aperfeiçoamento do diálogo com a sociedade política e com a sociedade civil, através da realização de audiências públicas de forma sistematizada.

3) Criação de grupos de estudos entre membros e servidores do Ministério Público.

4) Reunião periódica do Colégio de Procuradores para ativar a participação efetiva dos Procuradores de Justiça nos novos desafios sociais da Instituição, valendo-se das suas experiências.

5) Criação de núcleo de estudos, pesquisas, estatísticas e de eficácia funcional, a fim de que a Instituição possa direcionar o seu caminho e atender às exigências do Estado Democrático de Direito.

6) Criação de manual de atuação preventiva.

7) Implementação de Núcleo (Coordenadoria ou Procuradoria) de controle da constitucionalidade, para a atuação de forma sistematizada, com a criação de manual do controle da constitucionalidade.

8) Elaboração de modelo de regimento interno das Promotorias de Justiça, com a possibilidade de sua adoção pelo Promotor de Justiça Titular, já que, pelo princípio da simetria com o modelo da Magistratura (Tribunais), aos componentes ou componente do órgão incumbe a elaboração do regimento interno.

9) Mudança de paradigma na atuação da área civil: exigência de presença de interesse social ou de situação concreta de risco a direito individual puro indisponível.

10) Implementação com urgência da Escola do Ministério Público com estrutura e projeto pedagógicos próprios.

Notas:

¹ Mestre em direito processual civil e doutorando em direito difusos e coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

² Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-MG.

³ Escreve Hugo Nigro Mazzilli: "A revolução Francesa estruturou mais adequadamente o Ministério Público, enquanto instituição, ao conferir garantias a seus integrantes; foram, porém, os textos napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade" (MAZZILLI, 1997, p. 1).

⁴ Op. cit. nota anterior, p. 4.

⁵ Nesse sentido, escreve Marcelo Pedroso Goulart: "Apesar das limitações acima apontadas, não há mais dúvida de que o Ministério Público, enquanto instituição autônoma e independente, não integra o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário. Esse é o traço marcante que distingue o Ministério Público brasileiro, colocando-o como o mais avançado do mundo à luz do direito comparado" (GOULART, 1998, p. 94).

⁶ Cf. CAPPELLETTI, 1989. p. 313.

⁷ Escreve ainda Antônio Alberto Machado: "[...] a instituição do Ministério Público parece ter uma espécie de vocação democrática, talvez inerente à sua *ratio*; ou até mesmo concluir-se que a existência dela só faz sentido numa democracia, sendo certo que a sua ausência ou tibieza, de outra parte, é sempre indício de regime autoritário" (MACHADO, 2000, p. 140).

⁸ Sobre a polêmica, cf. MAZZILLI, 1997, pp. 19-20.

⁹ É o entendimento de Marcelo Pedroso Goulart (*In: Ministério público e democracia* - teoria e práxis, p. 96) e de Antônio Alberto Machado (**Ministério público: democracia e ensino jurídico**, pp. 141-2).

¹⁰ **Ministério público e democracia** - teoria e práxis. No mesmo sentido, Antônio Alberto Machado, **Ministério público: democracia e ensino jurídico**. Cf. GOULART, 1998, p. 96; MACHADO, pp. 141-142.

¹¹ Op. cit. nota anterior, pp. 119-123.

¹² Op. cit. notas anteriores, pp. 120-121.

¹³ Op. cit. notas anteriores, pp. 121-122.

¹⁴ Mais uma vez colhem-se as lições de Goulart: "Do ângulo político, só poderemos entender o promotor de justiça como trabalhador social, vinculado à defesa da qualidade de vida das parcelas marginalizadas da sociedade, a partir do momento em que rompa as barreiras que historicamente o isolaram dos movimentos sociais, passando a articular sua ação com esses movimentos. Deve assumir o seu compromisso político, não apenas nos aspectos da retórica e das elaborações doutrinárias, mas, sobretudo, na atuação prática, como intelectual orgânico". Op. cit. notas anteriores, p. 98.

¹⁵ Cf. SOUTO, 1997, pp. 47-87.

¹⁶ Cf. TEPEDINO, 1999, p. 300.

¹⁷ Cf. FERRAZ, 2001, p. 64.

¹⁸ A respeito desse novo perfil constitucional do Ministério Público, escreve Gustavo Tepedino: " [...] o Ministério Público deixa de atuar simplesmente nos momentos patológicos, em que ocorre lesão a interesse público, sendo convocado a intervir de modo permanente, promovendo o projeto constitucional e a efetividade dos valores consagrados pelo ordenamento" (TEPEDINO, 1999, p. 300).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 ago. 05.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *In: As garantias do cidadão na justiça*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1989.

FERRAZ, Antônio Augusto de Camargo. **Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania**. *In: Ação civil pública: Lei 7.347/85 15 anos*. Édis Milaré (Coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 64.

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

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

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