

TRANSCRIÇÃO DA PALESTRA: DIREITOS FUNDAMENTAIS, MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO CPC, PROFERIDA POR GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA, PARTE DO “PROJETO SEGUNDA-FEIRA ÀS 18H” REALIZADA EM 3 DE OUTUBRO DE 2016

MESTRE DE CERIMÔNIAS: Hoje trataremos do tema “Direitos Fundamentais, Ministério Público e o Novo CPC”. Convidamos para a Mesa a Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público, Ceaf, Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé.

MESTRE DE CERIMÔNIAS: O Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado.

MESTRE DE CERIMÔNIAS: A coordenadora-geral da Corregedoria-Geral do Conselho Nacional do Ministério Público, Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Lena Daher.

MESTRE DE CERIMÔNIAS: O membro auxiliar da Corregedoria-Geral do Conselho Nacional do Ministério Público, Promotor de Justiça do Ministério Público do Espírito Santo, Marcelo Zencler.

MESTRE DE CERIMÔNIAS: E o Promotor de Justiça, o nosso palestrante de hoje, Gregório Assagra de Almeida.

MESTRE DE CERIMÔNIAS: Gostaríamos também de registrar a presença do Procurador do Ministério Público do Trabalho em Minas Gerais, Antônio Carlos Oliveira Pereira. Para abertura, ouviremos a diretora do Ceaf, Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé.

PROMOTORA DE JUSTIÇA DANIELLE DE GUIMARÃES GERMANO ARLÉ: Excelentíssimo Procurador de Justiça Paulo Cançado, ilustre Corregedor-Geral da nossa instituição, na pessoa de quem eu cumprimento os demais integrantes da Mesa, senhoras e senhores, Promotores, Procuradores, servidores, estagiários do Ministério Público e público externo que também nos dão a

honra de sua presença. Eu gostaria de cumprimentar todos os membros do Ministério Público que estão aqui presentes e que nos acompanham pela internet e, posteriormente, poderão assistir também. Cumprimento os ilustres Procuradores de Justiça Afonso Henrique Miranda e Sérgio Abritta, que muito têm prestigiado o “Projeto Segunda-Feira às 18h” e que demonstram exatamente qual é o espírito da nossa instituição.

O Ministério Público de Minas Gerais é o Ministério Público Mineiro e chegou até aqui porque acredita que somos homens, mulheres, pessoas que nunca chegamos ao conhecimento completo. Saber que nada sabemos é o nosso grande instrumento que nos permite continuar servindo a essa sociedade de maneira cada mais eficaz, de maneira cada vez mais comprometida.

Então assim, colegas, Procuradores de Justiça Afonso e Sérgio, agradeço pela presença e agradeço a presença de cada um dos senhores que sabe que somos uma instituição que existe para servir ao público.

O nosso ministério é público, a nossa missão, como bem disse o querido palestrante de hoje, Promotor de Justiça Gregório Assagra, é justamente a missão de promover a mais ampla justiça. Essa é a nossa missão constitucional, de promover uma sociedade cada vez mais livre, mais justa, mais solidária. E o Ministério Público de Minas acredita que isso só é possível através de uma educação contínua. Obrigada a todos os senhores que acreditam nisso e que sabem que tanto temos a aprender todos os dias de nossa vida.

O nosso palestrante de hoje, mais do que conhecido por todos os senhores, é integrante do Ministério Público, Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida, pós-doutor pela Syracuse University, de Nova Iorque, Estados Unidos, onde foi bolsista da Capes em estágio sênior. É também Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Direito pela mesma universidade; graduou-se em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Foi professor e coordenador do curso de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade da Itáúna. Promotor

de Justiça do nosso querido Ministério Público de Minas, consultor institucional do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, membro jurista da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do MPU, diretor e coordenador pedagógico do nosso Ceaf, da nossa querida Escola Institucional, que hoje é o que é também em razão do querido colega Gregório Assagra da Almeida.

Foi jurista e consultor do Ministério de Justiça na elaboração do anteprojeto da nova Lei de Ação Civil Pública, que integrou o segundo pacto republicano do Estado, convertido no Projeto de Lei nº 5139 de 2009. É membro do conselho editorial da Arraes Editores e assessor, atualmente, da Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas, bem como membro auxiliar da Corregedoria Nacional do CNMP. É ainda organizador da Revista Jurídica e do Boletim Informativo da Corregedoria Nacional do CNMP e editor responsável da Revista Jurídica do MP de Minas, além de ser membro dos conselhos editoriais de várias outras revistas do Brasil e do exterior.

Foi assessor de projetos e articulação interinstitucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério Público da Justiça e membro da Câmara Consultiva Temática de Política Regulatória do Ensino Jurídico do MEC. Foi ganhador do 57º Prêmio Jabuti 2015, como organizador e coautor do livro *Direitos Fundamentais das Pessoas em situação de rua*, da editora D'Placido. E é justamente para falar sobre Direitos Fundamentais e dos seus instrumentos de garantias, Direitos Fundamentais, Ministério Público e o novo CPC que hoje o Ceaf tem a honra e a gratidão de receber o querido colega Gregório Assagra de Almeida para fazer mais uma, tenho certeza, brilhante exposição no nosso "Projeto Segunda-feira às 18h".

Muito obrigada pela presença de cada um dos senhores. Obrigada, Gregório, se me permite, meu querido amigo Greg, por prestigiar de uma maneira tão singular o nosso projeto. Que todos possamos desfrutar do conhecimento generosamente compartilhado pelo Promotor de Justiça Gregório, obrigada.

MESTRE DE CERIMÔNIAS: Agradecemos aos integrantes dessa Mesa e convidamos para que tomem os assentos no auditório.

PROMOTOR DE JUSTIÇA GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA: Boa noite a todos. Eu vou pedir licença primeiro para cumprimentar os meus chefes. Primeiramente o Procurador de Justiça Paulo Cançado, querido amigo, muito obrigado pela presença, o nosso Corregedor-Geral. É uma alegria assessorá-lo. O senhor tem sido motivo de luz para todos nós que trabalhamos com você lá na Corregedoria. Obrigado por ter essa honra, que eu registro na minha vida e no meu currículo. Sinta aqui o meu respeito e a minha admiração. E também a minha chefe lá em Brasília, Promotora de Justiça Lena, que está aqui, acabou de voltar de uma maratona em Berlim. Eu acho que deve ter-se cansado, bateu o recorde dela na maratona, foi muito bem. E ela é uma das responsáveis por eu ter emagrecido, porque ela exige também, é tão rígida que, além de quase matar a gente com trabalho, como o Paulo faz, ainda exige que a gente mude a alimentação, faça regime e assim

por diante. Obrigado, Promotora de Justiça Lena, por estar aqui, e é uma honra trabalhar com Vossa Excelência na Corregedoria e ter a sua amizade e a sua confiança. A Promotora de Justiça Danielle Arlé, atual diretora do Centro de Estudos, querida amiga, querida amiga do coração, uma poetisa do Ministério Público, pessoa sensacional e que está fazendo um trabalho magnífico, sempre fez no Ministério Público e, agora, no Centro de Estudo. Obrigado, Dani, por estar ao seu lado, participar desse projeto e trabalhar com você nesse projeto e em outros nos quais nós estamos juntos, unidos pelos ideais de justiça e de transformação social.

Eu gostaria de cumprimentar o Procurador de Justiça Afonso, aqui presente, querido amigo de ideais, comprometido com o seu trabalho com transformação social, com a inclusão social, uma alegria sempre tê-lo aqui. Procurador de Justiça Sérgio Abritta, o nosso intelectual, cujo conhecimento é multidisciplinar, é um grande pensador. Eu prefiro falar um filósofo, um poeta, um escritor, é uma alegria tê-lo aqui, sempre o senhor participando dos nossos eventos e sinta a

minha admiração. A Promotora de Justiça Magali Albanesi, minha amiga de concurso, está ali no fundo e, a partir dela, cumprimento todos os demais colegas do Ministério Público que estão aqui, que sintam o meu carinho, a minha admiração.

Eu gostaria de cumprimentar o Promotor de Justiça Marcelo Zencler, um querido amigo, um grande jurista, tem obras extraordinárias, uma delas sobre a intervenção do MP no Processo Civil publicado pela RT. O Zencler foi o secretário da transparência no Espírito Santo e hoje o Espírito Santo acho que representa o melhor estado em transparência do Brasil. Então eu queria registrar a competência desse Promotor de Justiça, desse jurista e desse professor, e muito obrigado pela presença, que aumenta a minha responsabilidade.

Gostaria de saudar e cumprimentar o Procurador do Ministério Público do Trabalho, Antônio Carlos de Oliveira, que nos honra com a presença, o querido amigo e professor Vitor, que está ali atrás, que está indo agora Syracuse, fazer uma pesquisa lá no programa de pós-graduação. Gostaria de

cumprimentar e saudar o meu querido amigo, professor Leonardo Nunes, Mestre e Doutor. Nós temos uma sintonia de pensamento enorme. Tive a oportunidade de participar da banca de Mestrado e Doutorado do Dr. Leonardo, prefaciei o livro de Mestrado e Doutorado, e estamos juntos, escrevendo sobre tutela coletiva. E é uma alegria tê-lo aqui, professor. Cumprimento os servidores, os colegas, o Renato, que está aqui, Froes, todos, sintam aqui o meu carinho e todos que estão aqui do Ministério Público ou não, e o meu amor por vocês, o meu amor pela Justiça e pelo Ministério Público. O meu amor na esperança de um país mais rico em inclusão social, mais rico em direitos fundamentais, isso não depende de lei simplesmente ou da Constituição, depende de nós, do nosso trabalho. Temos que ter esse comprometimento.

Agora abordo mais especificamente os temas. São três temas, na verdade, dos quais vou fazer uma análise conjugada. O primeiro é direitos fundamentais, o segundo é o Ministério Público e o terceiro é o novo CPC. Eu vou trazer algumas reflexões. Na primeira parte em torno dos Direitos

Fundamentais para que, em seguida, eu possa contextualizar o Ministério Público, inclusive o papel constitucional do Ministério Público e ingressar, por fim, na seara do novo CPC.

Então, agradeço a oportunidade de estar aqui com vocês, aí está a ementa, Direitos Fundamentais e o Ministério Público e o novo CPC.

A primeira questão seria quando surgiram os direitos fundamentais. Não há como afirmar de forma taxativa quando surgiram esses direitos. Depende de qual que é o objetivo de estudo. Se se fizer uma abordagem mais sociológica, mais aberta, encontram-se direitos fundamentais em todo o decorrer da história, inclusive na antiguidade. Se se fizer uma diferenciação como alguns autores fazem, que leve em conta a distinção entre Estado, pessoa, autoridade, limites do exercício do poder, pode-se encontrar uma origem mais próxima já na idade contemporânea, quando surge o estado de direito. Então não há como afirmar quando surgiram os direitos fundamentais. Por fim, se a pesquisa parte para uma abordagem mais crítica,

a partir dos verdadeiros autores da história, pode-se ter outra conclusão em relação à origem dos direitos fundamentais.

Outro aspecto importante para nossas reflexões diz respeito a direitos fundamentais e direitos humanos. Há uma concepção clássica em quase todos os manuais de que os direitos humanos são aqueles reconhecidos em declarações e em convenções internacionais. E, se esses direitos humanos são positivados dentro de uma ordem jurídica, são considerados direitos fundamentais. Então, se eles estão na Constituição de um país, são considerados direitos fundamentais.

Particularmente, sou defensor da tese de que há um grande equívoco nessa concepção, porque, na verdade, ela exclui o reconhecimento de outros direitos, como, por exemplo, direito da natureza, direito dos animais, direito dos vegetais. Mesmo que eu ainda não esteja convicto, e eu estou convicto que há direitos da natureza, defendendo o biocentrismo jurídico, eu acho que a essência e

o núcleo do direito no plano interno internacional são a vida e sua existência com dignidade, que se projeta para plano individual e plano coletivo.

Então, se eu adoto essa concepção que no plano internacional é direitos humanos e se direitos humanos são reconhecidos no plano interno e aí são direitos fundamentais, estou adotando uma concepção antropocêntrica, ou seja, estou olhando direito simplesmente na titularidade humana, o que não é nada inteligente. Eu até tenho afirmado, como hoje temos vergonha da escravidão negra, num futuro próximo, vamos ter vergonha do que fazemos hoje com as árvores, com a natureza e com os animais. Até porque a ciência já prova que os animais pensam, que as plantas têm sensações. Não posso adotar uma concepção que feche para uma abertura de diálogo para a construção de novos modelos de reconhecimento de direitos e tutelas jurídicas.

Trabalho com a concepção de que os direitos fundamentais são compostos por um núcleo essencial de princípios, garantias e normas

que visam proteger a vida e sua existência com dignidade no plano internacional ou no plano interno, que pode abranger, é óbvio, os direitos dos animais, dos vegetais. Nesse aspecto, adianto que direito fundamental pode abranger também uma geração que não existe. Olha só que quebra de paradigma em termos de ciência do direito, a nossa Constituição, no art. 225, adota, expressamente, a teoria intergeracional, ou seja, nós devemos, o Estado e as coletividades, proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e as futuras gerações.

Essas gerações futuras não existem em direito difuso fundamental ou meio ambiente ecologicamente equilibrado. É um rompimento com o paradigma jurídico que traz grande reflexões, ou seja, como construir uma ciência jurídica e como construir uma dogmática de concretização de uma ciência jurídica que abranja os direitos dos animais, dos vegetais e que abranja direitos de gerações futuras. Cabe aqui, direito fundamental no caso das gerações futuras, cabe ação civil pública, inclusive para tutelar direito difuso de uma geração

que não existe. Se é direito fundamental e está no art. 225, é abrangido pela cláusula aberta do art. 5º, § 2º, possui força normativa em grau máximo e aplicabilidade imediata, no que seja norma regulamentadora.

Outra questão que é importante para a compreensão de uma doutrina, de uma teoria de direitos fundamentais é a diferenciação que alguns autores fazem entre direitos subjetivos fundamentais e direitos subjetivos não fundamentais. E talvez uma obra clássica que trata dessa abordagem dos direitos subjetivos públicos [ininteligível], servir base para essa distinção. Eu, particularmente, não concordo, porque é difícil estabelecer conceitos abstratos que diferenciem direitos subjetivos fundamentais e não fundamentais. Na minha tese de doutorado, tive oportunidade dar um exemplo. Um senhor vende um Fusca, bem patrimonial dele, e o vende. Até aí se pode falar em direito subjetivo não fundamental. Após vender o carro, precisa receber para tratar da saúde do filho, a pessoa não paga. O direito não é só sistema, não é só sistema abstrato de conceito, o direito é problema.

Então, naquele caso, um direito, em tese, que seria patrimonial, torna-se fundamental, porque ele é fundamental, em si mesmo, para tutelar a vida e a existência com dignidade de uma criança.

Então, a ideia de direito como um problema e não simplesmente como um sistema serve para quebrar essa distinção abstrata em direitos subjetivos fundamentais e direitos subjetivos não fundamentais. É o caso concreto em que se vai identificar se a tutela da vida e sua existência com dignidade é fundamental pela essência, pelo grau de aplicabilidade, pela finalidade que o direito deve ter na vida daquela pessoa, daquela criança, no caso concreto.

Outro ponto importante aqui são o aspecto objetivo e o aspecto subjetivo dos direitos fundamentais. Nós vamos citar aqui o jurista alemão grande constitucionalista Konrad Hesse, que faz a distinção entre os aspectos objetivos e os aspectos subjetivos dos direitos fundamentais. Isso é importantíssimo para compreender as múltiplas funções que os direitos fundamentais podem exercer na vida da sociedade, na vida das pessoas e na natureza em si.

Os aspectos subjetivos são aqueles ligados à titularidade. Quando eu estudo pelo aspecto subjetivo, eu analiso a titularidade. Esta pode ser do indivíduo, da coletividade; se houver uma abertura maior, eu vou ter uma titularidade dos animais, dos vegetais e das gerações futuras. Eu estudo o aspecto subjetivo dos direitos fundamentais nesse plano da titularidade, que é um plano importantíssimo de se analisar e até expandir essa força irradiadora para identificar quais são os titulares.

O aspecto objetivo dos direitos fundamentais é aquele que diz respeito aos direitos fundamentais como o núcleo essencial do sistema jurídico, por exemplo, aquele núcleo principiológico que traz força irradiante em grau máximo, ligado ao comportamento do legislador, do administrador, do judiciário, dos particulares e, inclusive, deve conduzir o controle de constitucionalidade, tanto o abstrato quanto o concreto. E aí os direitos fundamentais, no aspecto objetivo, podem ser analisados com múltiplas funções dentro do sistema jurídico.

Então hoje se fala da múltipla funcionalidade dos direitos fundamentais, das múltiplas funções que eles exercem. São inúmeras as possíveis dimensões dos estudos dos direitos fundamentais. Posso estudar os direitos fundamentais sob o aspecto histórico, eu vou analisar o processo de luta, de conquista desse direito fundamental, o surgimento, o reconhecimento. Posso fazer um estudo filosófico para compreender, por exemplo, a fundamentação dos direitos fundamentais. Não estudaria só fundamentação, porque eu trabalho com ideia de acesso à justiça como método de pensamento, então, não adianta pensar filosofia no plano abstrato, tenho que pensar filosofia no plano da realização de efetividade, porque a filosofia tem que dialogar com a realidade concreta. O Cappelletti já dizia isso, o acesso à justiça é método de pensamento. Existe ainda um aspecto sociológico. Eu vou analisar qual é a função social dos direitos fundamentais, naquele meio social. No caso do Brasil, a função é tornar real o princípio da transformação social, que é o compromisso magno, mais importante consagrado na Constituição de 1988, no art. 3º: "São objetivos fundamentais da

República Federativa do Brasil: criar uma sociedade justa, livre, solidária, erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais”. Realiza-se isso de forma democrática através da proteção e da efetivação dos direitos fundamentais. Essa proteção pode ser potencializada, tanto em abstrato, com o direito processual coletivo, que é o controle abstrato da constitucionalidade pelas ações do controle, como pode ser potencializada no plano concreto para efetivar pelo direito social coletivo comum. No livro que escrevi, em 2003, defendi que o direito social coletivo no Brasil é um novo ramo e se divide em especial, quando protege de forma potencializada a Constituição e os direitos fundamentais, e comum, quando efetiva de forma potencializada a Constituição visando a transformação social, induzindo a transformação social por intermédio da ação civil pública, e, assim por diante, e outros mecanismos, inclusive o TAC. Apesar de o TAC ser um acordo, tem natureza processual, integra o direito processual coletivo, é título executivo extrajudicial, portanto tem natureza processual. Então, nós temos aí as várias dimensões de estudo.

Agora, há uma discussão sobre dimensões ou gerações, ou seja, quais são as gerações dos direitos. E há várias classificações. Essas classificações não têm uma base científica, elas servem para a finalidade didática, às vezes, para compreender. A classificação leva em conta os modelos de estado de direito, estado liberal de direito terá o direito individual, estado social de direito, tutela de direito individual e de direitos sociais, estado democrático de direito, no caso do modelo da Constituição, tutela de direitos individuais e coletivos amplamente considerada, o que abrange os sociais, tutela ampla e irrestrita. Gosto desta classificação em que se compreende o modelo de Estado pelo sistema de tutela dos direitos fundamentais.

Se uma pessoa vai a um país e quer saber se é estado liberal de direito, se é estado social de direito ou se é estado democrático de direito, a melhor opção será estudar quais são os direitos fundamentais reconhecidos de forma expressa e implícita naquele sistema e qual é o modelo de tutela. Se no modelo de tutela não cabe ação

coletiva, é só de direito individual, pode se tratar de um estado liberal de direito. Por outro lado, se o modelo de tutela jurídica é amplo e irrestrito, levando em consideração o que foi consagrado na Constituição de 1988, nós temos o estado democrático de direito.

Há uma crítica à expressão “gerações”, que é muito utilizada, porque geração daria a entender que uma supera a outra. E não acontece isso, porque a conquista de direitos ocorre em primeira dimensão, a segunda é uma força incorporativa e não de exclusão, por isso é melhor a expressão “dimensões”. Existe primeira dimensão, segunda, terceira, quarta, quinta, há quem fale em oitava e, assim por diante. São classificações doutrinárias que, muitas vezes, não têm uma base precipuamente científica. Por exemplo, em Roma, já existia direito difuso, tutela do direito difuso, cabia ação popular para desobstrução de ruas e passagens. A reforma agrária norte-americana, quando foi feita no século 18, tinha tutela de direitos difusos na sociedade. Então, não há como

estabelecer itens de forma linear até porque, muitas vezes, há avanços e depois retrocessos e assim por diante.

Agora é importante descrever as características. Uma é historicidade, os direitos são produtos históricos de lutas da sociedade, reconhecimentos, às vezes, se avança ou há retrocessos. Outra é a inalienabilidade, não se podem alienar, transferir os direitos. Existe a imprescritibilidade, e aqui há uma questão importante dessa característica, tem que ser uma bandeira de luta do Ministério Público, que é a defesa da imprescritibilidade dos direitos fundamentais. Como no Brasil os direitos fundamentais não são só individuais, são coletivos, temos que expandir essa característica da imprescritibilidade para outras áreas que não, por exemplo, só a imprescritibilidade da reparação do dano ao erário.

O STJ já reconheceu, inclusive, a imprescritibilidade da reparação do dano ao meio ambiente, que diz respeito a direito essencial à vida. Tenho defendido a imprescritibilidade e a “indecadencialidade” como

princípios do direito social coletivo, que os direitos difusos e coletivos não estão sujeitos à prescrição nem à decadência, então são imprescritíveis e não sujeitos à decadência; a “indecadencialidade” é um neologismo por falta de significante, eu usei essa expressão. Geralmente, ou a prescrição está voltada para um aspecto de caráter punitivo, como acontece na área criminal ou nas sanções de improbidade, ou ela está relacionada a aspecto patrimonial. Como todos os direitos fundamentais, eles vão ter impacto na vida e na existência com dignidade, mesmo que a conversão em espécie, a reparação, vá ter que beneficiar a sociedade, aplica-se a imprescritibilidade. Outra característica é a irrenunciabilidade, ou seja, são irrenunciáveis, portanto são indisponíveis, a pessoa não pode dispor deles. E essa irrenunciabilidade se expande com mais força quando se trata de direito difuso e coletivo. Há a interdependência, porque um depende muitas vezes do outro. Muitas vezes, o direito à saúde também depende do meio ambiente ecologicamente equilibrado, então há uma interdependência entre os direitos. Há a Universalidade, e aqui é uma questão

complicada que gera muitas discussões, ou seja, são universais, pois não estão limitados a uma pessoa, simplesmente a um gênero, eles atendem uma titularidade ampla, independente do gênero, pode ser homem, mulher, independente do credo, da raça e assim por diante. Essa universalidade também não pode negar as diferenças culturais, então tem que se buscar uma conciliação, porque há o multiculturalismo, ou seja, a cultura de um país é diferente da outra. Mas a universalidade de que eu estou falando é importante para sustentar que os direitos fundamentais são supraconstitucionais. E, portanto, se eles são supraconstitucionais, são mais inclusivos do que cláusulas pétreas. Nem o novo poder constituinte originário pode retirar esses direitos ou enfraquecê-los, se é no estado de direito, porque eles estão ligados à vida e à existência com dignidade, e a força tem que ser sempre expansiva. Existe a complementariedade. Um complementa o outro. Aí existe, por exemplo, o direito de acesso à justiça e um Mandado de Segurança, para tutelar os direitos difusos, no caso de ilegalidade e abuso de poder, caso de lesão, por exemplo, ao meio ambiente. Outra característica é a efetividade, os

direitos não são direitos do papel, tanto é que a nossa Constituição expressamente estabelece no parágrafo 1º do art. 5º a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ou seja, tem que se buscar a máxima efetividade, é uma característica.

Na minha tese de doutorado, acrescentei algumas características a essas presentes na doutrina. Existe a máxima força concretizadora, ou seja, pode-se utilizar de todos os meios para concretizar esses direitos, inclusive meios construídos pelo diálogo e pelo consenso. E, quando não for possível, meios que depende da adjudicação da liminar da sentença e até, se for o caso, da força policial, para no caso de se concretizar. Existe a interpretação aberta e ampliativa, isso é um aspecto importantíssimo, que está no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição. Aqui os direitos e garantias previstos lá no capítulo 1, art. 5º, não excluem outros decorrentes dos princípios dos regimes adotados pela Constituição e dos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Isso significa que o rol exemplificativo, que a interpretação é ampliativa. Então são características importantes, interpretação

ampliativa, o rol exemplificativo. Por exemplo, o Procurador de Justiça Paulo Cançado coordenou recentemente a Carta de Brasília. Nós reconhecemos expressamente na Carta de Brasília, aquele trabalho belíssimo, que o rol dos mecanismos de atuação do Ministério Público é meramente exemplificativo. Então se pode trabalhar com inquérito civil, audiência pública, recomendação, ação civil pública e assim por diante. É possível trabalhar com projetos sociais, projetos executivos no plano de atuação, outros mecanismos legítimos que possam promover a efetivação dos direitos fundamentais e a transformação social podem e devem ser utilizados pelo Ministério Público. Pode-se trabalhar com todas aquelas técnicas de negociação, de mediação. Então é importante compreender a Constituição, o modelo constitucional para se extrair a força irradiante e compreender o sistema jurídico e trabalhar com o sistema jurídico, inclusive na interpretação do CPC.

Outro aspecto é a máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores do direito em geral e dos

particulares. O sistema jurídico deve ser conduzido numa interpretação que leve em conta as conquistas magnas da sociedade e da natureza, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais. Deve conduzir o sistema jurídico na metodologia em três dimensões: do estudo, da reforma e da concretização. E concretização é muito mais do que interpretação, como já dizia Paulo Bonavides. Concretizar é uma atividade de criação, porque vai além da mera interpretação. Precisamos ser criativos, porque somos concretizadores de direitos fundamentais. Induzimos a concretização de direitos fundamentais, precisamos trabalhar com criatividade.

E aqui, senhores, vamos ver que os direitos e garantias fundamentais geram a situação de insujeição; existem direitos e deveres, surge a situação da insujeição pelos deveres correlatos em quatro dimensões. Estes são os sujeitos que devem se submeter aos direitos fundamentais: o legislador, que não pode restringir, não pode impedir a realização, não pode suprimir; o judiciário, que tem que devidamente interpretar e concretizar; o

executivo, que deve desenvolver políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais; por fim, os particulares também se sujeitam aos direitos fundamentais.

Outra faculdade é a dinamicidade incorporativa e valorativa, ou seja, eles são dinâmicos e vão incorporando, porque o sistema é aberto. Gosto de analisar a abertura constitucional, principalmente, pela cláusula aberta de direitos fundamentais, que são as conquistas magnas da sociedade. Então eles vão incorporando novos valores. Nós já reconhecemos novos direitos, no casamento homoafetivo, passa a ser reconhecido, fazer parte da dignidade humana, o direito à felicidade das pessoas e assim por diante. E aí vão incorporando novos valores, por exemplo, mesmo que não esteja de forma expressa, estaria implícito, direito também a cultura, dos animais, dos vegetais e assim por diante.

Outro aspecto importantíssimo que deve ser uma bandeira de luta do Ministério Público seria criar ou desenvolver uma nova teoria da cognição. Hoje se

recorre a doutrina, jurisprudência, prova pericial, prova testemunhal, depoimento interrogatório, só que esse tipo de cognição não é mais suficiente para a transformação social para a sociedade complexa. É preciso, hoje, construir uma cognição, uma prática de transformação social a partir de uma cognição que a abranja, com estatísticas, provas por amostragem, indicadores sociais, indicador do resultado e assim por diante. Então, é preciso mudar a nossa teoria da cognição em termos da nossa atuação como instituição, não só o Ministério Público como o judiciário. Já não é mais suficiente trabalhar só com provas clássicas. Para identificarmos situações de retrocesso, devemos ter condições de fazer uma interpretação, não só abstrata do sistema jurídico, mas analisar os fatos, compreender bem os fatos, fazer uma leitura, por exemplo, dos indicadores sociais, fazer uma leitura do IDH de determinada região. No Brasil, quando há crise, o primeiro ponto afetado são os direitos fundamentais. Nenhum governo na história do Brasil, depois da Constituição de 1988, foi devidamente constitucional em termos de direitos fundamentais, ou seja, promoveu efetivamente a transformação social como deveria.

Esse é um problema seriíssimo que nós devemos discutir. Paga-se, por exemplo, mais de 300 bilhões de juros por ano aos investidores em títulos de dívida pública. E em 15 e 16 anos de Bolsa Família, nós pagamos 230 bilhões. Em um ano de juros para 20 mil pessoas, pagamos mais do que investimos durante 15 e 16 anos em Bolsa Família. Quem fixa os juros são técnicos que não me representam, eu acho que não representam vocês, não foram escolhidos, do Copom. É algo que precisa ser oxigenado, que precisa ser discutido.

É uma questão complicada. Por exemplo, nos Estados Unidos, juros são baixíssimos, na Europa são baixos. Então é necessário discutir por que esses juros são tão altos. E traz uma sobrecarga enorme para o país e diminui o dinheiro para investir, inclusive na tutela de direitos fundamentais. Deve-se combater a corrupção e todos os ilícitos de forma preventiva e, também, discutir qual é o modelo mais adequado de fixação de juros.

Outra questão é a relativização. Eles são relativos, não são absolutos, porque um precisa conviver harmonicamente com o outro. É o que acontece com

a coisa julgada, que é uma garantia fundamental. Tem-se uma coisa julgada, amparada em uma decisão, que não reconheceu a paternidade e uma decisão em que não houve teste de DNA. Aqui se tem de um lado uma coisa julgada, que é uma garantia constitucional fundamental, e de outro o direito à dignidade humana, o direito a saber quem realmente é o pai.

Às vezes precisa-se de uma liminar, relativiza-se o contraditório, a liminar é urgente, surge o chamado contraditório postergado, limitado ou deferido para momento posterior.

Quanto à conceituação dos direitos fundamentais, um grande constitucionalista espanhol, Pérez Nuño, explica que, em uma significação axiológica objetiva, os direitos fundamentais representariam o resultado de um acordo básico das diferentes forças sociais, conquistado a partir de relações da cooperação encaminhadas diante das metas comuns. Isso aconteceu com a Constituinte de 1988, um grande pacto com a participação de muitos segmentos sociais.

Existe uma dimensão subjetiva; os direitos fundamentais determinam um estatuto jurídico dos cidadãos, tanto em suas relações com o Estado quanto em suas relações entre si. Seria como se fosse um estatuto básico dos cidadãos. Mas não do cidadão meramente abstrato, do cidadão real, concreto, do cidadão eleitor, do cidadão consumidor e é possível falar do cidadão natureza. Defendi na minha tese de doutorado um conceito de cidadania biocentrista, solidarista, universalista nesse aspecto para reconhecer que a cidadania não é só individual e não pode ser vista simplesmente nesse aspecto de produção de direitos fundamentais somente na titularidade humana, precisa ser discutida.

Aqui trago uma conceituação, que está lá no meu livro *Direito Material Coletivo*, que foi minha tese de doutoramento. Direitos fundamentais são todos os direitos individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica, que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundador do próprio estado democrático

de direito, que é justamente o direito à vida e sua existência com dignidade. Quando alguém tiver que fazer uma interpretação em que há conflito, se tem que ponderar, pondere sobre aquilo que mais protege a vida e sua existência com dignidade, porque isso é o núcleo central do direito e é núcleo central de imposição de deveres.

Temos, assim, modelos de construção dos direitos fundamentais. Temos um modelo puramente procedimental, no qual a Constituição só dispõe sobre procedimento, e quem vai deliberar sobre os direitos fundamentais geralmente é o legislador infraconstitucional. Esse modelo é frágil, porque valoriza a soberania do legislador infraconstitucional. Não o acho o mais adequado para tutela de direitos fundamentais. O segundo modelo é puramente material, que é uma Constituição que, simplesmente, não dispõe de procedimento de processos, ela dispõe só sobre os direitos fundamentais. Ele acaba também sendo frágil, porque não tem as garantias de tutela, e isso pode prejudicar. E existe um terceiro paradigma, o eclético conciliatório, sob o qual uma Constituição

traz procedimentos e normais materiais sobre direitos fundamentais. Traz garantias e traz os direitos fundamentais em si, de forma substancial. Esse é o modelo da Constituição 88 e é o da maioria das constituições do mundo.

Eu já falei que eles exercem múltiplas funções, possuem a multifuncionalidade. Outra questão importante é estudar os direitos fundamentais e os deveres fundamentais, nesses aspectos dessas situações que geram sujeição em quatro dimensões: sujeição para o legislador, para o administrador, para o executivo e para o legislador, judiciário, para o administrador, judiciário, legislador e para o particular.

Aqui se questiona se os direitos fundamentais são cláusulas pétreas. Uma interpretação literal pode conduzir à conclusão de que seriam apenas os direitos elencados no § 4º do art. 60 da Constituição. Ocorre que a própria Constituição já nega isso, ela vai muito além. As cláusulas pétreas são conquistas tão importantes para a sociedade que não se pode alterá-las. Nesse aspecto, por exemplo, quando a

Constituição fala que o Ministério Público é uma instituição permanente, ela está dizendo, em outras palavras, que o Ministério Público é uma cláusula pétrea, uma cláusula superconstitucional.

O Ministério Público com suas atribuições, com suas garantias e com suas vedações é o Ministério Público como uma cláusula pétrea. Por conseguinte, se uma das atribuições do Ministério Público é a defesa dos direitos coletivos, direitos coletivos também são cláusulas pétreas. Essa seria a interpretação inteligente e potencializada das cláusulas pétreas.

Acredito que os direitos fundamentais são cláusulas superconstitucionais, principalmente aqueles que são conquistas universais, que dizem respeito à vida e a sua existência com dignidade. Agora, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o compromisso maior da nossa Constituição, com a transformação social, a qual, como eu disse, só ocorre de forma legítima com a efetivação dos direitos fundamentais.

O mínimo existencial é um problema seriíssimo, porque tem um aspecto positivo, mas pode ter um aspecto devastador para os direitos fundamentais. Enquanto pressuposto de uma ação judicial, poderá sensibilizar o Juiz, que vai conceder uma liminar, pode ser um aspecto positivo. Mas o grande aspecto negativo é que não há como transferir tal premissa para o Brasil, porque não passamos por uma transformação social. Se se expandir esse conceito de mínima existencial, corre-se o risco de se criar uma doutrina dos direitos fundamentais do mínimo existencial, ou seja, só a tutela de direitos fundamentais, no mínimo existencial. Aí será uma doutrina dos direitos fundamentais incapaz de promover a transformação social. Isso é um grande problema. Então é necessário tomar cuidado com essas transferências de doutrinas e de orientações jurisprudenciais que surgem em outros países.

A norma jurídica tem uma classificação bipartida ou tripartida. Há quem divida a norma jurídica em princípios e regras. Existe a do Dworkin, a do Alexi. Em regra, os princípios são generalizados, são valorativos e as regras são casuísticas, volto para

o caso concreto. Eu prefiro uma outra classificação que eu tenho defendido, uma classificação tripartida ou tripartite. E vou explicar, inclusive, as razões. Eu acho que a norma jurídica, principalmente as normas de direitos fundamentais, tem três dimensões. Elas são princípios, são mandamentos de otimização do sistema, valorativo generalizante. Existem também as garantias. E as garantias se bipartem em garantias instrumentais, como numa ação civil pública, mandado de segurança, e garantias institucionais, como é o caso do Ministério Público. Por isso tenho defendido que a natureza constitucional do Ministério Público atualmente, pensado à luz dos direitos e garantias fundamentais, é de garantia fundamental, institucional de acesso à Justiça da sociedade, do indivíduo em relação aos direitos individuais indisponíveis, e da sociedade em relação aos direitos coletivos amplamente consideráveis. Então a natureza jurídica é essa. Eu tenho que pensar o Ministério Público à luz das conquistas magnas da sociedade. E aí, com essa classificação tripartida, vou compreender,

adiantando o tema, a natureza constitucional do Ministério Público como uma garantia fundamental, cláusula pétrea de acesso à justiça, como garantia institucional de acesso à justiça da sociedade.

Vou trazer uma classificação do José Afonso da Silva que é interessante para compreensão do tema. Ele lista direitos fundamentais do homem indivíduo destinado ao reconhecimento de autonomia dos particulares, tais como direito a liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Há direitos fundamentais do homem nacional, os quais se destinam à fixação da nossa nacionalidade e suas finalidades. Há direitos fundamentais do homem cidadão, consistentes nos direitos políticos de votar e ser votado. Menciona direitos fundamentais do homem social, vinculados ao homem no plano das suas relações sociais, entre eles destacam-se educação, saúde, seguridade social. Cita direitos fundamentais do homem membro de uma coletividade considerados como direitos coletivos. Refere direitos fundamentais do homem solidário ou do gênero humano, representado pelo direito à paz, ao envolvimento, à comunicação, ao ambiente, ao patrimônio cultural, patrimônio comum da humanidade.

Essa classificação facilita compreender que os direitos fundamentais na Constituição vão muito além do art. 5º, do 6º, do 7º. Ela serve ainda para fins didáticos e de compreensão do modelo. Mas ela não serve para induzir uma pragmática de transformação social. Levam-se em conta os modelos de tutela jurídica e de acesso à justiça e de ações. E por isso eu defendo, foi a minha tese de doutorado, uma classificação dicotômica, que é uma nova *summa divisio* constitucionalizada na Constituição; os direitos fundamentais são bipartidos, ou eles são do indivíduo ou da coletividade. É uma nova *summa divisio*. Para fins de acesso à justiça jurisdicional ou extrajurisdicional, não é mais adequado dividir em público ou privado. Por exemplo, para compreender as atribuições constitucionais do Ministério Público, já adiantando o tema aqui, não é adequado eu falar assim: o Ministério atua no público e não atua no privado, ou atua no público e no privado nessas áreas. Não há como estabelecer o que é público ou o que é privado. Por exemplo, quanto à Constituição, é possível considerá-la público, porém ela contém normas que dizem respeito à intimidade da pessoa,

à propriedade. Em direito do trabalho, há mais avanços, eles já tratavam de questões individuais e coletivas. O Código de Defesa do Consumidor menciona individual ou coletivo. Se se pegar, por exemplo, a classificação tricotômica, público, privado e transindividual, defendida pela Ada [Pellegrini Grinover], por vários autores, também não é adequado. O tema foi defendido até pelo Capelletti, que falava que entre o público e o privado há um profundo abismo. Mas não é adequada, porque não leva em conta os reais titulares. Não leva em conta a titularidade, a situação de lesão, as necessidades, principalmente no caso dos homens e necessidades humanas. As necessidades humanas podem ser individuais ou coletivas. A Constituição expressamente estabelece que os direitos e os deveres são individuais e coletivos.

Então tratemos do dano moral, interpretado à luz do capítulo um. O dano moral, interpretado à luz da nova *summa divisio*, pode ter dimensões individuais e coletivas, essa é a nossa teoria dos direitos fundamentais. Conforme o artigo 5º, o leitor tem que interpretar de acordo com o *caput*,

e os direitos e deveres lá são individuais e são coletivos. Então a doutrina quer negar direitos coletivos, dano moral em direitos coletivos, isso é inconstitucional, porque a Constituição determina que os direitos e deveres no Brasil são individuais e coletivos. Tem que se expandir isso para todos os dispositivos.

Eu orientei um trabalho, inclusive foi publicado, da Lílian Chequer, defendendo o mandado de segurança coletivo. O mandado de segurança, analisado à luz da nova *summa divisio*, pode ser individual ou coletivo. Em casos mandados de busca e apreensão, com prisão arbitrária em relação a movimentos sociais e outras, cabe mandado de segurança coletivo. Inclusive no trabalho foi discutido a possibilidade de *habeas corpus* até para tutelar o direito de ficar de uma árvore. *Habeas corpus* é individual e coletivo. *Habeas corpus* individual e coletivo, analisado à luz da nova *summa divisio*, ou seja, as garantias são tutela individual e tutela coletiva.

No art. 6º, são tratados os direitos sociais: moradia, educação, saúde, assistência social. Os direitos sociais são vinculados à situação de lesão e ameaça. Eles podem ser individuais, se a saúde é de uma criança, ou de um idoso, no caso concreto; se a saúde, a situação de lesão e ameaça é de uma coletividade, pode ser direito coletivo; se é de todos, pode ser direito difuso, vai depender da situação concreta.

Esses direitos sociais podem ser de dimensão individual ou de dimensão coletiva. E assim também ocorre nos direitos políticos. Se houver uma situação e lesão generalizada de direito político de centenas de pessoas, cabe um mandado de segurança coletivo, por exemplo. Vai depender da situação de lesão e ameaça. E as necessidades humanas são individuais e coletivas. A titularidade pode ser individual ou coletiva.

O estado democrático de direito no Brasil é força organizativa da sociedade, é um mero representante, está dentro da sociedade. Nós estamos dentro da sociedade. O Ministério Público é força organizativa

da sociedade, é força organizativa em grau máximo. Como força organizativa, representamos a sociedade e devemos atuar para defender os direitos coletivos amplamente considerados e os direitos individuais indisponíveis. Não é preciso discutir se é público ou privado, com a Constituição e a nova *summa divisio*, resolve-se todo o problema de atribuição constitucional do Ministério Público a partir dos direitos fundamentais e a partir da nova *summa divisio*.

Nelson Nery participou da banca da minha dissertação de mestrado, *Direito Processual Coletivo: Um Novo Ramo*, houve recomendação para publicação. Passaram a me dizer que o assunto seria uma tese de doutorado e eu havia usado para defender um mestrado. Fui fazer uma palestra, um curso, em parceria com o Ceaf, em Ouro Preto, no mestrado em geologia. Falei sobre o meio ambiente. Eu estava preocupado, pois queria escrever sobre direito material coletivo e invertei, deveria ter escrito sobre direito material coletivo e depois processual. De volta ao hotel, dormi uma meia hora e acordei, abri a Constituição e vi Título

II, Capítulo 1, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Ocorreu-me que ali havia uma nova dicotomia. Assim acabei defendendo essa tese de doutorado, uma nova *summa divisio*, uma nova dicotomia, que supera a visão público-privada, público-privada transindividual, para fins de acesso a justiça e tutela jurídica. É o melhor modelo. Para acesso à justiça jurisdicional e transjurisdicional, deve-se saber se a ação é individual, se é coletiva, se é medida individual ou coletiva. É uma nova dicotomia constitucionalizada. E está aí, está na Constituição, Título 2, Capítulo 1, dos direitos fundamentais como valores fundantes e os direitos fundamentais como núcleo essencial do sistema jurídico. É uma questão importante, porque os direitos fundamentais possuem dupla dimensão. Eles são fundamentos do estado democrático de direito, dão alicerce para a criação do Estado e da Constituição. Dentro da Constituição, eles são a força irradiante. Então, são conquistas magnas da sociedade, da coletividade e até da natureza. No Estado, são o eixo central que deve conduzir com carga de eficácia irradiante em grau máximo.

Retomemos o Ministério Público para concluir a questão do CPC. O Ministério Público é uma instituição autônoma. É uma função essencial autônoma, ou ele está no executivo, ou no legislativo ou está fora, é autônomo ou é um quarto poder.

Vamos pensar o Ministério Público à luz dos direitos e garantias fundamentais, à luz da transformação social, que é o compromisso magno da nossa Constituição. Assim se conclui que o Ministério Público possui natureza de garantia constitucional fundamental, garantia institucional de acesso à justiça, é a força organizativa da sociedade e existe para defender, de forma intransigente, sem dispor dos direitos individuais indisponíveis e dos direitos coletivos amplamente considerados.

O Ministério Público é a promoção da transformação social, é o eixo central que deve conduzir, inclusive, a nossa forma de tutelar os direitos e garantias fundamentais para alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Nós deixamos isso muito bem claro também na Carta de Brasília.

Quando se analisa o Ministério Público como órgão agente ou interveniente, como autor ou como órgão interveniente, suas atribuições decorrem diretamente da Constituição. Conforme a Constituição, em seu art. 127, *caput*, o Ministério Público é instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Direitos individuais indisponíveis são aqueles que estão ligados ao direito a vida e sua existência com dignidade. Essa indisponibilidade pode ser subjetiva, quando há incapaz, e pode ser uma indisponibilidade objetiva; por exemplo, a pessoa está morrendo, não é incapaz, está precisando de um medicamento, o Ministério Público pode atuar. Isso porque faz parte da identidade do Ministério Público a proteção do direito a vida e sua existência com dignidade.

Então, não é preciso interpretar o CPC simplesmente vinculando a atuação do Ministério Público, submetendo a atuação simplesmente quando há interesse, se não houver interesse social ou público, ou quando há interesse de incapaz, ou

seja, baseado só numa indisponibilidade subjetiva. A indisponibilidade poderá ser objetiva. E é óbvio que devemos estabelecer o grau de priorização. De acordo com a situação concreta, a Defensoria Pública vai atuar, mas, se há uma situação de risco que demanda urgência e atuação, o Ministério Público não só pode, como deve agir, porque não há como dispor se se deve ou não proteger a vida de uma pessoa. Então, a indisponibilidade pode ser tanto objetiva quanto subjetiva. É necessário frisar que a Constituição não é mais mera carta política. É uma norma de direitos fundamentais que traz força irradiante sobre todo o sistema jurídico. Não é a Constituição de 1988 que tem que se adequar à política ou se curvar à política, mas a política é que deve se comportar de acordo com as diretrizes constitucionais, de acordo com o princípio da transformação social, com os direitos fundamentais. Ela é que traz a soberania do sistema jurídico, por isso é que existe o controle de constitucionalidade.

As atribuições do Ministério Público decorrem diretamente da Constituição. Ele não é mais meramente fiscal da lei. O novo CPC está atualizado.

E eu fico feliz de ter contribuído para isso. Defendi essa ideia e ficou definido que o MP agora é fiscal da ordem jurídica. Essa inserção tem um significado muito importante. Fiscalizar a ordem jurídica significa defender um sistema jurídico adequado. Se ao final se verificar que o pedido do menor é espúrio, é ilegal, o órgão vai opinar pela improcedência. Se ele verificar que não é, como numa ação popular, se não é uma ação popular indevida, busca-se a tutela jurídica mais adequada e mais justa. O Ministério Público atua na defesa dos direitos coletivos amplamente considerados, individuais e indisponíveis. A Constituição consagrou um modelo de acesso à Justiça e assim chega-se ao CPC, a tutela jurídica por adjudicação, nos artigos 5º e 35, e a tutela jurídica por resolução consensual, no preâmbulo. É um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil, ou seja, nas relações internacionais, o Brasil tem que priorizar a solução pacífica dos conflitos. Ora, se lá ele tem que priorizar externamente a solução pacífica dos conflitos, internamente com mais razão ainda. Dessa forma, existem dois modelos de sistema jurídico: o sistema da adjudicação em

que, às vezes, vai ser precisa uma liminar em sentença. E, às vezes, o agente tem que lutar porque o mais adequado é liminar em sentença, se a empresa descumpre TAC, por exemplo. Então, o Ministério Público atua jurisdicionalmente, por consenso ou por adjudicação, e extrajudicialmente, é aí que ele sempre vai buscar ser o intermediador da conflituosidade social diante dos embates que a ele incumbe defender. O novo CPC não foi planejado nem para tutelar direitos fundamentais nem para tutelar outros direitos. O princípio do planejamento é um dos princípios essenciais do Estado Democrático de Direito. Como estamos vinculados à realidade, a solução de problemas reais, como o nosso conceito de cidadão para fins de criar legislação, não é um cidadão meramente abstrato, mas cidadão real, concreto. Trata-se de cidadão consumidor, cidadão homem, cidadão mulher, um cidadão meio ambiente, é concreto, precisamos é estudar a realidade dos problemas para antes de criar uma lei. Em razão de críticas, foi inserido o artigo 1.069: “O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das

normas previstas nesse Código”. Não foi realizado estudo, por exemplo, para saber quais serão os impactos de imediato, a médio e a longo prazo do novo CPC, em sede de recurso, em sede de intervenção de terceiros. Nós não estudamos os pontos de estrangulamento do sistema, onde estava funcionando, quando não estava funcionando, o que precisava melhorar para identificar a realidade dos problemas. Apesar da capacidade da comissão elaboradora, um código não pode ser meramente intuitivo na era atual. Existem diretrizes, se bem aplicadas, poderão ser importantes para a tutela de direitos fundamentais, mas não sabemos. Hoje temos aproximadamente, 110 milhões de processos no Brasil. Planejar é estudar também quais serão os efeitos da nova norma para ser aprovada, de imediato, a médio e a longo prazo, exige estudo de fatos e prognóstico, não o fizeram. O Código é belíssimo para discussões teóricas, muitas doutrinas, muito requintado, mas não sabemos quais serão os efeitos. Precisamos também de um código pragmático.

Cito a importância do art. 1º do novo CPC para a tutela dos direitos fundamentais: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse Código”. Todos os dispositivos do Código precisam ser analisados à luz dos valores e dos princípios, especialmente dos direitos e das garantias fundamentais. Houve uma palestra no Congresso de Ouro Preto, em que o Ministro Herman fez uma belíssima interpretação da importância do art. 1º, segundo a qual toda a ordenação do código, toda a disciplina e a sistematização e a interpretação precisam estar de acordo com os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição. Existem normas no código que são inconstitucionais. Preocupa-me muito, por exemplo, e eu tenho falado de forma reiterada sobre isso, a expansão da força vinculante dos julgamentos dos tribunais, conforme os artigos 327, 926, 927; isso pode ter um aspecto aparentemente positivo, mas pode ser um bloqueio. Em termos de direitos fundamentais, aquele cidadão pobre, o excluído, não vai estar

representado na formação desses precedentes. O poder político, o poder econômico certamente estarão. E aí vem o desafio maior de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, porque isso pode trazer a unidade e pode trazer o engessamento. Tomemos, como exemplo, o art. 926, *caput*,: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Não se menciona: mantê-la preservando a vida e sua existência com dignidade, mantê-la aberta para reconhecer novos valores e conquistas. Aqui há uma aparente incompatibilidade entre o artigo 1º e o artigo 926, por isso o artigo 926 tem que ser interpretado à luz do artigo 1º e sempre pela Constituição, não podemos admitir a criação, por exemplo, de precedentes com força vinculante que gerem retrocesso, que fragilizem direitos fundamentais, a briga deverá ser forte. O Ministério Público vai ter que qualificar muito sua atuação nos tribunais, não só o Ministério Público como a Defensoria, essas instituições que defendem direitos fundamentais. No artigo 927, encontra-se o seguinte: “Os precedentes seguirão o Regimento Interno do Tribunal”. Para

a súmula vincular no Supremo, precisa-se de lei. O modelo constitucional é outro, precisa de lei, súmula vinculante. E mais, precisa-se de decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal. O código, agora, se for alterar o precedente, recomenda-se, como se fosse um dever, ter audiência pública, com representantes adequados para mudar o precedente. Por isso enfatizo que, na verdade, se se quer fazer uma interpretação harmônica e justa, deve-se considerar a Constituição, os precedentes não podem estabelecer taxatividade dos direitos, deve-se preservar a vida e sua existência com dignidade. Considero importante haver Audiência Pública com os representantes adequados no momento de construção do precedente, não só no momento de alteração e revogação. Outro aspecto A aplicabilidade das normas do novo CPC ao processo coletivo, aplicabilidade limitada e condicionada com o novo CPC. Essa é uma questão, mas devemos tomar muito cuidado. A porta de entrada e a porta de saída do novo CPC é tutela individual; a base da tutela coletiva e dos princípios está na Constituição, o direito processual coletivo está na Constituição. Considere-se o art. 18:

“Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por ordenamento jurídico”. É necessário sempre identificar qual que é o titular. Quando se trata de ação coletiva, deve-se demonstrar que os direitos são difusos, coletivos, individuais e homogêneos para se presumir a sua legitimidade, a legitimidade é um dos princípios do Processo Civil, presume-se pela afirmação de direito. Então, essa divisão legitimidade ordinária e extraordinária é incompatível com o sistema do processo coletivo, tanto que o Nelson Nery menciona que é uma legitimação autônoma para a condição do processo. O direito processual tem nos institutos estruturais a coisa julgada. “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Em outras palavras, a coisa julgada no CPC é *pro et contra*, a favor ou contra, procedente ou improcedente e interpartes, entre as partes; tutela coletiva, coisa julgada, em regra, têm que ser *erga omnes*, têm que ter validade para todos. Salvo nos coletivos, que é ultraparte, limitada a grupo, categoria ou classe. Então, a porta de entrada e a porta de saída do novo código são tutela individual. Veja-se o

enunciado que aprovamos na carta de Tiradentes. "A aplicabilidade do novo CPC ao direito processual coletivo continuará sendo limitada e condicionada a presença de compatibilidade formal e material". Vou ter que analisar concretamente o que é aplicável ou não a cada caso. Por exemplo, se se aplicar responsabilidade processual objetiva nas ações coletivas, ninguém vai mover cautelar; uma associação não vai mover uma cautelar numa ação civil pública sabendo que, se ela perder, vai responder independentemente de dolo ou culpa; a responsabilidade será fato gerador anexo da conduta. Mesmo que não haja previsão na tutela coletiva, a incompatibilidade, ela é substancial, material. Então sempre que o agente for aplicar o novo CPC, terá que fazer uma análise da dupla compatibilidade formal e material, sob pena de gerar retrocesso concreto, de fragilizar a tutela de direitos coletivos. E eu acho também que o CPC não deveria ter disciplinado o sistema de tutela coletiva. O Código Civil não tem um dispositivo que trate de direitos difusos coletivos. O direito à água é tratado dentro do capítulo de vizinhança. Corre-se o risco de sufocar a tutela coletiva ao interpretá-la à luz

de um conjunto de técnicas voltados para a tutela individual, técnicas processuais. O novo CPC tem fomentado novos estudos, pesquisas, publicações e mudança cultural e estrutural na instituição, eu acho que é importante. Ele fortaleceu muito o diálogo do Processo Civil com a Constituição. Essas normas fundamentais do artigo 1º ao 12 são essenciais. O novo CPC adota o modelo dicotômico de acesso à justiça, isso é muito importante.

Tenho defendido há muito tempo, desde o livro *Direito Processual Coletivo*, que o juiz tem que flexibilizar a categoria da admissibilidade processual, ele tem que ter interesse, não de julgar a favor de A ou B; o juiz deve ter interesse para legitimar a função jurisdicional e enfrentar as questões do mérito. Da mesma forma, o juiz deve fundamentar a decisão, se a decisão não for fundamentada, não terá legitimidade social. Michele Taruffo escreveu sobre isso, a fundamentação da decisão é fator de legitimidade social dessa sentença. É preciso zelar pelo dever de cooperação entre todos que participam do processo para construção de uma decisão justa e efetiva. Houve uma palestra aqui do Zanetti, que

falou sobre essa questão, que agora, pelo artigo 6º, a norma deixa claro que o contraditório também abrange o juiz, surge o contraditório como dever ético, inclusive de participação, de cooperação: é o “Dever de cooperação entre todos que participam do processo”. Todos são juiz, promotor, Ministério Público, autor, réu, quem participa deve cooperar para a construção de uma decisão justa e efetiva, então são pontos essenciais.

Outro aspecto muito importante é a tutela inibitória para direitos fundamentais. Aqui se inclui a priorização da tutela preventiva, principalmente, a inibitória para combater a prática, a repetição e a continuidade do ilícito. O Ministério Público sempre identificou muito sua construção na atuação repressiva; quando foi criado, era órgão repressivo do Estado, depois ele deixou essa função, passou a ser uma instituição indutora da transformação social e defensora dos direitos fundamentais. Tem e deve atuar repressivamente também, mas deve priorizar a atuação preventiva e combater a prática, a continuidade e a repetição dos ilícitos. A tutela inibitória prevista no CPC é extraordinária,

conforme o Parágrafo Único do art. 497: “Para concessão de tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuidade de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de danos ou a existência de culpa ou dolo”. Não é preciso demonstrar dano, não é preciso demonstrar culpa ou dolo, basta demonstrar que há indício razoável que é possível uma empresa funcionar sem licenciamento ambiental, que há indícios razoáveis de que aquele prefeito vai praticar uma improbidade para se mover ação de forma preventiva, evitando-se a prática do ilícito. E, quando já ocorreu ilícito e dano, pede-se tutela inibitória para evitar a repetição do ilícito, inclusive sob pena de multa pesada.

Então, nós temos que potencializar para o futuro. E eu até tenho defendido que tutela inibitória cabe até em ação penal, na denúncia. Para potencializar a ação penal, principalmente aquelas ações penais coletivas, pede-se a tutela inibitória, porque se o reclamado repetir o ilícito penal, em outra ocasião, a multa será pesada também. Isso deve ser utilizado

em casos de violação de meio ambiente, saúde pública, corrupção Podemos também estudar o Direito Penal à luz da transformação social.

Há um aspecto negativo a ser mencionado. Trata-se da previsão de reconvenção em face do autor, eu tenho preocupação que o uso da reconvenção possa prejudicar movimentos sociais, possa prejudicar a atuação do Ministério Público em improbidade. Não cabe essa reconvenção no processo coletivo porque é incompatível, porque essa reconvenção seria de natureza de direito individual, tutela individual e não é cabível no processo coletivo. Deve-se analisar a causa de pedir e o pedido para saber se a ação é individual ou coletiva, porque, do contrário, se toda ação movida em face do Estado se torna uma ação coletiva passiva, só vai haver ação coletiva passiva. Outro problema a ser abordado se refere a esta estabilização: "A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto recurso". É um problema seriíssimo que me preocupa, porque, se alguém move uma ação cautelar antecedente e o réu não agrava, ele é obrigado a agravar senão

vai se extinguir o processo. Se ele não agrava, extingue-se e se estabiliza, não é coisa julgada, mas é como se fosse coisa julgada. Essa estabilização não está na Constituição, não é coisa julgada, não é ato jurídico perfeito nem direito adquirido. Se se estabelecessem as hipóteses cabíveis, com limitações, poderia até funcionar, mas do jeito como está muito me preocupa a generalização. O Ministério Público deve estar presente de forma estruturada dentro dos tribunais, participando com argumentação devida e qualificada à luz da transformação social, dos direitos fundamentais.

Na abordagem do próximo tópico, vou mencionar o Elton Venturi, um Procurador da República. Ele declara que a intimação do Ministério Público, dentro do processo, se ele não é intimado, é um vício de inexistência que não deve ser sanado. Ele argumenta que o Ministério Público não é simplesmente um mero órgão interveniente, quando ele deve ser intimado para intervir no processo, é um representante de um interesse social, de um interesse público da sociedade dentro do processo. Ele assume uma função como

se fosse uma parte representando a sociedade. Assim afirma: “Se o réu não é citado, é inexistente o processo, se ele não comparece.” Dessa forma ele questiona o § 2º do art. 279: “A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência do prejuízo”.

Então, a preocupação dele é tratar o Ministério Público, quando ele é fiscal da ordem jurídica, agente ou interveniente, como um mero órgão interveniente, sana qualquer vício. Se o Ministério Público não atuou em primeiro grau, vem no segundo, um Procurador ratifica e sana o vício; faltou promotor natural. É necessário saber se a sociedade foi devidamente representada. No balanço geral, observo que é positivo o novo CPC no plano do MP e da tutela dos direitos fundamentais, contudo, não se vislumbra a diminuição da sobrecarga do Judiciário por força do novo código. A aplicabilidade do novo CPC no processo coletivo continuará dependendo de dupla compatibilidade. O aspecto mais inovador é a existência de priorização da resolução consensual, que deve priorizar o

diálogo e o consenso na construção das decisões adequadas. As atribuições do MP como órgão agente e interveniente decorrem diretamente da Constituição, essencialmente, dos art. 127, *caput*, e 129. Então, em síntese, era isso. Muito obrigado pelo carinho de vocês. Muito obrigado.