

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SANDOVAL ALVES DA SILVA**

**A TUTELA COLETIVA EXTRAPROCESSUAL:  
O DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE  
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A CONCRETIZAÇÃO  
DOS DIREITOS SOCIAIS**

**BELÉM**

**2015**

**SANDOVAL ALVES DA SILVA**

**A TUTELA COLETIVA EXTRAPROCESSUAL:  
O DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE  
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A CONCRETIZAÇÃO  
DOS DIREITOS SOCIAIS**

Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito na linha Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos, nas subáreas de Direito Processual, Financeiro e Constitucional.

**Orientador: Professor Doutor Antônio Gomes Moreira Maués.**

**BELÉM**

**2015**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA

Silva, Sandoval Alves da

A tutela coletiva extraprocessual: o diálogo institucional como instrumento de atuação do Ministério Público em políticas públicas para a concretização dos direitos sociais / Sandoval Alves da Silva; orientador, Antonio Gomes Moreira Maués. Belém, 2015.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2015.

1. Direitos humanos - Brasil .- 2. Direitos sociais – Brasil.- 3. Brasil. Ministério Público.- I. Maués, Antonio Gomes Moreira.- II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDDir: 341.270981

**SANDOVAL ALVES DA SILVA**

**A TUTELA COLETIVA EXTRAPROCESSUAL:  
O DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE  
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A CONCRETIZAÇÃO  
DOS DIREITOS SOCIAIS**

Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito.  
Área de concentração: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Professor Doutor Antônio Gomes Moreira Maués  
Universidade Federal do Pará**

---

**Professor Doutor José Cláudio Monteiro de Brito Filho  
Universidade Federal do Pará**

---

**Professora Doutora Gisele Santos Fernandes Góes  
Universidade Federal do Pará**

---

**Professor Doutor Rodrigo Brandão  
Universidade Federal do Rio de Janeiro**

---

**Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart  
Universidade Federal do Paraná**

A Deus, aos meus pais, Antônio da Silva Santos (*in memoriam*) e Maria Alves dos Santos, por me terem dado a oportunidade de existir e de procurar conceber o mundo pelo conhecimento, à minha esposa Kéllen Patrícia e aos meus filhos Emily, Pedro e Nicole Simões da Silva, pela paciência, pelo apoio e pela compreensão nas horas devotadas à procura do conhecimento.

## AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus pais, Antônio da Silva Santos (*in memoriam*), com a saudade que o tempo não apaga, e Maria Alves dos Santos, pelo amor e pela dedicação envidados na minha criação.

À minha esposa Kéllen Patrícia e aos meus filhos Emily, Pedro e Nicole Simões da Silva, pela paciência e pela compreensão nas intermináveis horas devotadas à procura do conhecimento.

Ao professor Doutor Antônio Gomes Moreira Maués, pela maestria da orientação, por fazer-me aprendiz em meus arroubos de orientado e por fazer-me sentir igual nas incursões humildes de aprendiz, fazendo-me lembrar a possibilidade de terminar a tese.

Ao professor Doutor e amigo José Cláudio Brito, pelas valorosas contribuições na qualificação da tese e pela coerência de suas abordagens sobre o tema.

Às professoras Doutoradas Pastora Leal e Gisele Góes e aos professores Doutores Fernando Facury Scaff, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, pelas sábias e marcantes contribuições nas abordagens do tema.

Aos meus amigos Marcelene Veloso, Breno Baía, Alexandre Gavronski e Valena Jacob, pelas valorosas contribuições em ideias, indicações de livros, estudos em conjunto, horas de reflexões e lutas no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará e na Escola Superior do Ministério Público da União.

Ao amigo Márcio Vaz Ferreira, pelo envolvimento pessoal e desinteressado nos ajustes da tese para atender às normas da ABNT.

Aos demais amigos, mestres e familiares que, de forma direta ou indireta, ajudam-me a escalar a infindável montanha do saber.

À professora Izabel Maria da Silva, pela eficiente tradução do resumo e pelo carinho sempre despendido ao autor.

À professora Maria da Graça Ferreira Leal, pela eficiente e minuciosa revisão, ressaltando-se que as falhas que ainda persistem resultam de ações e omissões do autor.

“Meu objetivo não é ser coerente com minha afirmação anterior sobre um dado problema, mas ser coerente com a verdade, tal como se me pode apresentar em um dado momento. O resultado é que cresci de verdade em verdade.”

*Gandhi*

## RESUMO

A tese defende a concretização gradual dos direitos humanos (raciocínio gradualista) por meio do diálogo institucional dirigido pelo Ministério Público, o que implica a interação entre os ramos de governo e põe em questão o dogma da “separação de poderes”. Para isso, são apresentados exemplos práticos e argumentos teóricos. A tese demonstra que a instituição ministerial, com natureza de poder público constituído, tem autonomia constitucional e aptidão político-burocrática (legitimidade procedimental e substancial) para defender o interesse público e as demandas sociais e autoridade para dialogar em rodadas procedimentais tendo em vista a concretização dos direitos sociais por meio de acordos políticos que servem de última palavra provisória sobre conflitos sociais. Em sua atuação, a instituição conta com instrumentos procedimentais, como a notificação, a requisição, a recomendação, o compromisso de concretização, etc., que lhe permitem provocar, iniciar, articular, dirigir e realizar o diálogo com os demais ramos de governo para conseguir um acordo político que possa concretizar e realizar os direitos sociais. A ação ministerial ocorre quando o Estado viola os direitos humanos, por estar numa atividade excessiva ou num estado de latência por falta de especificação dos direitos sociais, necessária à exigibilidade extrajudicial e à executividade judicial. Assim, o diálogo é indispensável em caso de inadimplemento por excesso ou de omissão das prestações materiais, sob a responsabilidade estatal, imprescindíveis ao atendimento das necessidades humanas, a fim de cumprir a obrigação imediata, contínua e gradual de definição, organização, procedimentalização, especificação e concretização dos direitos sociais para atender a justiça distributiva por meio da defesa dos bens comuns, indivisíveis ou coletivos, e de seu regime de apropriação individual.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Diálogo institucional. Ministério Público.

## **ABSTRACT**

The thesis argues for the progressive implementation of the human rights (gradualist reasoning) via institutional dialogue conducted by the public prosecution service that impacts directly on the ‘separation of powers’ dogma through interaction between the branches of the government. To this end, it resorts to practical examples, theories and normative arguments. The thesis demonstrates the nature of the public prosecution service as a public power with constitutional autonomy and political-bureaucratic capability (democratic and moral legitimacy) to engage in procedural rounds to protect public interest and social demands aiming to fulfill the social rights via political accords that serve as a temporary last word about social conflicts. In order to carry out this task, the institution counts on procedural instruments such as notification, request, recommendation, accords of implementation, etc. Such instruments allow the institution to provoke, initiate, coordinate, conduct and carry out a dialog with the other branches of the government in order to reach a political accord that can fulfill the social rights. This action takes place when the state violates human rights either because it is involved in an excessive activity or because it is in a state of latency due to lack of the necessary specification of the social rights for extrajudicial enforceability and judicial enforceability. Thus, dialogue is integral in cases of default by either violation due to excess or omission of material benefits that are essential to cater for the human needs under the state responsibility in order to meet the immediate continuous and gradual obligation of providing definition, organization, proceduralization, specification and implementation of social rights to ultimately fulfill the distributive justice through the defense of the common, indivisible or collective goods and their individual appropriation scheme.

**Key words:** Social rights. Institutional dialog. Public Prosecution Service.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACDH	Acordo de concretização dos direitos humanos
ACO	Ação cível originária
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
Adepará	Agência Estadual de Defesa Agropecuária do Estado do Pará
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADO	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AGE/PA	Auditoria Geral do Estado do Pará
AgR	Agravo regimental
Alepa	Assembleia Legislativa do Estado do Pará
AP	Ação penal
ATI	Acordo teórico incompleto
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDH	Compromisso de concretização de direitos humanos
CEMG	Constituição Estadual de Minas Gerais
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CND	Certidão negativa de débitos
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
Conama	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CRAS	Centro de Referência de Assistência Social

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CSMPT	Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho
CtIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DEMHAB	Departamento Municipal de Habitação
DMLU	Departamento Municipal de Limpeza Urbana
DOE	Diário Oficial do Estado
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FAO	Food and Agricultural Organization of the United Nations
FASC	Fundação de Assistência Social e Cidadania
FIA	Fundo da Criança e do Adolescente
Funpapa	Fundação Papa João XXIII
HC	<i>Habeas corpus</i>
Inq.	Inquérito
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei de Ação Popular
LC	Lei Complementar
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LOMPU	Lei Orgânica do Ministério Público da União
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MC	Medida cautelar
MPE/PA	Ministério Público do Estado do Pará
MPF	Ministério Público Federal
MPT	Ministério Público do Trabalho
MPU	Ministério Público da União

MS	Mandado de segurança
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OJ	Orientação jurisprudencial
ONU	Organização das Nações Unidas
PAD	Processo administrativo disciplinar
Peti	Programa de Erradicação do Trabalho Infantil
PGE/PA	Procuradoria-Geral do Estado do Pará
PGR	Procurador-Geral da República
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
Pidesc	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PPA	Plano Plurianual
Promo	Procedimento promocional de políticas públicas
Props	Promoção de projetos sociais
PRT	Procuradoria Regional do Trabalho
PTTS	Projeto de trabalho técnico social
Rcl	Reclamação
RE	Recurso extraordinário
Res.	Resolução
REsp	Recurso especial
Senac	Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
Senai	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
Senar	Secretaria Nacional de Aprendizagem Rural
Senarc	Secretaria Nacional de Renda de Cidadania
Sesi	Serviço Social da Indústria
Seduc	Secretaria Executiva do Estado de Educação do Pará
Sespa	Secretaria Executiva do Estado de Saúde Pública do Pará
Seter	Secretaria de Estado de Trabalho, Emprego e Renda

SMIC	Secretaria Municipal de Produção, Indústria e Comércio
STA	Suspensão de tutela antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de ajuste de conduta
TACDH	Termo de acordo de concretização de direitos humanos
TCDH	Termo de compromisso de concretização de direitos humanos
TCV	Termo de compensação vegetal
TCU	Tribunal de Contas da União
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TRF-4	Tribunal Regional Federal da 4.ª Região
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UEPA	Universidade do Estado do Pará
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>16</b>
<b>2 APRESENTAÇÃO DOS CASOS</b> .....	<b>25</b>
2.1 SÍNTESE INTRODUTÓRIA DOS CASOS.....	25
2.2 PRIMEIRO CASO: ESTADO DO PARÁ – SERVIDORES PÚBLICOS .....	28
2.3 SEGUNDO CASO: ALEPA – SERVIDORES PÚBLICOS .....	34
2.4 TERCEIRO CASO: LIXÃO DO AURÁ, MUNICÍPIO DE ANANINDEUA .....	39
<b>2.4.1 Primeira rodada procedimental: acordo inicial</b> .....	<b>39</b>
<b>2.4.2 Segunda rodada procedimental: ação anulatória do TACDH firmado</b> .....	<b>46</b>
2.5 QUARTO CASO: MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DO PIRIÁ .....	47
2.6 QUINTO CASO: LIXÃO VILA CHOCOLATÃO, MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.....	50
2.7 INTROITO RESUMIDO PARA A APRESENTAÇÃO DA TESE .....	55
<b>3 DIREITOS SOCIAIS</b> .....	<b>57</b>
3.1 NORMATIVIDADE, DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS .....	57
<b>3.1.1 Os direitos e as concepções liberais e sociais</b> .....	<b>57</b>
<b>3.1.2 As necessidades humanas básicas e alguns critérios constitucionais de imputação de</b> <b>responsabilidade de atendimento</b> .....	<b>61</b>
<b>3.1.3 Entraves à concretização dos direitos sociais: estrutura jurídica inadequada, falta de</b> <b>especificação dos direitos sociais e distribuição desigual do bem e do mal comum</b> .....	<b>66</b>
<b>3.1.4 A indivisibilidade do bem comum e a teoria da exigibilidade imediata, gradual e contínua de</b> <b>concretização dos direitos sociais</b> .....	<b>73</b>
3.2 CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO E DE ESPECIFICAÇÃO ESTABELECIDOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .....	80
<b>3.2.1 Direitos difusos e coletivos em sentido estrito como bens comuns ou coletivos indivisíveis e</b> <b>indeterminados</b> .....	<b>84</b>
<b>3.2.2 Direitos individuais homogêneos e a preocupação com a apropriação individual do bem comum</b> <b>ou coletivo</b> .....	<b>86</b>
<b>3.2.3 Distinções e aproximações entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos</b> .....	<b>89</b>
<b>4 O DIÁLOGO INSTITUCIONAL</b> .....	<b>92</b>
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	92
4.2 A DIVISÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS ENTRE OS PODERES E O DILEMA DA ÚLTIMA PALAVRA.....	94

4.2.1 Revisitando a ideia clássica da divisão das funções estatais entre os poderes: o critério da divisão do trabalho das funções estatais .....	95
4.2.2 Críticas à legitimidade substancial ou procedimental com base na ideia de supremacia parlamentar ou judicial e algumas condições introdutórias das teorias do diálogo.....	102
4.3 FUNDAMENTO TEÓRICO DA LEGITIMAÇÃO PROCEDIMENTAL E SUBSTANCIAL DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	113
4.3.1 As teorias do diálogo institucional, especialmente entre Corte e Parlamento, e a quebra do mito da superioridade parlamentar ou judicial .....	114
4.3.2 As teorias do diálogo institucional e as premissas iniciais de impossibilidade de a Corte ser o único intérprete.....	120
4.3.3 Críticas da teoria do diálogo à ideia de supremacia, especialmente a judicial, e a teoria do apoio popular para a interpretação constitucional .....	123
4.4 TEORIAS DO DIÁLOGO PARA ALÉM DE CORTES E PARLAMENTOS.....	128
4.4.1 Teoria da parceria para a construção do significado constitucional: abertura para outros intérpretes constitucionais .....	128
4.4.2 Teoria da constituição coordenada fora da Corte e a inserção teórica do Ministério Público ..	133
4.4.3 Teoria da rodada procedimental e da última palavra provisória: a adaptação teórica ao diálogo extraprocessual do Ministério Público .....	160
4.4.4 Superação das críticas de Tremblay às teorias do diálogo .....	165
4.5 ESPÉCIES DE DIÁLOGOS E A BUSCA DA SEDIMENTAÇÃO TEÓRICA E PROCEDIMENTAL	171
4.6 CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DIALÓGICA INSTITUCIONAL PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO .....	176
4.6.1 Jogando com as teorias do diálogo .....	176
4.6.2 Elementos de especificação do processo deliberativo dialógico .....	182
<b>5 LEGITIMAÇÃO SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>210</b>
5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGITIMIDADE SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	210
5.2. LEGITIMAÇÃO SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONFERIDA PELA AUTONOMIA CONSTITUCIONAL .....	215
5.2.1 Contextualização da legitimação procedimental e substancial do Ministério Público.....	215
5.2.2 A gradual legitimidade procedimental para a defesa dos direitos sociais .....	219
5.2.3 A gradual legitimidade substancial para a defesa dos direitos sociais.....	222

<b>6 PROCEDIMENTOS E INSTRUMENTOS DIALÓGICOS DE ATUAÇÃO EXTRAPROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>232</b>
6.1 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	232
6.1.1 Interpretação construtiva do procedimento de concretização dos direitos sociais.....	232
6.1.2 Dimensão participativa do procedimento de concretização dos direitos sociais.....	234
6.1.3 Mitigações dos limites materiais e formais das técnicas extraprocessuais no procedimento de concretização dos direitos sociais.....	237
6.1.4 Fases do procedimento dialógico de concretização dos direitos sociais dirigido pelo Ministério Público .....	245
6.2 PROCEDIMENTOS E INSTRUMENTOS DE INICIAÇÃO, PROVOCÇÃO, INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO NO DIÁLOGO INSTITUCIONAL: FASE DA INICIATIVA E DA PERSUASÃO RACIONAL DELIBERATIVA .....	249
6.2.1 Notificação.....	254
6.2.2 Intimação.....	256
6.2.3 Inspeção .....	257
6.2.4 Requisição.....	258
6.2.5 Audiência extraprocessual.....	262
6.2.6 Inquérito civil público .....	264
6.2.7 Audiência pública.....	274
6.3 PROCEDIMENTOS E INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS POR MEIO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL: FASE DA PERSUASÃO RACIONAL DELIBERATIVA .....	277
6.3.1 Acordo de concretização de direitos humanos (ACDH) ou compromisso de concretização de direitos humanos (CDH) .....	278
6.3.2 Recomendação.....	290
6.3.3 Procedimento de implementação e promoção de políticas públicas .....	296
 <b>7 CONCLUSÃO .....</b>	 <b>301</b>
 <b>REFERÊNCIAS .....</b>	 <b>308</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto demonstrar que o diálogo institucional representa um excelente instrumento de atuação extraprocessual em políticas públicas, especialmente para o Ministério Público, no campo prático e teórico. A pesquisa evidencia que a perspectiva dialógica, conversacional, da metáfora do diálogo ou da abordagem relacional (*relational approach, relational terms, relational view*)<sup>1</sup> firma-se na atualidade como uma das possibilidades de harmonizar as liberdades individuais e os interesses coletivos, bem como de tentar solucionar alguns problemas de concretização, de falta de especificação ou de definição dos direitos humanos, especialmente os sociais. A pesquisa também apresenta, ainda que parcialmente, uma resposta razoável para algumas questões inerentes à divisão das funções estatais, ao considerar o Ministério Público um dos atores institucionais do poder constituído, com representação político-funcional, capaz de concretizar os direitos humanos por meio da interpretação e da especificação das normas constitucionais e internacionais no processo dialógico com os atores políticos que têm responsabilidade constitucional para desempenhar a função concretizadora dos direitos humanos sociais.

Assim, a relevância do tema deve-se à necessidade de definição, formulação, planejamento, execução e controle de políticas públicas que visam à concretização dos direitos sociais, que têm elevado grau de indeterminação e indefinição e sempre estiveram

---

<sup>1</sup> A forma de comunicação entre os órgãos parceiros responsáveis pela interpretação e pela concretização das normas constitucionais é denominada por muitos autores “teorias do diálogo institucional ou constitucional”. Essa classificação foi criticada, visto que o diálogo pressupõe que os parceiros falem diretamente um com o outro, o que não ocorre nas comunicações e deferências entre Corte e Parlamento, motivo pelo qual alguns preferem chamar “conversa” ou “termos relacionais”, pois a conversa é mais fluida, com menos estrutura e formalidade (HIEBERT, 2002, p. 50-52 e p. 72), ou “engajamento” (JACKSON, 2010, p. 11-16; WHITTINGTON, 2001b, p. 209). Porém, a palavra utilizada nesta tese será “diálogo”, por três razões: em **primeiro lugar**, as linhas teóricas sobre o assunto deixaram de usar os termos “coordenação” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 408), “cooperação”, “colaboração” (BONAVIDES, 2005, p. 147) e passaram ao longo do tempo a empregar “diálogo”, “metáfora de diálogo”, “abordagem relacional” etc., sendo “diálogo” o termo mais usado, conhecido e debatido para representar as interações institucionais na interpretação constitucional e para enfatizar o debate normativo sobre a última palavra (HOGG, BUSHELL, 1997); em **segundo lugar**, mesmo nas relações dialógicas entre Cortes, Parlamento e Executivo, como é o caso dos deslocamentos forçados de mais de três milhões de pessoas na Colômbia em razão da violência naquele país, há experiência do que se denomina “ativismo dialógico”, em que a Corte abre uma fase de diálogo no processo judicial com os atores envolvidos, tendo em vista o planejamento e a concretização dos direitos sociais, detalhando prazo, responsabilidades e metas de realização das políticas públicas avençadas no processo judicial (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010, p. 54), quando ocorre efetivamente uma relação dialógica direta; em **terceiro lugar**, em relação ao Ministério Público, o diálogo, com previsão expressa na legislação, efetivamente ocorre com os procedimentos que dirige e com instrumentos procedimentais que estimulam, forçam e promovem o diálogo institucional, de tal sorte que, nas rodadas procedimentais coordenadas pelo órgão ministerial, há uma conversa direta entre os órgãos ou entidades, parceiros ou envolvidos, contando com uma estrutura apropriada e seguindo formalidades que permitem o diálogo institucional destinado à concretização dos direitos sociais.

afetas aos poderes Executivo e Legislativo, excluindo o Judiciário de muitas questões atinentes às políticas públicas.

Esse panorama teve uma excepcional alteração, com exemplos em que o Poder Judiciário tomou a iniciativa para que as políticas públicas fossem definidas no sentido de proteção dos direitos humanos. Em razão de alguns fracassos na intervenção judicial em política pública, surgem novas doutrinas que prescrevem o diálogo institucional entre cortes e parlamentos para concretizar tais direitos.

A importância da discussão sobre o diálogo entre cortes e parlamentos tirou de foco muitas instituições estatais que podem e devem constitucionalmente atuar, processual ou extraprocessualmente, em políticas públicas. Isso demonstra o silêncio teórico sobre a possibilidade de atuação do Ministério Público em políticas públicas ou na especificação e na concretização dos direitos sociais, visto que, no campo prático, há vários exemplos nesse sentido.

Diante dessa circunstância, revela-se necessária a elaboração ou a adoção de teses para solucionar os problemas de concretização<sup>2</sup> dos direitos sociais, quando a Constituição, os instrumentos normativos e outras rodadas procedimentais não tenham especificado o conteúdo ou os elementos mínimos de tais direitos. Com efeito, uma vez definida a exigibilidade dos direitos, torna-se imperativa a exigibilidade e a execução da obrigação nos casos em que o direito foi constitucional, burocrática ou democraticamente delimitado nas leis orçamentárias, nas leis de planos e em outras rodadas procedimentais, embora, por algum motivo, o poder público continue inerte, ou em casos de ofensa aos direitos humanos por excesso de atividade.

Para os primeiros casos, em que os direitos tuteláveis estão carecendo de definição, defendem-se as teorias do diálogo institucional, em especial na seara extraprocessual, como

---

<sup>2</sup> Nesta tese, adotar-se-á a palavra “concretização”, que, semântica e gramaticalmente, melhor representa o que a doutrina pode chamar “interpretação”, “definição”, “delimitação”, “criação”, “interpretação construtiva” dos direitos humanos consagrados ou não na órbita constitucional ou em políticas públicas; por isso, “concretização” pode representar, em um contexto ou outro, um ou todos os termos. O termo “concretização” é tomado nesta tese como interpretação do direito diante do caso concreto, o que não se confunde com a “realização” ou a “aplicação” do direito, que se verifica quando a concretização produz efeitos reais no mundo da vida e significa efetividade, implementação ou realização material da concretização do direito (GAVRONSKI, 2010, p. 121, nota de rodapé n.º 9). Os termos “realização” e “aplicação” são às vezes tratados como sinônimos e, às vezes, de forma diferente para demonstrar a efetivação voluntária ou coercitiva do direito, respectivamente. Para outros, há aplicação quando há coerção e realização quando os efeitos são produzidos voluntariamente. Nesta tese, não se fará essa distinção semântica, pois serão utilizados os adjetivos “voluntário” ou “volitivo” para o regime dialógico de efetividade do direito e “coercitivo” ou “forçado” para o regime de substituição judicial, de forma a denominar efetivação voluntária para “aplicação ou realização voluntária” e efetivação coercitiva para “aplicação ou realização coercitiva”, respectivamente, de sorte que são os adjetivos voluntários e coercitivos que definem os substantivos aplicação, realização ou efetivação, sem que esteja ínsito tais significados adjetivos nos substantivos em questão.

forma de definir, formular, planejar, executar e controlar as medidas de concreção que versam sobre direitos sociais perante o Ministério Público, permitindo que se alcance, na teoria da decisão, o quê, o porquê, quem, como, onde, quando, quanto custa decidir e as cominações para o caso de descumprimento.

Para os segundos casos, em que há falta de efetivação, defende-se a adoção de medidas coletivas extraprocessuais a fim de garantir a realização voluntária das políticas públicas traçadas, visto que só falta a execução material dos comandos expressos na Constituição e nas normas infraconstitucionais, incluindo-se as leis orçamentárias, o que pode ser resolvido por meio do diálogo institucional formalizado por instrumentos como o acordo de concretização de direitos humanos (ACDH)<sup>3</sup>, a recomendação etc.

Dessa forma, permite-se que se discutam, pelo procedimento dialógico, questões que não foram consideradas relevantes na definição de políticas públicas de atendimento aos direitos sociais, coletivos ou prestacionais<sup>4</sup> pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e pelo Ministério Público, mas que são de suma importância para o sistema constitucional brasileiro e para a concretização dos direitos humanos.

Além da importância teórica do tema ora apresentado, o estudo justifica-se por sua elevada carga prática, pois a pesquisa terá por base alguns casos representativos ou repetitivos de atuação ministerial que estipulam, de forma dialógica, as premissas para a definição das políticas públicas e a destinação de verbas públicas, oriundas de multas e indenizações decorrentes dos descumprimentos dos acordos firmados com o Ministério Público, tendo em vista a concretização dos direitos sociais.

Os instrumentos existentes no ordenamento jurídico colocam a instituição do Ministério Público em uma situação destacada para dialogar direta e institucionalmente pela via extraprocessual, legislativa e judicial. É certo que a falta de teorização clara de tais instrumentos no campo da cultura e da prática jurídica traz certa dificuldade para utilizá-los

---

<sup>3</sup> O acordo ou compromisso de concretização de direitos humanos (ACHD) e seu respectivo termo (TACDH) é o nome sugerido na tese em substituição à expressão “ajustamento de conduta” adotada pela lei, conhecida pela doutrina como “termo de ajustamento de conduta” (TAC), conforme será abordado no capítulo 6. A sugestão de alteração do nome do instrumento de diálogo institucional é necessária em razão da perspectiva da tese de um Ministério Público resolutivo, dialógico e focado na concretização prospectiva dos direitos humanos em detrimento da crença de uma instituição demandista, policialesca e focada na responsabilização pretérita de infratores. Nessa perspectiva, propõe-se a releitura do instrumento para conceber essa nova denominação e a sugestão de *lege ferenda* de utilização pela lei do nome *juris* ora proposto, razão pela qual doravante o antigo TAC será tratado como acordo ou compromisso de concretização de direitos humanos (ACDH).

<sup>4</sup> As expressões “direitos sociais”, “direitos coletivos” ou “direitos prestacionais” serão utilizadas para designar o conjunto de direitos definidos como direitos econômicos, sociais e culturais, que envolvem relações jurídicas sobre a distribuição de bens indivisíveis e o regime de apropriação coletiva e individual, que devem ser apreciados pela justiça distributiva e não comutativa. Empregam-se essas expressões por serem mais conhecidas e para evitar repetições cansativas: dado o tema da tese, sua frequência é alta no texto. Assim, tais expressões, nesta tese, abrangem os três significados: econômico, social e cultural.

na atuação extraprocessual ou extrajudicial, como é o caso do acordo de concretização de direitos humanos (ACDH), que é muito utilizado, mas pouco explorado teoricamente.

Essas reflexões levam à formulação de uma série de questionamentos. Quais mudanças são necessárias nas teorias da divisão de funções estatais entre os poderes constituídos no Estado Democrático de Direito brasileiro para que se consiga alcançar o diálogo entre as instituições estatais, com o objetivo de concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais? Que teorias permitem sistematizar a atuação do Ministério Público para tutelar jurídica e extraprocessualmente as obrigações constitucionais indefinidas democrática e moralmente e que precisam de concretização? O Ministério Público, por ser um órgão político e independente, está autorizado, constitucional, substancial e procedimentalmente, por meio do diálogo institucional, a tutelar jurídica e diretamente as obrigações constitucionais ainda não especificadas a fim de garantir a concretização dos direitos humanos? Quais os limites às teorias do diálogo, na atuação ministerial? De que instrumentos jurídicos o Ministério Público dispõe para essa tutela jurídica direta? O Ministério Público poderia utilizar-se do inquérito civil, da audiência pública, do acordo de concretização de direitos humanos e da recomendação, para dialogicamente atuar em políticas públicas, com o objetivo de evitar demandas judiciais e de concretizar os direitos humanos? Que tipo de controle ou de fiscalização poder-se-ia aplicar nessa situação? O Ministério Público tem autorização constitucional para destinar verbas oriundas de multas e de danos morais advindas de tutela coletiva judicial e extrajudicial?

Para responder a essas indagações, torna-se imprescindível a construção articulada de argumentos que possa explicar o diálogo no campo prático e teórico visando a atingir melhoria da administração pública e harmonia nos interesses existentes entre o Estado e a sociedade na concretização dos direitos sociais que tem como fundamento a justiça distributiva do bem comum. Essa construção argumentativa se torna ainda mais importante diante da definição de justiça que se dá numa relação plurilateral de interessados que exigem do Estado as prestações materiais e procedimentais imprescindíveis ao atendimento das necessidades humanas. Para alcançar essa finalidade a tese apresenta o Ministério Público dotado de autonomia constitucional e representação político-funcional, com legitimidade substancial e procedimental para defender os interesses públicos e as demandas sociais por meio do diálogo institucional realizado em rodada procedimental que pode culminar em acordo deliberativo<sup>5</sup>, racional, persuasivo e fundamentado, cuja deliberação dialógica serve de

---

<sup>5</sup> O termo “acordo deliberativo” está empregado no sentido de um resultado prático proveniente de rodadas procedimentais dialógicas, que cheguem a uma decisão resolutive sobre os problemas de concreção dos direitos

última palavra provisória e busca concretizar os direitos humanos de forma imediata, gradual e contínua.

Constatada a possibilidade de diálogo institucional entre o Ministério Público e as demais instituições, como o Parlamento e a Corte, para a concretização dos direitos humanos, especialmente dos coletivos, defender-se-á a atuação conjugada das instituições jurídicas com fundamento na divisão de funções estatais que, por sua vez, funda-se na divisão de trabalho. Defender-se-á, portanto, a participação ativa do Ministério Público, dialogando institucionalmente para atuar em políticas, por meio dos instrumentos jurídicos apropriados, como o inquérito civil público, a audiência pública, a recomendação e o acordo de concretização de direitos humanos. Essa perspectiva compartilhada de responsabilidades na divisão de funções entre os poderes é continuação e aprofundamento do estudo realizado na dissertação de mestrado, que explorou a mesma ideia para demonstrar a necessidade de intervenção do Judiciário para a implementação (ou melhor, a concretização) dos direitos sociais (SILVA, 2007, capítulo 4).

No campo metodológico, para desenvolver a tese que ora se apresenta, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, principalmente em livros, publicações jurídicas, periódicos, informativos e pesquisas publicadas sobre a aceitação social das decisões da Corte, de análise das deliberações do STF em consonância com as deliberações do Parlamento, sobre a efetividade das questões resolvidas pelo meio de acordo de concretização de direitos humanos etc. Obviamente que a pesquisa bibliográfica também se estende na análise da legislação, da atuação do Ministério Público, em especial, o do Trabalho, e da jurisprudência acerca do tema em debate, em especial alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH).

Por outro lado, também foi realizada pesquisa de campo para verificar o grau de concretização das medidas traçadas pelo Estado para atender os direitos humanos e as situações em que o Ministério Público atua na concretização dos direitos sociais, como forma de aferir a eficácia no atendimento de tais direitos. Na pesquisa de campo foram escolhidos cinco casos, que se revelam ilustrativos e representativos da prática ministerial voltada para a

---

humanos, de forma a afastar qualquer conversação entre os poderes constituídos descomprometidos ou desprovidos de qualquer conteúdo decisório ou que tenham a pretensão de consegui-lo. Por outras palavras, é acordo porque designa todo e qualquer tipo de pacto ou compromisso persuasivo firmado pelo Ministério Público quando atua racional e resolutivamente nos conflitos distributivos do bem comum ou coletivo, de forma a alcançar decisão por meio de diálogo institucional que concretize gradual e continuamente os direitos sociais. É deliberativo porque o diálogo envolve troca de informações e razões entre os partícipes para se chegar a uma decisão resolutiva do problema social discutido, de sorte que a mera conversação sem qualquer cunho deliberativo não se revela acordo para os fins defendidos.

concretização dos direitos humanos, sendo escolhidas situações que versam sobre o direito de acesso ao trabalho livre de qualquer tipo de discriminação, como são os dois primeiros casos, sobre o direito da criança e do adolescente e as formas de erradicar o trabalho infantil e proteger o adolescente, o que está representado no campo prático no terceiro e no quarto casos apresentados no capítulo 2, e sobre a movimentação e o assentamento de catadores de lixo em outro local na forma do acordo para atender o direito ao trabalho, à saúde, à educação, ao lazer de todos os reassentados, o que é representado pelo quinto caso.

Assim, no capítulo que segue esta introdução, estão apresentados os casos em que o Ministério Público iniciou o diálogo institucional – embora, teoricamente, não tenha sido compreendido dessa forma – que influenciou diretamente em políticas públicas por meio dos instrumentos normativos que as leis ordinárias e as leis orgânicas do Ministério Público colocaram à disposição da instituição ministerial no campo extraprocessual – em especial, o inquérito civil, a audiência pública, o termo de ajuste de conduta (TAC) (*rectius*: o acordo de concretização dos direitos humanos) e a recomendação, além de outros – e no campo judicial – como a ação civil pública.

Não são poucas as hipóteses em que o Ministério Público e, particularmente, o Ministério Público do Trabalho (MPT) têm atuado de forma direta e prática em políticas públicas, por meio de vários instrumentos – dentre os quais se destaca o acordo de concretização (ACDH) com entidades federativas –, seja para garantir proteção integral à infância e à juventude, seja para garantir o acesso a cargo público por via de concurso público, sempre seguindo os princípios constitucionais, especialmente o da impessoalidade. Essa atuação no campo prático carece de teorização, visto que não se discute a atuação ministerial em políticas públicas.

Dada essa carência teórica, parece convir a realização de uma pesquisa no campo teórico para investigar se a atuação ministerial, com o auxílio das teorias sobre o diálogo na definição, na formulação, no planejamento, na execução e no controle de medidas de concreção dos direitos prestacionais, tem aceitação social e suporte jurídico consistente para fazer face aos problemas ligados aos fundamentos, à especificação e à concretização dos direitos sociais. Para isso, analisam-se as normas ditadas pela Constituição e avalia-se a força dos princípios envolvidos na concretização dos direitos humanos, especialmente dos sociais, quando indefinidos ou em vias de concretização.

Os direitos sociais foram objeto de pesquisa no mestrado, de forma que o tema passa a ser tratado com enfoques diferentes na tese. De fato, a dissertação tratou da evolução da

concepção de Estado relacionada à defesa dos direitos humanos, envolvendo os fundamentos teóricos e práticos e a força normativa (princípios e regras) de tais direitos no capítulo 1. O capítulo 2 versou sobre as fontes de financiamento dos direitos sociais, examinando a natureza tributária das exações fiscais e a inconstitucionalidade de algumas medidas de desvinculação de receita da União. No capítulo 3, a dissertação enfrentou a natureza jurídica do orçamento público como norma formal e materialmente exigível, o atendimento das necessidades humanas segundo as normas constitucionais e as leis orçamentárias, bem como o exame do mínimo existencial, a reserva do possível e a eficácia dos direitos sociais à luz das normas orçamentárias. No capítulo 4, tratou da divisão de trabalho entre os poderes como balizador de questões que permitem a intervenção judicial na concretização dos direitos sociais ou dela prescindir quando necessita de maturação no Parlamento, defendendo-se para isso a possibilidade, *de lege ferenda*, de o processo judicial dar início ao processo legislativo (SILVA, 2007).

A abordagem evoluiu na tese para abandonar a classificação dos direitos humanos em dimensões, sem que isso represente abandono da análise da evolução das concepções de Estado. A tese enfrenta os elementos caracterizadores e definidores dos direitos sociais, com base em duas concepções de Estado (liberal e social) e sob o viés da definição de bem comum e seu regime de apropriação, para apresentar a tese da exigibilidade imediata, gradual e contínua dos direitos sociais. Aprofunda a divisão de funções estatais entre os poderes para defender o Ministério Público brasileiro com representação político-funcional e autonomia constitucional para defender o interesse público e as demandas sociais, ultrapassando a fundamentação anterior de atividade processual moderada na concretização dos direitos prestacionais, para adentrar na possibilidade de concretização dos direitos humanos em rodadas procedimentais dialógicas no campo extraprocessual.

Seguindo essa premissa evolutiva, o problema objeto de estudo desta tese é a falta de teorização sobre a atuação ministerial em políticas públicas que versam sobre a concretização dos direitos sociais. Para provar que é possível essa atuação, faz-se a apresentação da exigibilidade dos direitos sociais, a apresentação da instituição e a releitura dos instrumentos extraprocessuais existentes para a concretização dos direitos sociais, especificando-se conteúdos, responsáveis, prazos, lugares, formas, razões, custos, cominações e limites da concretização de tais direitos.

Assim, no campo teórico, discorrer-se-á, no capítulo 3, sobre os direitos sociais à luz de uma concepção de justiça distributiva e de apropriação individual do bem comum ou coletivo, para demonstrar a necessidade de especificação dos direitos prestacionais e

apresentar a teoria de sua exigibilidade imediata, gradual e contínua rumo à acomodação dos elementos necessários à concretização dos direitos coletivos.

Para aprofundar o cerne teórico do problema, abordam-se, no capítulo 4, as questões inerentes à divisão de funções estatais e as teorias do diálogo institucional, além das atribuições extraprocessuais do Ministério Público na tutela dos direitos sociais e coletivos ante a falta de concretização que caracteriza essa espécie de direitos.

A doutrina tem uma vasta discussão acerca da matéria, mas há muitas divergências. Muitos afirmam que a divisão das funções tem como fundamento a promoção da liberdade, por meio da contenção do abuso do poder dos governantes; outros afirmam que tal divisão baseia-se no aperfeiçoamento do desempenho das funções e na especialização das atividades do Estado, segundo o princípio da divisão do trabalho. É essa última posição que será adotada nesta tese para enfrentar o problema ora proposto e apresentar uma solução racional para a questão.

Dessa discussão, resulta a necessidade de aprofundar as possibilidades de diálogo institucional entre os poderes e as instituições do Estado, para que seja garantida a efetividade dos direitos sociais. Para isso, elegem-se as teorias do diálogo para embasar a concretização de tais direitos nos casos em que faltam definições no processo democrático, administrativo, judicial ou ministerial (proteção insuficiente) ou nos casos em que é preciso proibir excessos.

Há poucos estudos sobre o diálogo entre as instituições estatais, e muito poucos são os que analisam o envolvimento do Ministério Público. Os que existem verificam como a concretização dos direitos sociais pode ocorrer extraprocessualmente ou, ainda, examinam, no campo prático e teórico, os limites econômicos, financeiros, jurídicos, morais e democráticos do Estado para atender a alguns direitos.

Por isso, no capítulo 2, apresentam-se casos práticos representativos para demonstrar a atuação dialógica da instituição em rodadas procedimentais ou sua participação na especificação dos direitos sociais, o que será abordado teoricamente no capítulo 3. No campo teórico ainda, buscar-se-á demonstrar, no capítulo 4, as preocupações da doutrina nacional e estrangeira acerca do diálogo em vários campos, particularmente no campo institucional, entre os poderes constitucionalmente constituídos para desempenhar o papel de proteger e de garantir aos jurisdicionados a tutela jurídica dos direitos humanos, em especial, extraprocessualmente. Cotejam-se os casos apresentados com a estrutura normativa existente sobre o Ministério Público.

A tendência dialógica é objeto de estudo em vários campos do conhecimento e ganhou fôlego com a tentativa de desconstrução da crença de que todo o conhecimento pode ser

provado como verdade a ser considerada pela humanidade, revelando a necessidade de quebras de paradigmas. O pensamento binário do homem revela-se na polaridade: verdade ou falsidade, superioridade judicial ou legislativa, substancialistas e procedimentalistas etc. Essa tendência é perceptível em muitos escritos em várias áreas do conhecimento jurídico<sup>6</sup>.

Diante do problema da falta de concretização dos direitos sociais ou da inércia das instituições para concretizá-los, quando ainda pendentes de especificação ou de inclusão nas leis, cabe defender a possibilidade do diálogo institucional como forma de garantir a aplicação voluntária dos direitos humanos, inclusive em situações que podem afetar o regime democrático com a atuação ministerial. Nesse sentido, destaca-se, então, a atuação do Ministério Público, que é o sujeito político de foro constitucional responsável política e funcionalmente pela direção do diálogo.

Busca-se enfatizar, no capítulo 5, a instituição do Ministério Público e os aspectos substanciais e procedimentais que a tornam uma boa opção de diálogo institucional deliberativo para a tutela jurídica da definição, da formulação, da execução e do controle de políticas públicas que viabilizam a concretização dos direitos humanos, em especial, os sociais.

Para finalizar a pesquisa, abordam-se, no capítulo 6, os procedimentos e instrumentos colocados à disposição do Ministério Público para provocar, iniciar, reiniciar e dirigir o diálogo institucional em rodadas procedimentais para alcançar acordos políticos deliberativos e persuasivos para posterior controle do que foi pactuado, no sentido de concretização dos direitos sociais.

Essas são as razões que motivaram a presente tese. Não se pode esquecer que a população brasileira é carente; se o Estado é obrigado a fornecer prestações para garantir as necessidades de cada um, quando atendidas pelo primeiro setor, deve o Ministério Público, por meio do diálogo institucional, atuar para reunir as condições necessárias para a concretização dos direitos sociais e posterior realização dessas prestações.

---

<sup>6</sup> Consultar, por exemplo: Bateup (2006), Brandão (2012), Kaufmann e Hassemer (2002), Letsas (2007), Mendes (2011), Mitidiero (2011), Roach (2005) e Torres Pérez (2009).

## 2 APRESENTAÇÃO DOS CASOS

### 2.1 SÍNTESE INTRODUTÓRIA DOS CASOS

Para melhor abordar as questões que envolvem o diálogo institucional com o Ministério Público, serão apresentados cinco casos representativos que podem ser reunidos em três grupos de acordo com o grau de concretização dos direitos humanos. Todos consideram a relação dialógica direta entre Ministério Público, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Essa apresentação busca demonstrar, no campo teórico e prático, a existência de instrumentos que permitem a concretização dos direitos humanos sociais por meio do diálogo institucional dirigido pelo Ministério Público como ator político capaz de construir o significado constitucional. Essa demonstração vem ao encontro da tendência atual de compatibilizar os extremos, especialmente no campo da divisão das funções estatais. São exemplos práticos que constataam a aplicação dialógica no campo extraprocessual, ainda que, em alguns casos, seja manejada estrategicamente a judicialização de demandas para instigar, manter ou reiniciar a rodada procedimental dialógica e abrir oportunidades para negociações extrajudiciais. É óbvio que, nos acordos políticos firmados por meio do diálogo deliberativo racional, algumas cláusulas sujeitam-se a concessões e limitações de direitos e interesses em seu conteúdo, por serem usualmente consideradas indisponíveis, apesar de permitirem certa flexibilização substancial e procedimental no que se refere ao prazo, ao modo, ao lugar, a cominações, a custos etc. da concretização dos direitos sociais, conforme se verá.

O primeiro grupo de casos concretos apresentado versa sobre a atuação ministerial na definição, na formulação, no planejamento, no controle e na concretização da política pública de recrutamento de servidores públicos no Estado do Pará, que, ao invés de atender aos critérios da regra do concurso público inserta no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), utilizou critérios de preferências pessoais, contrariando expressamente a Convenção n.º 111<sup>7</sup>, que impõe a todo Estado-membro o compromisso de definir e de aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação no trabalho.

---

<sup>7</sup> A Convenção n.º 111, da OIT, que versa sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, foi promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

De acordo com o artigo 1.º da Convenção n.º 111 da OIT, discriminação é: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Na prática, observam-se casos emblemáticos de exclusão de candidatos que poderiam ser recrutados pelo mérito, com base na regra do concurso público, mas foram preteridos por causa da preferência dada a pessoas indicadas com base em aproximações e influências políticas, familiares e do círculo de amizades. Nenhum critério objetivo foi respeitado, e as consequências são a destruição ou a alteração da igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão no setor público, em que o próprio Estado-membro é o empregador. Os dois primeiros casos apresentados são representativos dessa situação.

O segundo grupo de casos representativos ligados à concretização dos direitos humanos sociais diz respeito à erradicação do trabalho infantil e à proteção do trabalho adolescente e jovem, visto que, à criança, ao adolescente e ao jovem, é conferida proteção especial e prioritária por sua condição de ser em desenvolvimento. De fato, o artigo 7.º, inciso XXXIII, da CRFB proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendizes, a partir de quatorze anos. Ademais, o artigo 227 da CRFB dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

De acordo com o § 3.º do citado artigo 227 da CRFB, o direito à proteção especial abrange dentre outros, os seguintes aspectos:

- I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.º, XXXIII;
- II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
- III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;
- IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
- V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI – estímulo do Poder Público, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e de atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

Esses direitos são consagrados e ampliados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, e pela Convenção n.º 182 da OIT<sup>8</sup>: em conjunto, visam ao combate imediato e prioritário das piores formas do trabalho infantil em nosso país.

Para efeitos do artigo 3.º da Convenção n.º 182, a expressão “as piores formas de trabalho infantil” abrangem:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais como definidos nos tratados internacionais pertinentes;
- d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.

Nesse grupo representativo, inserem-se o terceiro e quarto casos.

O quinto e último caso diz respeito à realocação de moradores, de forma conciliatória e com preservação das garantias de moradia digna e demais direitos fundamentais da comunidade, notadamente educação, saúde, trabalho e lazer. Esses quatro últimos direitos têm relação com as peculiaridades da atividade econômica diretamente desenvolvida pelos moradores, na maioria, catadores de lixo reassentados. Esse esforço dialógico foi despendido para dar efetividade ao que dispõe a CRFB, a legislação de regência e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc)<sup>9</sup>.

Além disso, a realocação de moradores busca observar o princípio da proibição do retrocesso em matéria social, que traduz, no processo de concretização da norma, verdadeira “dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional a impedir que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos sem políticas compensatórias concretizadas pelas instâncias governamentais”,

<sup>8</sup> A Convenção n.º 182 da OIT foi ratificada no Brasil pelo Decreto n.º 3.597, de 12 de setembro de 2000.

<sup>9</sup> O Pidesc foi ratificado no Brasil pelo Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992.

como afirmou o Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45<sup>10</sup>.

## 2.2 PRIMEIRO CASO: ESTADO DO PARÁ – SERVIDORES PÚBLICOS

O primeiro caso versa sobre o recrutamento de servidores públicos com a garantia de acesso ao trabalho sem qualquer preferência ou discriminação. Trata-se do caso da invalidação de contratações temporárias pelo Poder Executivo do Estado do Pará, que ganharam irregularmente ares de contratações permanentes e da renegociação das admissões irregulares na educação indígena, num diálogo institucional que envolve o MPT, o Estado do Pará, o Judiciário Trabalhista e o Ministério Público Federal (MPF).

Foi necessário acionar o Judiciário para forçar a reabertura do diálogo institucional. Assim, a nova rodada procedimental para negociação das cláusulas de concretização do direito humano social de acesso ao trabalho teve lugar após a judicialização da demanda em 2005<sup>11</sup>.

Após a propositura da demanda, o MPT e a administração pública direta do Poder Executivo do Estado do Pará fizeram um acordo segundo o qual o Estado deveria: abster-se de prorrogar as contratações temporárias além do prazo permitido em lei; abster-se de contratar servidores sem prévia aprovação em concurso público, salvo para os casos permitidos constitucionalmente, sob pena de multa; distratar 21.838 (vinte e um mil, oitocentos e trinta e oito) servidores contratados a título de temporários com características de prazo indeterminado, sendo 10.338 (dez mil, trezentos e trinta e oito) até 31 de dezembro de 2005, 5.500 (cinco mil e quinhentos) até 31 de março de 2006 e 6.000 (seis mil) até 31 de março de 2007, com cota mínima de 500 (quinhentos) servidores por mês, sob pena de multa; dimensionar o quantitativo de pessoal para viabilizar o cumprimento do acordo; além de outras obrigações acessórias e procedimentais. Nesse acordo, os pedidos inerentes à improbidade administrativa não foram transacionados ou acordados, por expressa vedação legal do artigo 17, § 1.º, da Lei n.º 8.429/92<sup>12</sup>.

Os demais pedidos foram transacionados, no que se refere às penalidades e ao prazo,

---

<sup>10</sup> ADPF n.º 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29 abr. 2004. Publicação: **DJ**, 4 maio 2004, PP-00012, RTJ VOL-00200-01, PP-00191.

<sup>11</sup> O procedimento investigatório no MPT foi atuado sob o número ACP 001718.2005.08.000/0. Na Justiça do Trabalho, foi atuado sob o número 00187-65.2005.5.08.0013.

<sup>12</sup> O pedido de improbidade foi dirigido contra todos os ex-governadores do Estado do Pará. Inicialmente o pedido foi julgado improcedente, chegando até o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, em competência recursal, infelizmente extinguiu o processo sem resolução de mérito por entender ser a Justiça do Trabalho incompetente para julgar as ações de improbidade.

lugar e modo de concretização dos direitos em juízo, visto que todas as tentativas de diálogo pré-processual fracassaram. Após a primeira rodada procedimental de negociação em juízo, o diálogo continuou a processar-se extrajudicialmente com posterior homologação judicial, porque as cláusulas negociadas não previram todas as perspectivas e circunstâncias que os casos concretos apresentaram. Com efeito, os prazos estipulados inicialmente foram prorrogados quatro vezes por acordos durante a vigência das cláusulas por várias situações que as obrigações pactuadas não previram durante a execução até 31 de julho de 2009, conforme petição direcionada ao juízo da 13.<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Belém, como comparecimento parcial dos aprovados em concurso, inexistência de documentação para ocupar os cargos, exaurimento da lista de aprovados etc.

Em 30 de julho de 2009, as instituições envolvidas reconheceram circunstâncias que impediam o cumprimento do acordo, entre as quais a existência de servidores temporários para atender a educação indígena, razão suficiente para começar uma nova rodada procedimental de diálogo institucional, visto que essa questão não fora prevista e apreciada nas negociações anteriores.

Assim, se a irregularidade ou a violação da igualdade de oportunidades no mercado do trabalho fosse corrigida com certa agilidade, seria afetada a prestação dos serviços públicos de educação, especialmente o atendimento dos direitos sociais de educação indígena, de sorte que declarar nulas as contratações significaria encerrar as atividades de educação indígena (BRITO FILHO, 2012, p. 107). Essa situação enfrentada pelo MPT e pelo Estado do Pará revelou, um abandono do monoculturalismo<sup>13</sup> em prol de uma concepção multicultural<sup>14</sup>, não

---

<sup>13</sup> O monoculturalismo que foi sucedido pela concepção do multiculturalismo na evolução do combate ao tratamento discriminatório indígena, teve grande difusão no colonialismo europeu, cuja denominação passou a ser de eurocentrismo. No eurocentrismo, há uma subjetividade privilegiada baseada em direitos humanos da cultura europeia (homem, branco, bem vestido, católico ou protestante etc.). Por isso, no século XVIII, os direitos humanos foram chamados “direitos do homem”. Essa subjetividade privilegiada exclui todos os que não se enquadram nesse estereótipo, como os índios, [os negros] e as mulheres (RIVERA CUSICANQUI, 2010, p. 199-200). Daí a precarização das condições de acesso dos indígenas e das mulheres aos direitos humanos (RIVERA CUSICANQUI, 2010, p. 207). No século XIX, sob a influência do constitucionalismo liberal, o monoculturalismo expressou-se por meio de três “técnicas” constitucionais: 1) assimilar e converter os índios em cidadãos titulares de direitos individuais por meio da dissolução dos povos indígenas; 2) reduzir, civilizar e cristianizar os indígenas ainda não colonizados, ditos “selvagens”, para expandir a fronteira agrícola; 3) fazer guerra ofensiva e defensiva contra as nações indígenas “bárbaras”, para anexar seus territórios ao Estado, buscando impor o monismo jurídico. Antes da Convenção n.º 169 da OIT, o multiculturalismo, sob diferentes denominações, foi introduzido nas constituições de vários países: Canadá, em 1982; Guatemala, em 1985; Nicarágua, em 1987, Brasil, em 1988 (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 140-142). Contextualizando historicamente o monoculturalismo nacional, no Brasil pós-colonial, os índios e os negros foram considerados incapazes, até que “se civilizassem”, motivo pelo qual foram objeto de uma política de civilização, catequização e domesticação para que saíssem do seu estado primitivo e infantil e fossem efetivamente incorporados à Nação brasileira (LOPES, 2006, p. 110).

<sup>14</sup> O multiculturalismo, centrado no reconhecimento e na proteção da pluriétnicidade e do direito à identidade cultural individual e coletiva, reconhece a existência de mais de uma etnia e busca compensar as desigualdades

só que a contratação de professores indígenas estava irregular, mas também que o Estado não formara professores apropriados para lecionar nas diferentes comunidades indígenas, obedecendo às peculiaridades de cada povo originário.

Nas rodadas procedimentais instauradas e na interação dialógica concluída sobre distrato e contratação, a solução encontrada foi firmar um acordo de concretização dos direitos humanos (ACDH) segundo o qual seriam mantidos os professores indígenas contratados irregularmente até que se cumprissem as seguintes obrigações de concretização e construção dos significados constitucionais (BRITO FILHO, 2012, p. 107-108):

- a) até 2010: aprovação dos projetos de lei para criação dos cargos necessários ao atendimento da educação indígena;
- b) até 2011: criação de cargos e realização de concurso público para professores indígenas de nível médio para a educação nas escolas mantidas nas aldeias das etnias Tembê, Kyikatêjê e Parkatêjê;
- c) até 2012: implantação, na Universidade Estadual do Pará (UEPA), do curso de Licenciatura Intercultural destinado a integrantes de todas as etnias indígenas do Estado do Pará, para permitir o ensino nas escolas indígenas até a última série do ensino médio;
- d) até dezembro de 2015: criação e realização de concurso público para os cargos de professor de nível superior a serem preenchidos pelos formados no curso de Licenciatura Intercultural para atender a todas as escolas indígenas de responsabilidade do Estado.

Esse acordo envolveu ainda o MPF, conforme petição endereçada ao juízo em 18 de dezembro de 2009.

Na negociação, verificou-se a necessidade de recrutamento de professores apropriados para ministrar aulas nas localidades indígenas, ponderando-se a regra do concurso público e as necessidades específicas da educação indígena de cada povo originário.

Na condução desse conflito, que foi muito bem-sucedida, verifica-se claramente o multiculturalismo adotado no Brasil, pois a solução encontrada, inclusive com a adoção de ações afirmativas (criação de curso intercultural), resultou do diálogo direto entre o Ministério

---

de oportunidades das várias etnias existentes (AYLWIN, 2011, p. 181-184). Influenciado por pensadores como Taylor ou Kymlicka, o multiculturalismo favoreceu o reconhecimento de direitos de grupo para os povos indígenas, incluindo seu próprio direito e justiça (AYLWIN, 2011, p. 183). As discussões sobre a inclusão e a representação de grupos sociais oprimidos juntamente com os debates realizados no campo da teoria da justiça entre liberais e comunitaristas fizeram o conceito de representação justa (*fair representation*) ganhar força nos últimos anos. A principal reivindicação dos defensores do multiculturalismo é a presença dos grupos marginalizados ou excluídos nos órgãos legislativos (POGREBINSCHI, 2011, p. 171).

Público da União (MPU) e o Estado do Pará, sem consulta ou participação de todas as comunidades indígenas envolvidas, na forma preconizada pela Convenção n.º 169 da OIT<sup>15</sup>. Obviamente que os membros ministeriais, com base na ideia de interculturalidade, conceberam a participação das etnias Tembê, Kyikatêjê e Parkatêjê por meio de representantes indígenas, mas a ordem jurídica brasileira permite ainda que se busquem mecanismos de consulta e de participação das comunidades envolvidas no processo de educação indígena em novas rodadas procedimentais de diálogo institucional entre os atores responsáveis pela interpretação e pela concretização dos direitos humanos sociais, nas quais se pode permitir a participação ampla preconizada na Convenção n.º 169 da OIT.

Esse é um problema muito mais abrangente, pois evidencia que o Estado do Pará desenvolve a educação indígena sem um diálogo amplo com a comunidade indígena envolvida, sem consulta ou sem a participação de todos os indígenas afetados, ou com uma participação pouco representativa<sup>16</sup>. Ora, são situações que deveriam cumprir a citada Convenção, que, de forma geral, no seu artigo 6.º, determina:

- a) a consulta aos povos interessados, mediante procedimentos apropriados e por meio de instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
- b) o estabelecimento de meios de participação livre na adoção de decisões em instituições efetivas ou em organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e pelos programas que lhes sejam concernentes;
- c) o estabelecimento de meios para o pleno desenvolvimento das instituições e de iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, o fornecimento dos recursos necessários para esse fim;
- d) a realização de consultas conduzidas com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

De forma especial, a questão atinge o artigo 27, que, no § 1.º, determina o desenvolvimento e a aplicação de programas e de serviços de educação em **cooperação** com cada comunidade indígena, o que representa uma orientação dialógica, para que o direito seja concretizado por meio de rodadas procedimentais. O § 2.º do mesmo artigo prescreve a

---

<sup>15</sup> A Convenção n.º 169 da OIT, sobre povos indígenas e tribais, foi promulgada pelo Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.

<sup>16</sup> Deve-se registrar que os membros ministeriais tiveram essa percepção e buscaram contar com a representação indígena dos povos afetados, mas o número de convocados é pequeno para a quantidade de povos originários afetados, o que mostra a dificuldade à época de conseguir uma representação mais significativa.

**participação** dos povos indígenas na formulação e na execução de programas de educação. Segundo o § 3.º, os governos deverão reconhecer o direito que os povos indígenas têm de criar suas próprias instituições e meios de educação, desde que sejam respeitadas as normas mínimas em **consulta** aos povos indígenas. O artigo 22 da referida Convenção refere-se à “participação voluntária de membros dos povos interessados em programas de formação profissional”; cita ainda a necessidade de cooperação e de consulta no que diz respeito à organização, ao funcionamento e à adequação de programas de formação profissional para os indígenas. Segundo o artigo 28, “sempre que for viável”, as crianças dos povos interessados deverão aprender a ler e a escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo; quando isso não for viável, cabe às autoridades competentes consultar esses povos sobre as medidas a serem adotadas.

No caso concreto em análise, pode-se falar em avanço, em razão do tempo e da judicialização da causa. Todavia, o Brasil corre um forte risco de ser demandado internacionalmente por não adimplir integralmente a Convenção n.º 169 da OIT. Isso pode ser evitado com a continuação do diálogo ministerial em novas rodadas procedimentais para a concretização dos direitos humanos sociais, especialmente da educação indígena, com a participação da comunidade afetada nos termos da referida Convenção da OIT.

Ademais, a ratificação dessa Convenção pelo Brasil, juntamente com a tese da supralegalidade adotada pelo STF para os tratados internacionais de direitos humanos, classifica o Brasil como um país pluricultural<sup>17</sup>. Isso sem esquecer a tendência plurinacional<sup>18</sup> por que passa a ordem internacional latino-americana. Por outro lado, observa-se que, no caso concreto citado, o diálogo ainda não acabou, visto que há direitos humanos a serem concretizados em relação aos povos originários, o que pode ser viabilizado pelo diálogo institucional extraprocessual ou judicial por meio do Ministério Público, que deverá iniciar outra rodada procedimental.

---

<sup>17</sup> O pluriculturalismo incorpora alguma forma de pluralismo jurídico interno sem afetar a integridade nacional, a segurança jurídica e os valores dos direitos humanos, com a proteção da diversidade cultural e a igualdade das culturas (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 145-147). Essa concepção começa a impor-se nos anos 90, com várias reformas constitucionais reconhecendo os povos indígenas como sujeitos coletivos, dotados de direitos políticos de participação, consulta e autonomia, de direitos territoriais relacionados com a terra, o território e os recursos naturais e de direitos linguísticos e culturais. A natureza multicultural ou pluricultural é reconhecida por vários Estados, como Colômbia (1991), México (1992), Peru (1993), Bolívia (1994) e Equador (1998) (AYLWIN, 2011, p. 181-184). O Brasil passou a ser pluricultural com a ratificação da Convenção n.º 169 da OIT pelo Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.

<sup>18</sup> O plurinacionalismo é o terceiro ciclo na evolução do reconhecimento dos direitos indígenas. Teve início com as reformas do Equador (2008) e da Bolívia (2006 e 2009), reconhecendo que, nesses países, existem distintas nações e povos. Em outras palavras, o plurinacionalismo defende a compatibilidade entre o Estado unitário e a pluralidade de nações, com o reconhecimento de direitos coletivos, de livre determinação e de autonomia dos povos indígenas (AYLWIN, 2011, p. 183-185), incluindo o acesso à justiça organizada e administrada pelos povos originários, cujas deliberações e cujos julgamentos integram-se à ordem jurídica não indígena.

No que se refere às demais circunstâncias, verificou-se que elas continuaram sendo renegociadas, com a execução paulatina do acordo. Negociações em 13 de junho de 2011 e 06 de agosto de 2012 trouxeram novos prazos de cumprimento para as áreas de saúde e educação especial, visto que outras questões demandaram novos acordos no que se refere aos prazos de distrato dos servidores contratados de forma irregular, com prazos peremptórios para 31 de dezembro de 2012 e 31 de maio de 2013, conforme petições endereçadas ao juízo da causa. Nessas negociações, ficou ressalvada apenas a eventual manutenção em prazo posterior de servidores temporários em gozo de licença médica ou licença-maternidade, sendo cumprida a obrigação ora entabulada ao final dessas condições suspensivas, com a possibilidade de vencimento antecipado de todas as demais obrigações em caso de descumprimento da obrigação pactuada, convalidando-se as demais obrigações outrora pactuadas.

O acordo seguiu o procedimento de cumprimento das obrigações pactuadas de forma usual até que surgiram as seguintes dificuldades: realização de concursos públicos sem aprovados inscritos, aprovados ou com cadastro de reserva esgotado para suprir o distrato de 37 (trinta e sete) temporários na Sesp e de 24 (vinte e quatro) na Seduc; acordo em separado de 32 (trinta e dois) temporários em educação indígena na Seduc com prazos e exigências de cumprimento específicas; necessidade de manutenção de 400 (quatrocentos) temporários na Seduc em educação especial com profissionais habilitados que estão lotados em escolas especializadas para atendimento de alunos com deficiência e que estão repassando paulatinamente os trabalhos para os aprovados no concurso C-167 realizado pelo Estado.

Diante das dificuldades apresentadas no cumprimento voluntário do acordo na área da educação, em 7 de outubro de 2013, em nova rodada procedimental, foram pactuadas novas responsabilidades para o Estado do Pará (Seduc), a saber:

- a) até 30 de outubro de 2013, desligar 105 (cento e cinco) temporários lotados na educação especial;
- b) até 30 de outubro de 2014, desligar 24 (vinte e quatro) temporários docentes em disciplinas para as quais até o momento não houve aprovações em concurso público;
- c) até 31 de janeiro de 2015, desligar mais 100 (cem) temporários na educação especial;
- d) até 31 de janeiro de 2016, desligar mais 100 (cem) temporários na educação especial;
- e) até 31 de janeiro de 2017, desligar a totalidade dos temporários irregulares existentes na educação especial da Seduc, salientando que essas datas são prazos

máximos, podendo o Estado, a qualquer tempo, desligar um número maior de temporários.

O Estado do Pará (Sespa), no que se refere à área da saúde, obrigou-se, ainda, a realizar o terceiro concurso público visando a substituição dos 37 (trinta e sete) temporários e a fazer essa substituição com o conseqüente desligamento dos servidores temporários até 30 de novembro de 2015.

As obrigações pactuadas têm sido cumpridas, visto que não se registra qualquer atitude de descumprimento dos acordos firmados. Espera-se, portanto, a concretização dos direitos negociados nos prazos previstos nos acordos vigentes, que expiram nos exercícios de 2015, 2016 e 2017, respectivamente, ou novas rodadas procedimentais que possam acomodar os direitos ao trabalho, à saúde e à educação, atendidos pelo Estado do Pará.

### 2.3 SEGUNDO CASO: ALEPA – SERVIDORES PÚBLICOS

O segundo caso em questão trata do recrutamento de servidores públicos com a garantia de acesso ao trabalho, livre de qualquer preferência ou discriminação, do distrato de contratações temporárias, com pretensões irregulares permanentes ou indeterminadas, no Poder Legislativo do Estado do Pará, da renegociação de verbas orçamentárias no valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), para custear programas de capacitação de trabalhadores, e da recomendação para não adotar medidas desviantes do cumprimento da decisão judicial de distrato dos servidores beneficiados com regras de preferência. Tudo resultado de uma intensa atividade de diálogo institucional envolvendo o MPT, o Ministério Público estadual (MPE), o Estado do Pará, por intermédio do Poder Legislativo e do Judiciário Trabalhista.

Assim, o objeto da investigação e do diálogo desse caso é o recrutamento de servidores públicos com a garantia de acesso ao trabalho, livre de qualquer preferência ou discriminação<sup>19</sup>, haja vista as irregularidades nas contratações temporárias encontradas no Parlamento paraense. A proposta de acordo ministerial, por meio de TAC, previa: publicação de edital para a realização de concurso público no prazo de trinta dias; conclusão do concurso público no prazo de 6 (seis) meses após a data de publicação do edital; afastamento dos servidores temporários no prazo de dois meses após a conclusão do concurso, conforme ata de audiência extrajudicial de 27 de abril de 2005.

---

<sup>19</sup> Esse caso teve início em 16 de março de 2005, com a instauração de procedimento administrativo que tomou o n.º 397/2005 e depois foi renumerado, passando a PA n.º 001182.2010.08.000/5.

O acordo foi firmado em 13 de março de 2005, por meio do TAC n.º 110/2005 (*rectius*: termo de acordo de concretização de direitos humanos (TACDH)), que impunha ao Estado as seguintes obrigações:

- a) somente contratar servidores mediante prévia aprovação em concurso público, na forma do artigo 37 da CRFB;
- b) somente contratar servidores por tempo determinado nas hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da legislação vigente;
- c) realizar concurso público, objetivando suprir as lacunas decorrentes do afastamento dos servidores temporários até 30 de junho de 2006;
- d) rescindir os contratos temporários realizados de forma irregular na mesma data;
- e) comprovar o cumprimento da cláusula quarta do acordo (rescindir os contratos temporários);
- f) dar publicidade ao cumprimento das obrigações previstas no próprio TAC.

Em razão de circunstâncias não previstas inicialmente e da possibilidade de fracasso da Reclamação (Rcl) n.º 4.290/PA<sup>20</sup> proposta perante o STF, firmou-se, em 30 de junho de 2006, um termo aditivo ao TAC n.º 110/2005, pactuando as seguintes obrigações:

- a) apresentar, até 15 de agosto de 2006, um cronograma para a efetivação das medidas necessárias à criação de cargos para suprir carências e para a consequente realização de concurso público, com prazo final de execução em 31 de dezembro de 2006, com a autorização da Mesa Diretora para o início do processo legislativo de criação dos cargos e outras obrigações ligadas à realização do concurso;
- b) realizar levantamento dos servidores temporários com mais de 10 (dez) anos e os demais remanescentes, até 15 de agosto de 2006;
- c) distratar os servidores temporários com menos de 10 (dez) anos de serviços até 30 de março de 2007;

---

<sup>20</sup> Esse acordo foi impugnado judicialmente no STF, por meio da Rcl n.º 4.290/PA, em 17 de abril de 2006, sob a alegação de descumprimento do julgado na ADI n.º 3395, que decidiu pela incompetência da Justiça do Trabalho para julgar questões inerentes a regime de trabalho jurídico administrativo ou estatutário. Porém, a reclamação foi julgada improcedente, nos seguintes termos: “Reclamação: alegação de desrespeito do julgado do Supremo Tribunal na ADI MC n.º 3395: improcedência. O ato impugnado – TAC – firmado entre o MPT da 8.ª Região e a Alepa não sendo causa, não se compreende no objeto da decisão paradigma da ADI MC n.º 3395, relativa à demarcação de competência jurisdicional entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Ordinária” (Rcl n.º 4290 AgR/PA. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 21 set. 2006. Publicação: **DJ**, 27 out. 2006, PP-00031, EMENT VOL-02253-02, PP-00234, **LEXSTF**, v. 29, n. 337, 2007, p. 216-219). Esse julgado transformou-se em precedente que serviu de paradigma para as Reclamações n.º 9.777/PI, n.º 8.978/MG e n.º 8.866/PI.

- d) distratar os servidores temporários com mais de 10 (dez) anos de serviços até 31 de dezembro de 2007, dando-se preferência à dispensa dos contratados com menos tempo.

Após a celeuma instaurada pelo STF sobre a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar relações de trabalho oriundas de regime jurídico-administrativo, na ADI n.º 3395, as negociações foram suspensas, mesmo diante de inúmeras notícias de descumprimento do acordo, de várias notificações ministeriais para prestar esclarecimentos acerca dos descumprimentos noticiados, de várias respostas evasivas e de algumas medidas de cumprimento do acordo pelo Parlamento paraense. Finalmente, em 29 de junho de 2009, o MPT iniciou uma nova rodada procedimental de diálogo institucional em parceria com o Ministério Público do Estado do Pará (MPE/PA), primeiro com o envio do acordo, depois com audiências para tratativas de concretização do acordo firmado. Tudo culminou, em 19 de novembro de 2009, com o primeiro ofício conjunto<sup>21</sup> endereçado à Assembleia Legislativa do Estado do Pará (Alepa) solicitando várias informações e relatórios de fiscalização do acordo, bem como designando audiência para pactuar o descumprimento, em nova rodada procedimental, que fracassou por ausência do representante da Alepa em várias oportunidades.

A resistência injustificada de negociar culminou, em 30 de setembro de 2010, na propositura na Justiça do Trabalho de duas ações de execução ou de cumprimento de obrigações: uma por obrigação de fazer e não fazer, com o objetivo de rescindir os contratos irregulares e comprovar em juízo o cumprimento das obrigações<sup>22</sup>; outra de execução por quantia certa no valor de R\$ 54.280.000,00 (cinquenta e quatro milhões, duzentos e oitenta mil reais)<sup>23</sup>. Isso levou a Procuradoria-Geral do Estado do Pará (PGE/PA) e a Alepa a buscar o diálogo institucional outrora reiniciado pelo Ministério Público<sup>24</sup>, dando ensejo a mais uma rodada procedimental dialógica no campo extraprocessual, para posterior envolvimento do Judiciário Trabalhista tendo em vista a homologação judicial.

Entretanto, antes que o novo acordo de concretização fosse firmado, informações veiculadas pela imprensa sobre a iminente aprovação do projeto de Decreto Legislativo n.º 04/2012, que enquadrava os servidores contratados com mais de 10 (dez) anos de serviço no

---

<sup>21</sup> Ofício n.º 309/2009/MP/CPJ/DC/P.

<sup>22</sup> Processo de execução de obrigação de fazer e não fazer n.º 0001416-68.2010.5.08.0013, da 13.ª Vara da Justiça do Trabalho da 8.ª Região. O processo extrajudicial perante o MPT tomou o n.º 001182.2010.08.000/5.

<sup>23</sup> Processo de execução por quantia n.º 0001371-64.2010.5.08.0013, da 13.ª Vara da Justiça do Trabalho da 8.ª Região. O processo extrajudicial perante o MPT tomou o n.º 001183.2010.08.000/0.

<sup>24</sup> Depois as demandas de execução foram reunidas no processo de execução por quantia certa n.º 0001371-64.2010.5.08.0013.

quadro de provimento suplementar em extinção e garantia estabilidade aos servidores contratados sem concurso público após a CFRB, levaram os dois ramos do Ministério Público a exarar recomendação<sup>25</sup> para que a Alepa cumprisse a decisão judicial, que garante a ordem jurídica constitucional e legal, no que se refere à contratação de servidores públicos, e se abstivesse de adotar qualquer medida que direta ou indiretamente implicasse descumprimento da Constituição, das leis e das decisões judiciais, no que se refere ao teor das decisões judiciais proferidas nos autos dos processos de execução da Justiça do Trabalho<sup>26</sup> e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 2.687-9 ADI-PA, que tramitou no STF e rejeitou solução idêntica.

O Legislativo estadual, após várias discussões *interna corporis*, abortou a solução inconstitucional, acolhendo a recomendação em claro processo dialógico de interpretação constitucional, admitindo a participação do Ministério Público como um dos atores políticos aptos a interpretar a Constituição no campo extraprocessual, como forma de participação no controle prévio de constitucionalidade das normas. Com isso o órgão legislativo estadual voltou a negociar os termos do cumprimento do acordo e da decisão judicial de distrato imediato dos servidores irregularmente admitidos no serviço público.

Com efeito, a fim de extinguir o processo, em 28 de março de 2012, foi entabulado um acordo de concretização de direitos humanos (ACDH) para:

- a) distratar todos os contratos temporários até 4 de abril de 2012;
- b) repassar para a Secretaria de Trabalho, Emprego e Renda do Estado do Pará (Seter) o valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) até 30 de abril de 2012, para custear programas de capacitação de trabalhadores;
- c) apresentar um programa específico para aplicação dos recursos oriundos da cláusula anterior, o qual não poderá resultar em redução ou corte em outros programas de governo para fins de compensação dos valores a serem repassados, total ou parcialmente, de forma a permitir que os valores repassados sejam efetivamente adicionais aos programas de governo existentes em benefício da classe trabalhadora, devendo a Auditoria Geral do Estado do Pará (AGE/PA) aferir essa situação em relatório;
- d) comprovar perante a PGE/PA, a AGE/PA e o MPT do Estado o cumprimento de tais obrigações, sob pena de multa.

---

<sup>25</sup> Recomendação exarada no ofício n.º 22.856/2012-MPE/PRT/8ª, de 26 de março de 2012.

<sup>26</sup> Processo n.º 0001371-64.2010.5.08.0013, que tramita na 13.ª Vara da Justiça do Trabalho da 8.ª Região.

O acordo prosseguiu em plena execução, sem qualquer indício de descumprimento. A Auditoria Geral do Estado do Pará<sup>27</sup> informou que, do valor do acordo firmado, foi executado R\$ 1.205.898,00 (um milhão, duzentos e cinco mil oitocentos e noventa e oito reais), restando o saldo de R\$ 794.102,00 (setecentos e noventa e quatro mil cento e dois reais), restando as demais obrigações pendentes de cumprimento, fiscalização e constatação.

Em resposta, de 18/06/2015<sup>28</sup>, a outro questionamento formulado pelo Ministério Público do Trabalho a respeito da execução das ações de qualificação a cargo desta Secretaria de Estado de Assistência Social, Trabalho, Emprego e Renda - Seaster, que sucedeu a Secretaria de Estado de Trabalho, Emprego e Renda – Seter em direitos e obrigações, na forma da Lei Estadual nº. 8.096/2015 informou a seguinte posição do cumprimento do acordo:

- a) os recursos aplicados nas qualificações até o momento realizadas não importaram em redução ou corte em outros programas de qualificação do Governo do Estado para fins de compensação dos valores repassados, total ou parcialmente, tendo sido acrescidos ao orçamento dos programas de qualificação social e profissional existentes na época;
- b) o montante de valores repassados, acrescidos os rendimentos de aplicação, o órgão executor das ações de qualificação empregou, até o momento, R\$1.925.418,00 (um milhão e novecentos e vinte e cinco mil e quatrocentos e dezoito reais) na contratação 08 (oito) entidades executoras, mediante processo licitatório, tendo realizado 87 (oitenta e sete) cursos de qualificação social e profissional em 20 (vinte) municípios paraenses, capacitando, até o momento, 2.670 (dois mil e seiscentos e setenta) trabalhadores. Dentre as entidades contratadas, 07 (sete) concluíram todas as etapas da qualificação, mas uma delas (COOCEFET) foi recentemente punida com a aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar em razão da inexecução parcial do contrato, consubstanciado no descumprimento do quadro de metas físico-financeiras, além da obrigação de devolver os recursos não empregados e do pagamento de multa contratual;

Por fim requereu para consecução da meta de qualificação definida inicialmente 2.910 (dois mil, novecentos e dez) trabalhadores capacitados, o prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias como tempo razoável e suficiente para a realização de processo licitatório e contratação de nova entidade para substituir sociedade empresária punida

---

<sup>27</sup> A notícia foi dada por meio do Ofício n.º 730/2012 – GETEC/CORREGEDORIA, de 4 de dezembro de 2012.

<sup>28</sup> A notícia foi dada por meio do Ofício n. 555/2015 – GAB/SEASTER, de 18 de junho de 2015.

administrativamente, a realização das ações faltantes de cumprimento do acordo e para liquidação financeira do futuro contrato. Considerando o exposto e por constatar a execução de mais de 90% (noventa por cento) do montante do recurso repassado pela ALEPA, o MPT concordou com a prorrogação do prazo solicitado, encontrando-se agora em fase de cumprimento da nova avença ou deliberação dialógica provisória com vistas a atender a exigibilidade imediata, contínua e gradual dos direitos sociais.

## 2.4 TERCEIRO CASO: LIXÃO DO AURÁ, MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

A atividade dialógica do terceiro caso diz respeito à erradicação do trabalho infantil e à proteção do trabalho adolescente e jovem. O Ministério Público atua na adoção de políticas públicas, na criação de uma estrutura para erradicar o trabalho infantil e proteger o trabalho adolescente e jovem e na renegociação de verbas orçamentárias e de políticas públicas de aparelhamento e proteção do trabalho. Do diálogo institucional, participam o MPT, o município de Ananindeua e o Judiciário Trabalhista. Houve pelo menos duas rodadas procedimentais, sendo a primeira a concretização do acordo político e sua continuidade na execução judicial do acordo por descumprimento e a segunda, o processo judicial de anulação do acordo inicial firmado pelo município signatário.

### **2.4.1 Primeira rodada procedimental: acordo inicial<sup>29</sup>**

Em 7 de fevereiro de 2002, o MPT e o município de Ananindeua concluíram a primeira rodada procedimental e celebraram um TACDH (TAC) com diversas cláusulas, visando, em sua essência, ao combate e à erradicação do trabalho infantil e à proteção do trabalho do adolescente e do jovem.

As obrigações pactuadas por meio do diálogo institucional em rodadas procedimentais, tendo em vista a concretização dos direitos humanos da criança, do adolescente e do jovem, foram as seguintes:

- c) apresentar projeto de lei visando à execução de programa social municipal para erradicar o trabalho infantil, submetendo a apresentação de tal projeto de lei à comprovação ministerial;
- d) garantir verba suficiente para a implementação do programa municipal de

---

<sup>29</sup> Processo extrajudicial AE n.º 001370.2007.08.000/0 e processo judicial n.º TRT 0010600-50.2007.5.08.0111.

erradicação do trabalho infantil;

- e) garantir a formulação do diagnóstico de todas as crianças do município com dados suficientes para identificar cada uma delas, com a condição econômica e educacional;
- f) envidar esforços para resgatar todas as crianças inseridas no mercado de trabalho, inclusive as envolvidas na prostituição infantil e os usuários de substâncias entorpecentes, com abordagem no âmbito familiar, por meio de assistentes sociais, psicólogos, componentes do Conselho Tutelar do Município etc., oferecendo ao município alternativas para a ocupação dessas crianças;
- g) proibir o acesso de crianças e adolescentes ao depósito de lixo (lixão), mantendo o local devidamente cercado e com a presença de vigilância;
- h) comprovar a criação, a implementação e a adequada estruturação do Conselho Tutelar e do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- i) diligenciar junto aos órgãos do governo federal e estadual para viabilizar a instalação de programas visando à geração de trabalho e renda para as famílias necessitadas, assim como à profissionalização de jovens, como Agente Jovem, Sentinela, Roda Moinho, Programa de Qualificação e Requalificação Profissional;
- j) implementar ações visando à expedição de registros de nascimento das crianças, adolescentes e pais residentes na região;
- k) garantir o cumprimento do Plano Plurianual (PPA) da assistência social, no qual foi incluído, em especial, dotação orçamentária para o programa de Geração de Trabalho e Renda, sobretudo no que concerne às atividades de agricultura, artesanato e extrativismo;
- l) implementar programas de qualificação profissional a partir de convênios com o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), Secretaria Nacional de Renda de Cidadania (Senarc), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac) e outras instituições vinculadas à profissionalização;
- m) criar um local para abrigo de crianças e adolescentes vítimas ou ameaçadas de violência;
- n) enviar relatório semestral ao MPT sobre as atividades relativas às obrigações assumidas;
- o) garantir atendimento especializado às crianças e adolescentes portadores de necessidades especiais residentes no município, com o desenvolvimento de um sistema de educação inclusiva na região;

- p) promover parcerias com outras entidades para que sejam encontradas alternativas de solução para o problema relacionado à exploração do trabalho infantil, promovendo também a realização de debates, seminários, oficinas etc. para discussão da questão;
- q) manter em dia o recolhimento dos valores devidos ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a respectiva Certidão Negativa de Débitos (CND) a fim de não comprometer o recebimento das verbas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti);
- r) afixar, no quadro de editais do prédio da Prefeitura, uma cópia do acordo, além de outras de cunho procedimental e penal.

A fiscalização do acordo verificou o descumprimento das obrigações pactuadas de letras “a”, “c”, “e”, “m” e “q”, conforme informação inicial fornecida pela assessoria jurídica e relato abaixo. A obrigação pactuada na letra “q” tem o mesmo conteúdo da letra “l”, por isso não foi aqui repetida.

Em razão da constatação do descumprimento de algumas das obrigações assumidas pelo município, o MPT ajuizou, em janeiro de 2007, uma ação de execução do TAC ou TACDH, pedindo a condenação do município ao pagamento de multa pelo inadimplemento do ajuste no montante de R\$ 9.025.000,00 (nove milhões e vinte e cinco mil reais) a ser revertido em benefício do Fundo da Criança e do Adolescente (FIA), bem como a satisfação das obrigações de conduta descritas no TACDH e inadimplidas até então.

O município de Ananindeua utilizou vários instrumentos processuais, como embargos do devedor e agravo de petição, contra a sentença que julgou os embargos, mas o Judiciário Trabalhista, tanto em primeiro, quanto em segundo grau, rejeitou as razões da municipalidade. Inconformado, o município manejou ainda uma ação anulatória de TAC em julho de 2009, com o objetivo de esquivar-se do cumprimento das obrigações necessárias à concretização dos direitos humanos sociais de erradicação do trabalho infantil e de proteção do trabalho adolescente e jovem.

Na condução do diálogo, em razão da resposta judicial de não acolhimento dos motivos do município, bem como em razão da ação anulatória proposta pelo município, foi realizada, no dia 9 de novembro de 2009, uma nova rodada procedimental. Com efeito, em uma audiência extraprocessual na sede da Procuradoria Regional do Trabalho (PRT) da 8.<sup>a</sup> Região, debateu-se acerca da conversão do montante executado em obrigações de construir obras e de prover serviços de tutela dos direitos de crianças e adolescentes, em favor da comunidade de Ananindeua, chegando-se a uma proposta mínima a ser detalhada pelo

município.

Nessa nova rodada procedimental do diálogo institucional, discutindo-se sobre o montante da execução, acordou-se em não transferir a integralidade dos recursos do município para a União de forma a beneficiar diretamente a população local. De fato, não parece razoável sobrecarregar mais ainda o município que não se tenha desincumbido de alocar verbas para a erradicação do trabalho infantil e proteção do trabalho adolescente e jovem. Por isso, pactuou-se destinar as verbas municipais decorrentes das penalidades de descumprimento do TACDH<sup>30</sup> para:

- a) instalar e aparelhar o Conselho Tutelar;
- b) construir um abrigo para crianças de 0 a 6 anos, para meninas de 7 a 12 anos, para meninos de 7 a 12 anos, para adolescentes de 12 a 18 anos (sexo masculino), para adolescentes de 12 a 18 anos (sexo feminino) e uma casa de passagem masculina e feminina;
- c) adquirir um automóvel para cada grupo de 2 (dois) abrigos;
- d) instalar centros de referência de educação infantil;
- e) instalar 2 (dois) Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), um no Distrito Industrial e outro no bairro 40 Horas;
- f) reaparelhar os 8 (oito) CRAS existentes;
- g) construir 2 (dois) centros de formação profissional;
- h) construir 2 (dois) centros de inclusão digital;
- i) efetuar doação ao FIA.

Em 23 de março de 2010, conforme o termo de audiência judicial, o Juízo determinou a suspensão da execução<sup>31</sup>, levando em consideração o acordo de concretização realizado nos autos do processo da ação anulatória de TAC proposta pelo município<sup>32</sup>. Assim, a execução foi suspensa até o integral cumprimento do acordo, o eventual descumprimento ensejaria prosseguimento da execução.

Uma das obrigações assumidas no acordo de concretização de direitos humanos foi a necessidade de o município de Ananindeua apresentar dois projetos: um projeto do centro municipal de formação profissional e outro relativo ao projeto do centro municipal de inclusão digital.

---

<sup>30</sup> Essa alocação de recursos provenientes do descumprimento de acordo com o MPT é mais um resultado do diálogo institucional. O Ministério Público pode, dessa forma, atuar em políticas públicas e destinar verbas orçamentárias de forma negociada, mantendo-se a autonomia constitucional dos atores envolvidos e assegurando-se a concretização dos direitos humanos.

<sup>31</sup> Processo judicial n.º 0010600-50.2007.5.08.0111.

<sup>32</sup> Processo judicial n.º 0095300-85.2009.5.08.0111.

Em que pese o prazo concedido, o município permaneceu inerte, o que resultou na atuação do *Parquet* no sentido de requerer o prosseguimento da execução nos autos do processo executivo ou de cumprimento de obrigação<sup>33</sup>. Em dezembro de 2010, foi expedido precatório requisitório como efeito do prosseguimento da execução.

Em 13 de dezembro de 2010, no procedimento administrativo de expedição do precatório requisitório, o município de Ananindeua interpôs agravo regimental ao Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 8.<sup>a</sup> Região<sup>34</sup>, com fulcro no artigo 269, “d”, do Regimento Interno da Corte trabalhista, dada a decisão que determinou expedição de ofício requisitório ao município no valor de R\$ 8.498.742,18 (oito milhões, quatrocentos e noventa e oito mil setecentos e quarenta e dois reais e dezoito centavos), pleiteando a suspensão do precatório. Contudo, o referido agravo regimental não foi conhecido pelo TRT, por ausência de cabimento e adequação, o que motivou a interposição de nova petição do MPT, na qual era requerido o prosseguimento da execução em virtude do descumprimento do acordo.

Após a expedição do precatório requisitório, o município de Ananindeua protocolou perante o MPT informações acerca do acordo. Juntou, na oportunidade, cópia dos projetos mencionados acima. A fim de verificar o cumprimento efetivo das cláusulas vencidas no acordo judicial, o MPT promoveu uma inspeção no dia 13 de janeiro de 2011 no município de Ananindeua (relatório de inspeção juntado ao processo judicial).

Houve, na oportunidade, constatação do cumprimento de parte das obrigações assumidas, com as ressalvas constantes no relatório.

Em razão disso, requereu o MPT nova suspensão da execução, a fim de conceder prazo até 18 de fevereiro de 2011 para que o ente municipal demonstrasse o efetivo cumprimento das obrigações pactuadas. Por isso, requereu o *Parquet* a perda do objeto do agravo regimental.

No julgamento do agravo regimental, cujo acórdão foi publicado em 30 de maio de 2011, demonstrou o TRT da 8.<sup>a</sup> Região o inadimplemento da obrigação por parte da municipalidade, decidindo que não acarretava a perda do objeto por haver requerimento do MPT de nova suspensão da execução até o dia 18 de fevereiro de 2011.

Em 14 de junho de 2011, a municipalidade, inconformada com o acórdão que não conheceu do agravo regimental, interpôs recurso ordinário ao Tribunal Superior do Trabalho (TST), apesar de buscar provar no juízo da execução o cumprimento do pactuado. O TST, em decisão monocrática datada de 14 de maio de 2012, conheceu do recurso e, no mérito, negou-

---

<sup>33</sup> Processo judicial n.º 0010600-50.2007.5.08.0111.

<sup>34</sup> Processo judicial AGR n.º 000076-94.2011.5.08.0000.

lhe provimento.

O processo seguiu o procedimento administrativo do precatório requisitório e de inclusão do orçamento do valor da condenação, mas uma nova rodada procedimental foi instaurada. Em dezembro de 2012, o Ministério Público considerou parcialmente cumpridas as obrigações referentes à instalação e ao aparelhamento de abrigo para crianças de 0 a 6 anos e à instalação e ao aparelhamento do centro de referência de assistência social (CRAS) do bairro distrito industrial; por outro lado, considerou cumpridas as obrigações referentes à instalação e ao aparelhamento do centro de referência de assistência social do bairro 40 Horas e à instalação e ao aparelhamento de centro de inclusão digital.

Essa situação foi constatada em uma inspeção acompanhada por um representante do município. Após a inspeção, houve notificação do Ente Público em relação às conclusões do *Parquet*, inclusive fixando prazo para regularizar a situação, o que não ocorreu nos meses seguintes e levou o Ministério Público a requerer o prosseguimento da execução em março de 2013.

Durante o prosseguimento da execução, houve uma nova rodada procedimental que culminou em um novo acordo, firmado em 21 de janeiro de 2014, pelo qual a municipalidade assumia o compromisso de respeitar as seguintes obrigações e prazos tendo em vista o atendimento dos direitos sociais:

- a) até **31 de janeiro de 2014**: instalar e aparelhar um abrigo para crianças de 0 a 6 anos em sede específica, com, no mínimo, 15 vagas, observadas as separações de gênero, contando com uma infraestrutura mínima e salubre, incluindo mobília, sala para técnicos, colchões, material para atividades lúdicas, computador e impressora; cozinha montada, brinquedoteca e um automóvel;
- b) até **31 de março de 2014**: b.1) instalar e aparelhar o Centro de Referência de Assistência Social do bairro Distrito Industrial, com sede específica, com uma infraestrutura mínima, incluindo mobília, uma sala para técnicos, uma sala de atendimento, uma sala multiuso para atividades em grupo (30 pessoas) e lúdicas, dois banheiros, uma copa, um almoxarifado, dois computadores e uma impressora; b.2) recolher o valor de R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais) ao Fundo Municipal de Criança e Adolescente, em uma parcela;
- c) até **31 de maio de 2014**: promover o primeiro curso de qualificação para a equipe que compõe a Rede de Assistência Social do município de Ananindeua;
- d) até **31 de julho de 2014**: d.1) realizar cursos profissionalizantes por meio de parcerias com o Serviço Social da Indústria (Sesi), o Senai, o Senac e outras

entidades afins, a fim de capacitar aproximadamente 500 (quinhentos) jovens; d.2) instalar e aparelhar o Conselho Tutelar IV, com sede específica, dotado de infraestrutura mínima, para cada um dos Conselheiros, com, no mínimo, três computadores e uma impressora compartilhada, fax, telefone, mobília de trabalho, bem como um veículo adequado, salvo se persistir ordem judicial que impeça, de algum modo, a sua instalação;

- e) até **31 de agosto de 2014**: promover o segundo curso de qualificação para a equipe que compõe a Rede de Assistência Social do município de Ananindeua<sup>35</sup>.

O acordo, homologado judicialmente após deliberação na rodada procedimental extraprocessual, tem sido cumprido normalmente pela municipalidade. Seu acompanhamento demonstra que as obrigações com vencimento em 31 de julho de 2014 não foram cumpridas a tempo, conforme petição atravessada nos autos do processo judicial n.º 0010600-50.2007.5.08.0111 em 2 de outubro de 2014, e a obrigação de 31 de agosto de 2014, que pendem de outras constatações e prazos.

Cabe esclarecer que as comprovações de cumprimento das cláusulas acordadas foram feitas mediante constatação física pelos peritos ministeriais, ao final do prazo de cumprimento de cada obrigação, com a condução gradual e concretização dos direitos sociais tutelados.

Apesar dos atrasos para realização dos direitos sociais pactuados, verificou-se que a quase totalidade das cláusulas foram realizadas voluntariamente, conforme laudo pericial confeccionado pelos peritos ministeriais, restando como último registro a informação de que mesmo com o entendimento de que ainda há algo a ser melhorado, pelo observado *in loco*, que foram tomadas providências pela municipalidade com vistas ao aparelhamento e à instalação da infraestrutura necessária ao funcionamento do Conselho Tutelar IV.

A fiscalização final do integral cumprimento do pactuado nos autos do procedimento foi de responsabilidade dos peritos do Ministério Público do Trabalho, que atestou a realização voluntária de todas as obrigações pactuadas para a concretização dos direitos sociais, conforme trâmite procedimental nos autos do procedimento ministerial n.º AE 001370.2007.08.000/0.

Assim, em 03/06/2015, o Procurador do feito acolheu laudo do setor ministerial de perícia, de 29/05/2015, que atestou o cumprimento da última obrigação deliberada, qual seja: instalação e aparelhamento do Conselho Tutelar, com a entrega de 3 (três) entrega

---

<sup>35</sup> Em caso de descumprimento dos exatos termos das obrigações definidas, considerar-se-ia desfeito o acordo, com o respectivo pagamento do precatório requisitório expedido (TRT RP 589/2009, Precatório Requisitório n.º 00007/2009), no valor de R\$ 8.094.040,17 (oito milhões, noventa e quatro mil e quarenta reais e dezessete centavos).

computadores para uso dos conselheiros, restando comprovadas a realização dos direitos sociais concretizados pelos acordos deliberativos provisórios firmados para a erradicação do trabalho infantil e a regularização do trabalho adolescente.

#### **2.4.2 Segunda rodada procedimental: ação anulatória do TACDH firmado<sup>36</sup>**

A segunda rodada procedimental foi inaugurada pelo município de Ananindeua para tentar desconstituir o acordo político firmado anteriormente e invalidar o procedimento de concretização dialógico dirigido pelo Ministério Público. Prevaleceu, porém, o pactuado para a concretização dos direitos humanos, tendo em vista a erradicação do trabalho infantil e a proteção do trabalho adolescente e jovem, ainda que se tenha enfrentado os fundamentos da reserva do possível.

Em 9 de julho de 2009, o município de Ananindeua ajuizou no MPT uma ação anulatória de ato jurídico com pedido liminar de suspensão da execução do que havia sido determinado nos autos do processo de execução<sup>37</sup> e de anulação das cláusulas “a”, “c” e “e” do TACDH<sup>38</sup>, que estavam sendo executadas. Alegou, em resumo, que as obrigações “a” e “c” não foram cumpridas no prazo em razão do tempo exíguo estabelecido e que a cláusula “e” seria inexecutável. Aduziu, ainda, violação do princípio da reserva do possível, pois, caso mantida a execução, ficaria o município impedido de cumprir todas as suas obrigações previstas em lei, visto que seriam desrespeitados os limites de suas possibilidades financeiras e orçamentárias, onerando ainda mais os próprios munícipes.

O juiz concedeu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela, determinando a suspensão da execução, afirmando que os fundamentos apresentados pelo município eram “interessantes” e mereciam análise antes da cobrança da vultosa multa fixada no TACDH.

Na audiência judicial do dia 22 de março de 2010, o Juízo homologou o acordo de concretização proveniente de nova rodada procedimental, que renovou parcial e mais detalhadamente o que fora acordado em 9 de novembro de 2009 no processo de execução, nos termos da petição conjunta apresentada pelos demandantes, suspendendo a execução no processo de execução até o cumprimento integral do acordo.

---

<sup>36</sup> Processo extrajudicial n.º 001618.2009.08.000/0 e judicial n.º 0095300-85.2009.5.08.0111.

<sup>37</sup> Processo judicial n.º 0010600-50.2007.5.08.0111.

<sup>38</sup> “a) apresentar projeto de lei visando à concretização de programa social municipal para erradicar o trabalho infantil, submetendo [tal apresentação] à comprovação [perante o Ministério Público]; [...] c) garantir a formulação de diagnóstico de todas as crianças do município com dados suficientes para a identificação de cada uma delas e condição econômica e educacional; [...] e) proibir o acesso de crianças e adolescentes ao depósito de lixo (lixão) mantendo o local devidamente cercado e com a presença de vigilância”.

No mencionado acordo, o MPT e o município convencionaram, no que diz respeito à obrigação de pagar, que o município, em corroboração do pactuado na execução, instalaria e aparelharia os seguintes locais:

- a) o Conselho Tutelar IV até o dia 18 de fevereiro de 2011;
- b) um abrigo para crianças de 0 a 6 anos até o dia 18 de setembro de 2010;
- c) um centro de referência de assistência social do bairro Distrito Industrial até o dia 18 de setembro de 2010;
- d) um centro de referência de assistência social do bairro 40 Horas até o dia 1.º de fevereiro de 2011;
- e) um centro de formação profissional até o dia 18 de fevereiro de 2011;
- f) um centro de inclusão digital até 18 de fevereiro de 2011.

Fixou-se ainda, como parte do acordo, que o município de Ananindeua recolheria o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) ao FIA.

Após a realização do acordo, várias constatações de cumprimento e de descumprimento do acordo foram registradas. Entretanto, tais ocorrências foram processadas na execução, restando à ação anulatória apenas o registro do andamento processual como forma de acompanhamento do processo de execução, que determinava o pagamento do precatório requisitório<sup>39</sup> em 26 de novembro de 2012, mas caminhou para novas rodadas procedimentais para demonstrar a atuação ministerial em políticas públicas por meio do diálogo institucional, como de fato tem ocorrido no referido processo judicial da execução, razão pela qual as demais rodadas procedimentais ocorreram no foro da execução trabalhista da primeira da rodada, conforme descrito acima.

## 2.5 QUARTO CASO: MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DO PIRIÁ<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Não se deve olvidar que o sistema de precatório, após a Emenda Constitucional (EC) n.º 62/2009, tornou o processo de execução contra a Fazenda Pública extremamente moroso, o que demonstra a demora no cumprimento judicial de obrigação por quantia certa contra as pessoas de direito público. Com a adoção do regime especial de pagamento previsto na EC n.º 62/2009, que acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Transitórias Constitucionais (ADCT), o prazo de pagamento de obrigações judiciais pode até superar 15 (quinze) anos. Aqui novamente, ressalva-se o longo prazo de execução contra as pessoas jurídicas de direito público. Além do trâmite normal de inclusão no orçamento até julho de um ano para pagamento até dezembro do ano seguinte, ainda há os que fizeram opção pelo regime especial de pagamento, nos termos do artigo 97 do ADCT, inserido pela EC n.º 62/2009, segundo o qual o prazo pode até ser superior a 15 (quinze) anos. Embora o texto constitucional sempre tenha trazido a ideia de que há exceções a esse sistema extremamente moroso, que teve origem histórica nos privilégios da classe nobre de Portugal, as únicas exceções que se cogitam de uma forma mais célere são os créditos de pequeno valor e os alimentícios dos sexagenários e dos portadores de doença grave, nos termos prescritos na Constituição e na jurisprudência do STF, visto que os créditos alimentares foram excluídos desse procedimento célere pelo próprio STF, na Súmula n.º 655 (SILVA, 2011, p. 464-468).

<sup>40</sup> Processo extrajudicial n.º AE 001508.2006.08.000/0 e processo judicial TRT n.º 00852-2006.105.08.007.

O caso da erradicação do trabalho infantil e da proteção do trabalho jovem e adolescente no município de Cachoeira do Piriá evidencia a atuação ministerial em políticas públicas pela via processual e extraprocessual, tendo em vista a concretização dos direitos sociais por meio da negociação de verbas públicas que são destinadas a programas de governo de proteção da criança, do adolescente e do jovem.

Em 28 de janeiro de 2002, o MPT e o município de Cachoeira do Piriá celebraram um acordo de concretização de direitos humanos que foi levado a termo (TACDH) com diversas cláusulas, visando, em sua essência, ao combate e à erradicação do trabalho infantil e à proteção do trabalho adolescente e jovem.

Na condução do diálogo institucional, foram pactuadas várias obrigações de atuação em políticas públicas, à semelhança do pactuado com o município de Ananindeua. Assim, o município de Cachoeira do Piriá obrigava-se a tomar as seguintes medidas:

- a) apresentar projeto de lei visando à implementação de programa social municipal para erradicar o trabalho infantil, submetendo a apresentação de tal projeto de lei à comprovação ministerial;
- b) garantir verba suficiente para a implementação do programa municipal de erradicação do trabalho infantil;
- c) garantir a formulação de diagnóstico de todas as crianças do município com dados suficientes para identificar cada uma delas, com a condição econômica e educacional;
- d) envidar esforços para resgatar todas as crianças inseridas no mercado de trabalho, inclusive as envolvidas na prostituição infantil e os usuários de substâncias entorpecentes, com abordagem no âmbito familiar, por meio de assistentes sociais, psicólogos, componentes do Conselho Tutelar do Município etc., oferecendo ao município alternativas para a ocupação dessas crianças;
- e) proibir o acesso de crianças e adolescentes ao depósito de lixo (lixão), mantendo o local devidamente cercado e com a presença de vigilância;
- f) comprovar a criação, a implementação e a adequada estruturação do Conselho Tutelar e do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- g) diligenciar junto aos órgãos do governo federal e estadual para viabilizar a instalação de programas visando à geração de trabalho e renda para as famílias necessitadas, assim como à profissionalização de jovens, como Agente Jovem, Sentinela, Roda Moinho, Programa de Qualificação e Requalificação Profissional;
- h) implementar ações visando à expedição de registros de nascimento das crianças,

adolescentes e pais residentes na região;

- i) garantir o cumprimento do PPA da assistência social, no qual foi incluído, em especial, dotação orçamentária para o programa de Geração de Trabalho e Renda, sobretudo no que concerne às atividades de agricultura, artesanato e extrativismo;
- j) implementar programas de qualificação profissional a partir de convênios com o Senai, Senar, Senac e outras instituições vinculadas à profissionalização;
- k) criar um local para abrigo de crianças e adolescentes vítimas ou ameaçadas de violência;
- l) enviar relatório semestral ao MPT sobre as atividades relativas às obrigações assumidas;
- m) garantir atendimento especializado às crianças e adolescentes portadoras de necessidades especiais residentes no município, com o desenvolvimento de um sistema de educação inclusiva na região;
- n) promover, de forma dialógica, parcerias com outras entidades para que sejam encontradas alternativas de solução para o problema relacionado à exploração do trabalho infantil, promovendo também a realização de debates, seminários, oficinas etc. para discussão da questão;
- o) manter em dia o recolhimento dos valores devidos ao INSS e a respectiva CND a fim de não comprometer o recebimento das verbas do Peti;
- p) afixar, no quadro de editais do prédio da Prefeitura, uma cópia do acordo, além de outras de cunho procedimental e penal.

Após o decurso de certo tempo, verificou-se o descumprimento das obrigações pactuadas de letras “c”, “e”, “h”, “j”, “k”, “l”, “m” e “q”, conforme informação inicial fornecida pela assessoria jurídica e relato abaixo. A obrigação pactuada na letra “q” tem o mesmo conteúdo da letra “l”, por isso não foi aqui repetida.

Com efeito, em razão da ausência de informação, na forma da letra “l”, a maioria das cláusulas não pôde ser analisada. Mas a ação fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego constatou a existência de trabalho infantil no lixão do município. Ressalta-se que o relatório veio incompleto, porém, em nova análise da assessoria jurídica, foi constatada a violação da obrigação de letras “e”, “c”, “h”, “j”, “k” e “m”.

Constatado o descumprimento de algumas das obrigações assumidas pelo município, o MPT ajuizou, em agosto de 2006, uma ação de execução do TACDH, pedindo a condenação do município ao pagamento de multa pelo inadimplemento do ajuste no montante de R\$ 13.336.000,00 (treze milhões, trezentos e trinta e seis mil reais) a ser revertido em benefício

do FIA, bem como a satisfação das obrigações de conduta descritas no TACDH e inadimplidas até então, o que ensejou uma nova rodada procedimental de diálogo, agora, com a participação do Poder Judiciário.

O município de Cachoeira do Piriá apresentou embargos à execução, alegando, em resumo, que não pode cumprir com a maioria das obrigações assumidas, nem arcar com a multa pelo seu descumprimento, porque as obrigações estão fora de sua realidade financeira, comprometendo seu orçamento.

Os embargos foram liminarmente rejeitados, sob o argumento de serem intempestivos, o que ensejou a interposição pelo município de agravo de petição no TRT da 8.<sup>a</sup> Região, ao qual foi negado provimento, não tendo sido utilizada outra via recursal. Em julho de 2008, o MPT peticionou ao Juízo, requerendo a expedição de precatório requisitório para a inclusão do orçamento do valor da condenação. O processamento continua esperando o desfecho final da execução, desde 15 de julho de 2012<sup>41</sup>, estando a partir dessa data aberta a possibilidade de novas rodadas procedimentais para demonstrar a atuação ministerial em políticas públicas por meio do diálogo institucional.

A escolha desse caso é importante para evidenciar que problemas semelhantes são tratados em rodadas procedimentais e discussões dialógicas diferentes, com prazos e ocorrências que revelam a dificuldade do diálogo institucional com os entes federativos. De fato, a duração da rodada procedimental, a última palavra provisória e a realização dos direitos sociais dependem de várias circunstâncias e da atuação dos atores políticos envolvidos. O importante nesse caso é a forte possibilidade de o Ministério Público inaugurar outra rodada procedimental com atuação em política pública, negociando a destinação do valor da execução para ser aplicado na proteção da criança, do adolescente e do jovem.

## 2.6 QUINTO CASO: LIXÃO VILA CHOCOLATÃO, MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Aqui novamente, ressalta-se o longo prazo de execução contra as pessoas jurídicas de direito público: além de ser necessário esperar o trâmite normal de inclusão no orçamento até julho de um ano para pagamento até dezembro do ano seguinte, ainda há os que fizeram opção pelo regime especial de pagamento, nos termos do artigo 97 do ADCT, inserido pela EC n.º 62/2009, segundo o qual o prazo pode ser superior a 15 (quinze) anos.

<sup>42</sup> Embora o caso diga respeito a Porto Alegre, a decisão de apresentá-lo nesta tese deveu-se a três razões. Em **primeiro** lugar, por tratar-se de um excepcional exemplo de concretização dos direitos humanos prestacionais envolvendo o direito à moradia digna e à preservação dos demais direitos sociais, notadamente educação, saúde, trabalho e lazer. Em **segundo** lugar, por ser um exemplo bem-sucedido de concretização dos direitos humanos pela via extraprocessual exposto no curso sobre acordo de concretização dos direitos humanos e negociação coletiva realizado ministrado pelo Procurador da República Alexandre Gravonski, sob a orientação pedagógica do autor na Escola Superior do MPU. Em **terceiro** lugar, por representar um exemplo prático fora da praxe ministerial laboral, o que evidencia o indício da aplicação da tese a qualquer ramo ministerial.

O quinto caso concerne à viabilização dos direitos sociais – de moradia, educação, saúde, trabalho e lazer – das famílias removidas que moravam e trabalhavam no lixão da Vila Chocolateiro, no município de Porto Alegre<sup>43</sup>.

A rodada procedimental foi provocada por uma ação reivindicatória ajuizada pela União dizendo-se legítima proprietária de uma área utilizada como lixão no município de Porto Alegre, especialmente destinada à construção do Centro Administrativo Federal de Porto Alegre. A área, denominada “Vila Chocolateiro”, era ocupada por duas centenas de famílias, cuja fonte principal de renda era a catação de lixo. Foi formada uma rede de governança para viabilizar a realocação dos moradores, de forma conciliatória e com a preservação das garantias de moradia digna e dos demais direitos sociais da comunidade.

A rede de governança, coordenada por representantes do município de Porto Alegre e da estrutura administrativa do Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região (TRF-4), e contando com a participação direta da comunidade, definiu várias medidas necessárias à concretização dos direitos sociais, como se verá adiante.

Com efeito, a regularização da área tinha como meta assegurar moradia digna e preservar os demais direitos prestacionais envolvidos, notadamente educação, saúde, trabalho e lazer, visto que tais direitos foram afetados em razão da atividade econômica dos moradores que ocupavam a área e das peculiaridades do local de reassentamento. Tais medidas dão efetividade ao que dispõe a Constituição, a legislação infraconstitucional e o Pidesc, e observam o princípio da proibição do retrocesso em matéria social, que traduz, no processo de concretização da norma, uma verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional a impedir que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos sem políticas compensatórias implementadas pelas instâncias governamentais (ADPF n.º 45)<sup>44</sup>.

O propósito do acordo era assegurar que a garantia do direito à moradia digna fosse acompanhada da preservação dos demais direitos sociais. Tais direitos, aliás, foram antes

---

<sup>43</sup> Esse caso foi resolvido como questão incidental nos autos da ação reivindicatória n.º 2000.71.00.000973-1, em trâmite na Vara Federal Ambiental de Porto Alegre.

<sup>44</sup> A ADPF n.º 45 não é um precedente que tenha efeito formalmente vinculante, pois a decisão foi proferida monocraticamente e foi prejudicada por falta de interesse processual (perda de objeto), mas representa um caso emblemático sobre precedentes formalmente não vinculantes que possuem uma relevante força ou vinculação material, que se propagou como um excepcional parâmetro de aplicação a casos judiciais e extrajudiciais futuros. Esse precedente tornou-se materialmente vinculante ou importante por força das generalizações extraídas e em função de suas justificativas, que possibilitam ao Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar nas hipóteses de políticas públicas definidas pela Constituição, sua concretização, sempre que os órgãos estatais competentes sejam omissos e comprometam a eficácia e a integridade de direitos econômicos, sociais e culturais previstos na ordem internacional e constitucional. Portanto, foram a fundamentação e a justificação da ADPF que permitiram sua utilização como precedente vinculante para casos que envolviam o direito à saúde e o direito à educação, por exemplo (SILVA; MAGALHÃES, 2012, p. 90).

referidos pelo município de Porto Alegre e pela União em várias oportunidades, inclusive nos autos da ação reivindicatória em trâmite na Vara Federal Ambiental de Porto Alegre, e notadamente na apresentação do Projeto de Trabalho Técnico Social (PTTS) da Vila Chocolateiro, nos esclarecimentos prestados à população interessada na Câmara Municipal de Porto Alegre em 6 de outubro de 2010 e na apresentação feita na reunião pública do governo municipal de 16 de março de 2010, com a presença de representantes da comunidade, do MPF, da Advocacia da União, da estrutura administrativa do TRF-4, da Associação dos Geógrafos do Brasil, do Serviço de Assistência Jurídica da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e de outras entidades envolvidas no projeto.

Como se observa, a rodada procedimental de negociação envolveu a participação direta da comunidade envolvida e órgãos com *expertise* no tema. As medidas adotadas revelam uma preocupação moral e democrática e o reconhecimento da importância de formalizar e institucionalizar as ações planejadas pelo município de Porto Alegre, destinadas a efetivar os direitos humanos sociais da população afetada. De acordo com um levantamento feito, 180 (cento e oitenta) famílias foram envolvidas.

O acordo foi firmado entre o MPF, de um lado, e, de outro, o município de Porto Alegre, a União Federal, o Departamento Municipal de Habitação (DEMHAB), o Departamento Municipal de Limpeza Urbana (DMLU), a Associação dos Moradores da Vila Chocolateiro e a Associação de Catadores e Recicladores da Vila Chocolateiro.

Os signatários obrigaram-se a:

- a) firmar, por meio do DEMHAB, por ocasião da posse subsequente à desocupação da moradia, um Contrato de Concessão de Direito Real de Uso das moradias construídas no Loteamento Residencial Nova Chocolateiro, na Avenida Protásio Alves, n.º 9.099;
- b) providenciar a inclusão no programa “Minha Casa, Minha Vida” do empreendimento Jardim Paraíso, localizado na Estrada Barro Vermelho, n.º 971, Bairro Restinga, para as famílias não constantes dos levantamentos referidos na cláusula primeira, com direito a aluguel social, durante o tempo de conclusão desse processo de realocação;
- c) construir, por ação do município, até 31 de agosto de 2011, a unidade de educação infantil com a estrutura especificada no projeto arquitetônico constante dos autos, sendo assegurada, até a efetiva entrega da unidade de educação infantil, a utilização, para tal fim, de uma casa pré-moldada complementar, construída no lote existente, assegurando-se o atendimento a todas as crianças cadastradas;

- d) firmar um convênio, por meio da Secretaria de Educação, pelo prazo de 2 (dois) anos, renovável, com a Associação dos Moradores da Vila Chocolateão, viabilizando a contratação e a qualificação de profissionais com formação de educador assistente, para garantir o funcionamento da unidade de educação infantil;
- e) assegurar vaga no ensino fundamental para as crianças e adolescentes em idade escolar relacionadas no levantamento realizado;
- f) garantir o direito à saúde aos moradores removidos, com a conclusão da transferência dos prontuários dos moradores para a Unidade Básica de Saúde Tijucas, com a integração entre as equipes de saúde da família e a comunidade atualmente em andamento e com visitas às famílias por agentes de saúde, sem que o incremento da demanda comprometa o atendimento;
- g) garantir o direito ao trabalho por meio: *i*) da organização de coleta seletiva de lixo e unidade de triagem, garantindo-se o mínimo de dois e meio caminhões de coleta seletiva, por mês, para cada trabalhador associado e em atividade, bem como recursos suficientes para o custeio de manutenção da Unidade de Triagem; *ii*) da capacitação dos associados ou cooperados da Associação de Catadores de modo a profissionalizar e assegurar a sustentabilidade da atividade de reciclagem de resíduos sólidos dentro dos marcos legais, por meio de cursos e oficinas voltados para os seus associados; *iii*) da capacitação para outras atividades laborativas, promovendo-se, em até doze meses após o reassentamento da comunidade, cursos de padaria, cobrador de ônibus, jardinagem, eletricitista, cozinheiro, manutenção de ônibus e operador de copiadora, para aqueles moradores da comunidade da Vila Chocolateão que não optaram por trabalhar na usina de triagem e preferem outra profissão, dela necessitando segundo avaliação social realizada pelo município;
- h) garantir o direito ao lazer com a execução, no prazo máximo de cento e vinte dias após o reassentamento, do projeto de praça e quadra poliesportiva, conforme especificado no Termo de Compensação Vegetal (TCV), além de outras obrigações procedimentais e de fiscalização do acordo.

Segundo o Procurador da República que acordou as condições do TACDH, algumas obrigações foram cumpridas dentro do prazo e outras fora do prazo, mas a execução do acordo foi bem-sucedida. O acompanhamento processual na ação reivindicatória não foi possível porque o acordo não era objeto da ação.

No que se refere ao direito à moradia, conforme relatório de acompanhamento e de acordo com as obrigações pactuadas na cláusula 1.<sup>a</sup> do Termo, foram transferidas as 180

(cento e oitenta) famílias. As famílias reassentadas firmaram um contrato de concessão do direito real de uso no DEMHAB, e as remanescentes, que excederam o quantitativo de unidades habitacionais do loteamento, foram todas contempladas com aluguel social. Em função da não conclusão do empreendimento Jardim Paraíso, integrante do Programa Minha Casa, Minha Vida, localizado na Estrada Barro Vermelho, n.º 971, Bairro Restinga, essas últimas famílias continuam beneficiadas com o aluguel social, que será mantido até que possam ser reassentadas no referido empreendimento.

O direito à educação das crianças e adolescentes foi atendido com a conclusão da creche comunitária, visando ao atendimento das crianças na faixa etária de zero a 6 (seis) anos. Atualmente, aguarda-se o convênio com a entidade que fará a gestão do espaço, para o início da operacionalização, com recursos de repasse do município, que tem tido problemas de regularização fiscal. As crianças, desde a mudança das famílias para o novo loteamento, têm sido atendidas, conforme compromissado, na unidade destinada ao funcionamento da associação de moradores, onde foi implantada uma casa pré-moldada complementar, propiciando o atendimento. Conforme a ata da reunião realizada no dia 13 de julho de 2011, as crianças e os adolescentes em fase de ensino fundamental foram todos matriculados em escolas da região, perto da localização do loteamento.

O direito à saúde também tem sido atendido, pois os prontuários de saúde dos moradores da Vila do Chocolate reassentados no novo loteamento foram transferidos para a Unidade Básica de Saúde Tijucas, e o atendimento não sofreu solução de continuidade.

Para garantir a efetividade do direito ao trabalho, foi firmado um convênio entre o município, por meio do DMLU, e a Associação de Catadores e Recicladores da Vila Chocolate. Atualmente, tem sido entregues, em média, 3 (três) cargas diárias, compatíveis com a produção laboral dos trabalhadores que atuam na respectiva unidade de triagem de resíduos sólidos. Por intermédio do convênio, o DMLU tem disponibilizado recursos para a manutenção e o custeio da unidade de triagem e tem efetuado a coleta dos rejeitos de forma sistemática, conforme compromissado. Como forma de atender aos que não querem exercer o labor nessa atividade, o município de Porto Alegre ofertou aos moradores do loteamento, por meio da Secretaria Municipal de Produção, Indústria e Comércio (SMIC) e da Fundação de Assistência Social e Cidadania (FASC), vagas para capacitação nas áreas da construção civil e da jardinagem, efetuando a divulgação mediante visita domiciliar a cada uma das famílias reassentadas no loteamento.

No que se refere ao esporte e ao lazer, concluiu-se a praça e a quadra poliesportiva, contendo equipamentos infantis, para uso da comunidade do loteamento.

Esse é mais um caso que mostra o caráter dialógico do Ministério Público. Atuando em políticas públicas por meio de rodadas procedimentais, a instituição contribui para a concretização dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais. No caso em questão, motivada por uma ação petítória – cujo objeto era o local onde se encontrava a comunidade –, recorre a instrumentos extraprocessuais: a rodada procedimental ocorreu de forma extraprocessual em decorrência de demanda judicial baseada no direito de propriedade da União com a formalização de acordo político de concretização dos direitos sociais.

## 2.7 INTROITO RESUMIDO PARA A APRESENTAÇÃO DA TESE

A apresentação dos cinco casos tem o claro intuito de demonstrar, por meio de exemplos práticos, que é possível uma visão diferente do que atualmente conhecemos.

Em primeiro lugar, reconsidera-se o conceito, o conteúdo e a especificação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Verifica-se como eles podem ser concretizados hodiernamente considerando a necessidade e a dificuldade de mensurar a liquidação ou a especificação dos direitos ou em que medida as prestações podem ser concedidas pelo Estado<sup>45</sup>.

Em segundo lugar, reexamina-se a divisão e o funcionamento das funções estatais e governamentais (separação de poderes), vistas como centros de competência extremados, especializados, estanques, fixos e hierarquizados, em razão de pensamentos binários, polarizados e excludentes. Concebe-se a interação e o raciocínio gradualista ou o grau de concretização de determinado ideal, uma vez que esse raciocínio não se preocupa em dizer se algo é ou não é; antes, define em que grau ou em que medida algo é ou não é, ou quanto algo se aproxima ou se distancia do ideal, sem abrir mão do raciocínio binário.

Em terceiro lugar, reconsideram-se os atores políticos e burocráticos que podem atuar na concretização dos direitos sociais e não se nega a possibilidade de uma participação dialógica dos poderes constituídos a fim de garantir a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja ampliação requer a atuação não só do Judiciário, do Executivo e do Legislativo, mas também de outras instituições, como o Ministério Público.

Em quarto lugar, constata-se que a instituição do Ministério Público é um dos poderes constituídos com aptidão para dialogar em rodadas procedimentais para fins de concretização

---

<sup>45</sup> O texto constitucional é intencionalmente abstrato, impreciso e informado por termos e significados controversos com o objetivo de dar uma leitura moral às disposições constitucionais por meio de um método interpretativo que traz a moralidade política para o centro do direito constitucional (MENDES, 2008, p. 40-41). Por isso, a exigibilidade e a executividade dos direitos sociais, econômicos e culturais dependem de um procedimento ou de uma fase de liquidação, especificação ou individualização da medida em que o direito pode ser concretizado.

das normas internacionais e constitucionais que versam sobre direitos humanos, em especial, os direitos econômicos, sociais e culturais. Essa constatação leva a conceber a instituição, em certa medida, como burocrática e política na defesa do interesse público ou coletivo e das demandas sociais.

Finalmente, em quinto lugar, reavaliam-se os procedimentos e instrumentos que a ordem jurídica brasileira constitucional e infraconstitucional coloca à disposição do Ministério Público que permitem à instituição provocar, iniciar, realizar e dirigir rodadas procedimentais para conseguir uma deliberação coletiva e institucional que possa concretizar os direitos sociais, que estavam num estado de latência por falta de definição, liquidação ou especificação do conteúdo do direito ou impedir as atitudes excessivas e ofensivas aos direitos sociais praticadas pelos demais poderes constituídos. Assim, em caso de inadimplemento ou de omissão estatal das prestações materiais imprescindíveis ao atendimento das necessidades humanas, cuja competência é atribuída ao primeiro setor ou ao Estado, bem como nos casos de ofensas a tais direitos por excesso de atividade do poder público, o Ministério Público atua nos detalhes e medidas necessários para permitir a exigibilidade extrajudicial e a executividade judicial, para que a concretização dos direitos sociais ocorra de forma gradual e contínua.

Essas concepções permitem a defesa da tese do Ministério Público como poder constitucional constituído para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, para que de forma dialógica a instituição possa, por meio de acordo político em rodadas procedimentais especificar (individualar, determinar, delimitar, liquidar ou concentrar as obrigações) e concretizar deliberativamente o conteúdo das obrigações oriundas dos mandamentos amplos e genéricos previstos na ordem constitucional, internacional e legal imprescindíveis ao atendimento das necessidades humanas básicas de incumbência estatal. No mesmo sentido, a instituição pode atuar nos excessos de atividades de outros poderes constituídos, quando tal excesso violar os direitos humanos.

Considerando essa pequena apresentação da tese, cabe penetrar na concepção do conteúdo, estrutura dos direitos sociais para depois abordar as teorias do diálogo para legitimar a instituição ministerial moral e democraticamente na condução da defesa dos direitos sociais, culturais e econômicos e examinar como a instituição e os instrumentos são concebidos para atender o que se pretende demonstrar nesta tese.

### 3 DIREITOS SOCIAIS

A utilização das teorias do diálogo e das teorias que concebem o Ministério Público como um ator político com poderes constituídos para concretizar os direitos sociais, de forma dialógica, só faz sentido se tiver como fundamento a racionalidade persuasiva e a proteção dos direitos humanos, especialmente os sociais, razão pela qual tais teorias têm grande aplicação quando a negociação processar-se por meio de um procedimento dialógico de racionalidade persuasiva e deliberativa que tem como objeto os direitos sociais. Este capítulo abordará o tema dos direitos sociais, examinando sua definição, seus fundamentos, suas fontes de financiamento e sua estrutura com base nas normas de justiça distributiva e de apropriação individual ou coletiva do bem comum.

#### 3.1 NORMATIVIDADE, DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS

##### 3.1.1 Os direitos e as concepções liberais e sociais

Um dos questionamentos que tem mais importância no processo institucional dialógico conduzido pelo Ministério Público em rodadas procedimentais diz respeito “àquilo que se decide” ou ao conteúdo das deliberações provisórias por meio de acordo deliberativo e fundamentado sobre os direitos humanos. Alia-se a esse questionamento a preocupação em responder “quem” é o responsável pela concretização dos direitos humanos, que foi especificado pelo questionamento que diz respeito ao conteúdo dos direitos sociais. Obviamente que o questionamento sobre o objeto do procedimento deliberativo resolutivo de ordem dialógica dirigido pelo Ministério Público traz à tona as políticas públicas que concretizam os direitos humanos, em especial, os sociais, razão pela qual a definição, a normatividade e as características de tais direitos mostram-se imprescindíveis para o desenvolvimento desta tese.

Usualmente a definição dos direitos humanos baseia-se em uma classificação em gerações e dimensões de acordo com o grau da interferência estatal para respeitá-los ou garanti-los. Assim, está-se diante de direitos de primeira dimensão quando o Estado não intervém na liberdade ou no *status positivis libertatis*, enquanto, para os de segunda dimensão (os sociais), exige-se a intervenção estatal no *status positivis socialis* (TORRES, 2000, p. 191). Os direitos de terceira dimensão, que têm como conteúdo os direitos transindividuais, até então ignorados nas demandas judiciais (CAPPELLETTI, 1975, p. 365 et seq.), são

protegidos por várias ações de cunho coletivo e podem ou não ser demandados contra o Estado. Porém, essa classificação é insuficiente e confusa para descrever as diferenças entre os direitos de cada dimensão, pois não se sabe em que circunstâncias alguns direitos, como o direito à segurança pública, ao trabalho, à saúde, à educação, à alimentação, são de primeira, segunda ou terceira dimensão, mas sabe-se que eles podem ser demandados contra o Estado e têm caracteres difusos ou coletivos por tratar-se de apropriação de bens comuns ou coletivos.

Da mesma forma, não se sabe como alguns direitos ditos de primeira dimensão, como o direito à segurança pública, à manutenção das Forças Armadas, da polícia, do Judiciário e do Ministério Público, por exemplo, cujo fundamento é garantir o direito de liberdade e de propriedade, podem ser assim considerados. Tais direitos, apesar de protegerem indiretamente os direitos de liberdade e de propriedade, com eles não se confundem, uma vez que a sua concepção é difusa, indivisível ou indeterminada, ainda que haja apropriação individual, quando alguém é protegido diretamente por encontrar-se em situação de precisar de tais serviços públicos. Por isso, abandona-se a antiga classificação dos direitos humanos por dimensões (SILVA, 2007, p. 21-26)<sup>46</sup>, sem que isso implique o abandono de qualquer outra característica, como a relação com a concepção de Estado, a intervenção estatal, a indivisibilidade do objeto, a indeterminação dos sujeitos, as fontes de financiamento etc., que são elementos ainda percebidos na estrutura dos direitos prestacionais<sup>47</sup>.

Os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos humanos separados dos direitos civis e políticos são questionados nas discussões entre capitalistas e socialistas iniciadas na Organização das Nações Unidas (ONU), em um cenário de guerra fria (TEREZO, 2014, p. 46). Essa dicotomia faz surgir tentativas diferentes de caracterização e de definição dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais.

De acordo com a visão liberal, os direitos civis e políticos são direitos subjetivos que têm as seguintes características:

- a) são individuais: sua titularidade é unicamente do indivíduo;
- b) são naturais: sua existência precede a formação artificial da sociedade civil;

---

<sup>46</sup> Foi Karel Vasak quem empregou, pela primeira vez, a expressão “gerações de direitos do homem”. Cançado Trindade, que criticou a classificação dos direitos humanos em dimensões, teria questionado pessoalmente Karel Vasak sobre as gerações, e o jurista tcheco teria respondido que lhe viera a ideia quando, sem tempo para preparar uma palestra, lembrara o lema da bandeira francesa, o que demonstra que nem o próprio Vasak levou muito a sério a sua tese (CANÇADO, 2000).

<sup>47</sup> Apenas por deferência aos pactos internacionais de direitos civis e políticos (PIDCP) e de direitos econômicos, sociais e culturais (Pidesc), alude-se a tal classificação. Atualmente, do total de 193 Estados-membros da ONU, 167 países são considerados Estados-partes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e 160, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc) (TEREZO, 2014, p. 33).

- c) são exercitáveis contra uma comunidade política constituída de forma artificial, para que não sejam colocados em perigo e para que sejam protegidos dos ataques de terceiros,
- d) são correlatos: o direito subjetivo de um titular é correlato ao dever do destinatário, o direito prevalecendo sobre o dever;
- e) são egoísticos: visam a atender o benefício pessoal ou o autointeresse;
- f) são unilaterais: concebem o indivíduo de forma isolada da sociedade.

Assim, com essas características, obtém-se a especificação completa do conteúdo e do aspecto ativo e passivo do direito (ATRIA, 2004, p. 18-19), evidenciando-se os elementos identificadores necessários para a exigibilidade de tais direitos civis e políticos.

Na concepção socialista, com exceção das duas primeiras características (os direitos são individuais e naturais), as demais são adaptadas para atender as definições próprias de direitos sociais:

- a) a proteção contra o perigo e os ataques contra terceiros é substituída por uma forma de vida humana em que cada um pode relacionar-se com os outros;
- b) a prevalência do direito sobre o dever é substituída por uma relação plurilateral com prioridade normativa no dever-direito<sup>48</sup>;
- c) o autointeresse ou o benefício pessoal é substituído pela solidariedade, enfatizando-se a obrigação que a comunidade tem de garantir o bem-estar de cada um de seus membros de acordo com suas capacidades e necessidades;
- d) o caráter unilateral é substituído por uma percepção social, pela observação da comunidade, em que há uma indeterminação de sujeitos e do objeto por falta de especificação (ATRIA, 2004, p. 19-20) e o bem comum é concebido clara e conscientemente como de natureza indivisa.

Os direitos sociais não são negados nas duas concepções, mas sua definição varia. Na concepção liberal, os direitos prestacionais fundam-se no autointeresse, porque cada agente tem direito a uma espécie de seguro para precaver-se contra uma situação adversa; trata-se do direito a um mínimo de bem-estar que defenda o indivíduo da pobreza e que o ligue a uma situação melhor do que aquela que tinha no estado de natureza (visão de justiça comutativa). Já na concepção socialista, os direitos coletivos perseguem a redução das desigualdades de classe e são manifestações de uma vida superior de comunidade, onde cada um contribui de

---

<sup>48</sup> Deve-se observar que as relações jurídicas comutativas são bilaterais e correlatas, enquanto as relações jurídicas distributivas são plurilaterais e solidárias.

acordo com suas capacidades e recebe de acordo com suas necessidades<sup>49</sup> (visão de justiça distributiva) (ATRIA, 2004, p. 31-33). Essa última concepção fundamenta os direitos sociais em uma forma de vida humana e na construção de uma sociedade mais igualitária baseada no princípio da solidariedade (PULIDO, 2008, p. 143).

Independentemente da concepção que se adote, parece claro que o atendimento às necessidades humanas é primordial no fundamento dos direitos sociais, seja na visão comutativa ou de interesse próprio, seja na visão distributiva ou de redução de desigualdade, pois a situação de carência dos bens indispensáveis para subsistir, para exercer as liberdades (e para ter uma vida superior em comunidade) é um fato de relevância social. Porém, as concepções que abordam os direitos sociais como um meio para o desfrute, em condições de igualdade, dos direitos civis e políticos ou para o exercício da liberdade (visão liberal) ou como um fim em si mesmo (visão social), como deveres correlatos de solidariedade para prover o necessário para a subsistência do indivíduo em condições dignas (PULIDO, 2008, p. 146-147), têm pouca importância prática, pois o problema da juridicidade do direito acaba por marcar as duas definições, seja por atribuir à política o problema, seja pelas dificuldades de exigibilidade trazidas pelas indefinições, embora a concepção social evidencie ser a melhor forma de enfrentar o problema atual.

O problema na concepção liberal é resolvido com a defesa de instituições burocráticas ou não eleitorais que atuem ou intervenham de forma a impactar a estrutura de poder constituído na divisão de funções estatais entre os poderes constituídos. O problema da indefinição resolve-se com a abertura de fases, incidentes ou procedimentos de especificação do direito a fim de definir todos os direitos que padecem de generalidade em sua exigência, como ocorre no cumprimento de sentenças genéricas, que necessitam de uma fase ou de um processo de liquidação ou de concentração das obrigações. Em todo caso, verifica-se a

---

<sup>49</sup> O relato da ressurreição de Jesus Cristo deixou claro esse pensamento próprio da concepção filosófica cristã, como se pode ver em Atos 4, 32-35. “A multidão dos fiéis era um só coração e uma só alma. Ninguém considerava como próprias as coisas que possuía, mas tudo entre eles era posto em **comum**. Com grandes sinais de poder, os apóstolos davam testemunho da ressurreição do Senhor Jesus. E os fiéis eram estimados por todos. **Entre eles ninguém passava necessidade, pois aqueles que possuíam terras ou casas vendiam-nas, levavam o dinheiro e o colocavam aos pés dos apóstolos. Depois era distribuído conforme a necessidade de cada um**” (grifo nosso). Assim, numa versão filosófica cristã, a concepção socialista defende a ideia de que a distribuição equitativa dos recursos do mundo não implica expropriar todo o dinheiro dos ricos para distribuí-lo aos pobres e tampouco lhes dar migalhas; garante-se o suficiente para conceber uma vida comum melhor para todos, pois os pobres precisam de algo mais que esmolas, precisam construir uma vida melhor para si. Para isso, faz-se necessário levar às comunidades menos favorecidas a educação básica de que precisam e ensinar-lhes as habilidades vocacionais e as formas de gerenciamento necessário aos empreendimentos econômicos baseados na comunidade, visto que a justiça não é resolvida com a perpetuação da dependência, mas preparando-se os desfavorecidos pobres para cuidar das próprias necessidades (PERKINS, 1982, p. 153-156), segundo a mão generosa de Deus (BUZZEL, 2004, p. 439). Exemplos de soluções das injustiças sociais podem ser encontrados em Neemias, capítulo 5, versículos 1-19.

preocupação com a concretização dos direitos sociais para atender às necessidades humanas, visto que na concepção social busca-se alcançar o bem-estar de cada um de seus membros de acordo com suas capacidades e necessidades humanas.

### 3.1.2 As necessidades humanas básicas e alguns critérios constitucionais de imputação de responsabilidade de atendimento

Doyal e Gough (1991) defendem a existência de necessidades básicas comuns, universais<sup>50</sup> e objetivas, independentemente de tempo, lugar e cultura, as quais podem ser aferidas por índices tendo em vista a formulação mais coerente e confiável de políticas públicas. O critério que usam para distinguir as necessidades humanas básicas das necessidades intermediárias e das preferências, das aspirações, das compulsões e dos desejos (*wants*) é a definição de graves danos (*serious harm*) à saúde física e mental, que são impactos negativos cruciais que impedem ou põem em sério risco a possibilidade objetiva de os seres humanos viverem física e socialmente em condições de poder expressar sua capacidade ativa e crítica. Esses impactos negativos importantes podem denotar dano em duplo sentido: dano **físico**, ou privação fundamental, que impede as pessoas de usufruir condições de vida favoráveis à sua participação social e cognitiva; dano **racional**, que, integrado ao físico, impede as pessoas de ter autonomia básica para agir e criticar, de modo informado e consciente, o meio social em que vivem (DOYAL; GOUGH, 1991, p. 50).

Com base nessa definição, defende-se a existência de apenas duas necessidades básicas objetivas e universais: a **saúde física**, que é natural de todos os seres vivos, como alimentação, saúde etc.; a **autonomia racional** – de agência ou crítica –, que é a capacidade de eleger objetivos e crenças, de valorá-los com discernimento, de praticá-los sem opressão e de sentir-se responsável por suas decisões.

A autonomia de agência é a capacidade de fazer algo e de ser responsável pela sua ação, com um repertório singular de atividades físicas e mentais. Essa autonomia poderá sofrer danos graves se houver *deficit* mental (quando as pessoas têm uma incapacidade

---

<sup>50</sup> Sem aprofundar as discussões entre culturalistas, relativistas, céticos e universalistas, é possível dizer que essa concepção universal de necessidades humanas mostra-se compatível com as teorias do diálogo, que não têm raciocínio bipolar, defendendo o gradualismo e com a concepção de moralidade democrática, que compatibiliza a busca da universalidade de forma gradual e progressiva de acordo com os avanços das conquistas da sociedade. Com efeito, a proposta de moralidade democrática evidencia o caráter universal da dignidade humana: graças às conquistas das sociedades democráticas, o homem é inserido em uma mesma comunidade moral, gozando dos direitos resultantes do que foi decidido, de forma que o reconhecimento da dignidade é uma cláusula aberta, cuja concretização depende dos próprios julgamentos dos indivíduos, consubstanciados em um mínimo comum, aceito por uma sociedade pluralista ou em uma propriedade que seja comum a todos, que reflita a unidade dos homens como seres racionais. A ideia da moralidade democrática tem a intenção de vencer os céticos da possibilidade de universalização dos direitos humanos (RABENHORST, 2001, p. 40-49).

extrema e prolongada de agir de forma racional com seus pares). Poderá haver ainda danos graves na habilidade cognitiva (compreensão das regras de sua cultura e capacidade de raciocinar sobre essas regras e de interpretá-las) e na oportunidade de participação (disponibilidade de meios objetivos para exercer os papéis sociais significantes na vida social e na cultura) (GOUGH, 1998, p. 53)<sup>51</sup>. A autonomia crítica é a capacidade de participar de processos de avaliação da cultura em que se vive com o propósito de alterá-la, se assim se quiser.

A satisfação dessas duas necessidades básicas, que podem alcançar o nível ótimo<sup>52</sup>, tem como objetivo principal contribuir para que as pessoas participem da cultura na qual estão inseridas – autonomia de agência – e dos processos de avaliação e de crítica dessa cultura, o que conduz à participação democrática no processo político em qualquer nível, com o propósito de melhorá-lo ou modificá-lo – autonomia crítica (PEREIRA, 2002, p. 83).

Essas necessidades básicas não são um fim em si mesmas, mas precondições para atingir objetivos universais de participação social (PEREIRA, 2002, p. 68), de sorte que seu não atendimento provoca graves danos provenientes de incapacidades de participação e de crítica no processo democrático, bem como de incapacidades de ordem física e mental, o que acarreta enfermidades, mortes prematuras etc.

Para Doyal e Gough (1994), as necessidades humanas básicas compreendem ainda onze necessidades intermediárias que contribuem para otimizá-las, sendo nove gerais, uma destinada às crianças e outra, às mulheres:

- 1) alimentação nutritiva e água potável<sup>53</sup>;
- 2) habitação adequada<sup>54</sup>;

<sup>51</sup> Os elementos da autonomia racional ou de agência são: 1) o **grau de compreensão** que uma pessoa tem de si mesma, de sua cultura e do que se espera dela como indivíduo dentro dessa cultura; 2) a **capacidade psicológica** que a pessoa tem de formular opções para si mesma; 3) as **oportunidades objetivas** que lhe permitam atuar em consequência dos dois primeiros elementos (GOUGH, 1998, p. 60).

<sup>52</sup> O nível ótimo de saúde “supõe, de acordo com o código genético da pessoa, graus o mais elevado possível de esperança de vida e maiores reduções possíveis de descapacitações por enfermidades”. O nível ótimo de autonomia compreende um grau inferior e um grau superior. O nível ótimo inferior “supõe a minimização das limitações sociais à participação da pessoa em atividades significativas, de par com a possibilidade de acesso a uma compreensão cognitiva tão ampla quanto possível à sua satisfatória ação sobre as formas eleitas de vida”. O nível ótimo superior “supõe o acesso da pessoa ao conhecimento de outras culturas, de par com a capacidade crítica e a liberdade política para avaliar a sua forma de vida e lutar para modificá-la, se assim decidir” (PEREIRA, 2002, p. 84-85).

<sup>53</sup> Essa necessidade leva em consideração a quantidade diária de calorias de que um indivíduo necessita para sobreviver e de outros nutrientes, como proteínas, vitaminas e iodo, a fim de garantir boas condições de saúde e um bom desenvolvimento, bem como a quantidade suficiente *per capita* de consumo diário de água potável, segundo cálculos elaborados pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 246-249).

<sup>54</sup> Habitação adequada compreende: 1) garantia de abrigo suficiente em climas adversos e proteção razoável contra intempéries, riscos de epidemias e vetores patogênicos, incluindo casas adequadas, água corrente, sistema sanitário básico e calefação, para regiões sujeitas a frio; 2) existência de saneamento para evitar a contaminação

- 3) ambiente de trabalho desprovido de riscos<sup>55</sup>;
- 4) ambiente físico saudável<sup>56</sup>;
- 5) cuidados de saúde apropriados<sup>57</sup>;
- 6) proteção à infância<sup>58</sup>;
- 7) relações primárias significativas<sup>59</sup>;
- 8) segurança física<sup>60</sup>;
- 9) segurança econômica<sup>61</sup>;
- 10) educação apropriada<sup>62</sup>.
- 11) segurança no planejamento familiar, na gestação e no parto<sup>63</sup>.

---

bacteriana da água e das redes de distribuição, visto que essa contaminação é uma das principais causas de doenças parasitárias que debilitam o ser humano; 3) ausência de superlotação residencial, para evitar a ocorrência de doenças respiratórias, atraso no desenvolvimento físico e intelectual das crianças e sensação de fadiga e depressão nos adultos (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 249-252).

<sup>55</sup> O ambiente de trabalho hígido busca evitar, para a saúde do trabalhador, riscos graves que podem derivar das suas condições laborais, a saber: 1) jornada prolongada; 2) ambiente inseguro, oferecendo risco de acidentes de trabalho; c) formas de trabalho suscetíveis de limitar a autonomia do trabalhador, dando lugar à depressão, à ansiedade e à falta de autoestima (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 252-253).

<sup>56</sup> O ambiente físico saudável e livre de riscos inclui situações que exigem meio ecológico sadio, disponibilidade de água não contaminada, alimentos, serviços sanitários, habitação e emprego satisfatórios (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 254-255).

<sup>57</sup> Cuidados de saúde apropriados podem ser reduzidos com o atendimento das necessidades anteriores e compreendem o acesso a serviços médicos efetivos, que utilizem as melhores técnicas, os cuidados essenciais no campo da atenção primária, que é concebida para identificar e tratar a enfermidade em primeiro momento (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 255-258), além dos demais tratamentos de média e alta complexidade.

<sup>58</sup> A proteção à criança e ao adolescente apoia-se no reconhecimento da importância de uma infância segura para o desenvolvimento da autonomia e da personalidade do indivíduo. Compreende quatro necessidades psicossociais da fase infantil: 1) necessidade de carinho e de segurança, com relações estáveis, contínuas e seguras com os pais e responsáveis a partir do nascimento; 2) necessidade de novas experiências, que fomentem o desenvolvimento cognitivo, social e emocional; 3) necessidade de reconhecimento e de apreciação e de uma atenção positiva de acordo com normas claras e justas; 4) necessidade de estender, paulatinamente, responsabilidades, começando com rotinas pessoais até alcançar tarefas mais complexas (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 258-261).

<sup>59</sup> Relações primárias significativas compreendem uma rede moral de apoios individuais que podem oferecer um ambiente educativo e emocionalmente seguro, com relações próximas e confidenciais com amigos, parentes, companheiros etc. A inexistência dessa rede afeta o amor-próprio das pessoas, provocando isolamento e abandono, além de causar incapacidades e de reduzir a autonomia dos indivíduos (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 262-264).

<sup>60</sup> A segurança física compreende a defesa contra ameaças arbitrárias provenientes da sociedade e do Estado (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 267-269).

<sup>61</sup> A segurança econômica visa a evitar o sentimento de desorientação e de instabilidade, permitindo ao indivíduo planejar e ver realizado o futuro com base numa série de normas, recompensas e relações humanas previsíveis e duradouras e com a adoção de medidas protetoras na forma de benefícios contra contingências sociais, como velhice, enfermidade, incapacidade, desemprego etc. (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 264-267).

<sup>62</sup> A educação apropriada não se resume à alfabetização e ao ensino fundamental, assumindo papel importante para o fortalecimento e a expansão da autonomia, devendo abranger o acesso aos recursos de ensino, a capacitação e a avaliação de professores, para garantir a autonomia de agência e crítica dos membros da sociedade (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 269-272).

<sup>63</sup> O planejamento familiar é importante como necessidade intermediária pela simples razão de que a reprodução humana representa para as mulheres uma ameaça concreta ao seu bem-estar físico e à sua autonomia, pois uma proporção muito significativa de enfermidades sofridas pelas mulheres surge do sistema reprodutivo feminino, dos perigos relacionados com o parto e com o nível de responsabilidade que se exige das mães nos cuidados com os filhos (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 272-274).

Entretanto, não basta identificar as necessidades humanas objeto dos direitos sociais (o quê?); faz-se necessário, ainda, identificar o responsável pelo atendimento das prestações materiais deles advindas (quem?) – o papel do Ministério Público, como um dos atores políticos, será abordado em outro capítulo. Em linha geral, o atendimento das necessidades humanas pode ser feito pelo Estado, pelo mercado e pelas entidades não governamentais, denominados primeiro, segundo e terceiro setor, respectivamente<sup>64</sup>. A análise do atendimento pelo primeiro setor, que é o objeto desta tese, requer o exame da estrutura jurídico-constitucional dos direitos sociais, visto que o atendimento dessas necessidades exige um sistema de distribuição de bens comuns, riquezas, responsabilidades, ônus etc.

Um dos critérios gerais de identificação dos sujeitos passíveis de atendimento das necessidades é ditado pelo artigo 6.<sup>o</sup><sup>65</sup>, *caput*, combinado com o artigo 7.<sup>o</sup>, IV<sup>66</sup>, da CRFB, que permite algumas conclusões iniciais: os direitos à educação, à saúde, à alimentação, à moradia, ao lazer e à previdência social podem ser atendidos tanto pelo primeiro (Estado) quanto pelo segundo setor (mercado), enquanto os direitos ao trabalho, à segurança, à proteção à maternidade e à infância<sup>67</sup> e à assistência aos desamparados ficariam prioritariamente a cargo do Estado, restando ao mercado os direitos ao vestuário, à higiene e ao transporte. Trata-se aqui do atendimento das necessidades humanas dos trabalhadores, visto que essa divisão não tem cabimento para os que não têm trabalho, são pobres ou para aqueles que, mesmo tendo trabalho, comprometem sua dignidade humana para atender suas necessidades com seus próprios meios – caso do trabalhador que percebe um salário mínimo, cuja insuficiência remuneratória para atender as necessidades humanas preconizadas na CRFB foi atestada pelo próprio STF<sup>68</sup> (SILVA, 2007, p. 175-179).

<sup>64</sup> A eficácia dos direitos humanos oponível ao Estado é conhecida como “eficácia vertical” dos direitos humanos, enquanto a oponível ao mercado e ao terceiro setor é denominada “eficácia horizontal” ou “entre particulares”. Ressalta-se que só a primeira classificação é objeto de estudo desta tese. A denominação “eficácia entre particulares” tem mais rigor técnico do que “eficácia horizontal”, visto que há particulares que têm mais verticalidade que o Estado, por isso parece mais sensato falar em eficácia dos direitos humanos nas relações entre particulares (MAC CRORIE, 2005).

<sup>65</sup> “Art. 6º São direitos sociais a *educação*, a *saúde*, a *alimentação*, o *trabalho*, a *moradia*, o *lazer*, a *segurança*, a *previdência social*, a *proteção à maternidade e à infância*, a *assistência aos desamparados*, na forma desta Constituição” (grifo nosso).

<sup>66</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais [...]: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com *moradia*, *alimentação*, *educação*, *saúde*, *lazer*, *vestuário*, *higiene*, *transporte* e *previdência social* [...]” (grifo nosso).

<sup>67</sup> Em relação à proteção da infância, o artigo 227 define como dever da família, da sociedade e do Estado “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Eis mais um parâmetro para identificar os sujeitos que devem atender tais direitos sociais.

<sup>68</sup> Na ADI n.º 1442 QO/DF, o STF julgou inconstitucional, por omissão parcial, a insuficiência do valor fixado para o salário mínimo: 1) por se revelar incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador; 2) por

Obviamente que esses parâmetros não são fixos e definitivos, mas o sentido é proteger o hipossuficiente, que compreende o pobre, o que não tem recursos para arcar com as prestações sem tornar inviável o atendimento de outras necessidades básicas (SOUZA NETO, 2008, p. 539). Além disso, há outras situações que colocam o sujeito em condições de hipossuficiência, como a falta de conhecimento do consumidor, do trabalhador etc. sobre o tema que os envolve nas suas relações jurídicas.

A Constituição, em outros dispositivos, também fornece vários parâmetros de identificação dos direitos humanos e de outras responsabilidades a cargo do Estado. Alguns exemplos: regramento constitucional das transferências constitucionais tributárias (art. 34, V, b; art. 167, IV; art. 158; art. 159); aplicação de 18% e 25%, respectivamente, para a União e demais entes da federação na área da educação (art. 34, VII, e; art. 35, III; art. 167, IV; art. 212); percentual mínimo na área da saúde (art. 34, VII, e; art. 35, III; art. 167, IV; art. 194; art. 196; art. 198, § 2.º); dever de cultura (art. 215) e desporto (art. 217); destinação de recursos para a realização de atividades da administração tributária (art. 167, IV; art. 37, XXII); pagamento de precatórios (art. 34, VI; art. 35, IV; art. 100); recursos destinados para pessoal e encargos, dentro dos limites máximos admitidos (art. 37, XV; art. 166, § 3.º, II, a; art. 169); pagamento do serviço da dívida (art. 34, V, a; art. 35, I; art. 166, § 3.º, II, b); recursos destinados à previdência social (art. 6.º, *caput*; art. 167, XI; art. 194; art. 195, I, a, e II; art. 201) e à assistência social (art. 194; art. 203; art. 204); garantia de independência do Poder Judiciário e do Ministério Público (art. 96, II; art. 127, § 2.º); recursos destinados a garantir a segurança pública (art. 144); dever nas áreas da ciência e tecnologia (art. 218) e da comunicação social (art. 220); garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); garantia de direitos à criança e ao adolescente (art. 227), de proteção ao índio etc.<sup>69</sup> (SILVA, 2007, p. 179).

---

não preservar o poder aquisitivo do salário mínimo; 3) por desprezar o postulado constitucional de remuneração digna; 4) por impedir, por ausência de medidas concretizantes, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios insertos na Constituição, em especial, os direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, 2007, p. 178).

<sup>69</sup> Os critérios iniciais que permitem identificar as responsabilidades pela concretização dos direitos sociais que visam ao atendimento das necessidades humanas não abrangem todas as definições necessárias para a exigibilidade e a executividade dos direitos, visto que são anunciados por meio de normas abertas ou determináveis e pendem de procedimentos de especificação, delimitação, concentração ou liquidação dos direitos. Ademais, ainda que todos os direitos estivessem delimitados, haveria necessidade de avaliar constantemente os critérios para resolver problemas advindos da distribuição de bens indivisíveis de múltiplas obrigações, que denomino **concorrência interna** para conceber a necessidade de escolhas trágicas com as prestações de um mesmo direito (numa decisão, ter de escolher entre as várias prestações materiais, os vários modos de organização e procedimentos relativos, por exemplo, ao direito à saúde (tratar da Aids ou do câncer, saúde preventiva ou corretiva), à educação (escolas numa região ou em outra) etc. considerados em si mesmos), **concorrência externa** para analisar as escolhas entre direitos de naturezas distintas (decisão que implica a escolha, por exemplo, do atendimento do direito à saúde, em detrimento da educação, da manutenção dos

Verificadas algumas premissas iniciais e constitucionais para a identificação do objeto dos direitos sociais e dos sujeitos dos quais podem ser exigidos, cabe retomar o problema da individuação ou especificação dos direitos sociais, que são entraves à concretização dos direitos sociais, para posteriormente ver suas formas distributivas de financiamento e os processos de especificação ou individuação.

### **3.1.3 Entraves à concretização dos direitos sociais: estrutura jurídica inadequada, falta de especificação dos direitos sociais e distribuição desigual do bem e do mal comum**

A concretização dos direitos sociais enfrenta vários entraves. O primeiro deles é a própria estrutura jurídica brasileira, que é organizada para proteger a propriedade e a liberdade por um viés comutativo e não distributivo, resolvendo os problemas sociais mais como um caso de polícia do que de direitos prestacionais. O segundo entrave é que há uma sociedade de classes dirigentes que se incomoda ao perceber o avanço de qualquer reivindicação que obriga a uma repartição imediata de bens e benefícios e que faz os indivíduos saírem de sua vida privada para ocupar o espaço público (LOPES, 2006, p. 44-45), mudando o foco da condução dos problemas sociais, visto que a defesa dos direitos humanos volta a lidar com a ideia de justiça em uma situação concreta, retomando um dos efeitos do positivismo jurídico ao afastar da justiça a especulação jurídica sobre questões morais (LOPES, 2006, p. 49-54).

Nessa mudança de foco, direitos humanos, como liberdade, propriedade e dignidade, precisam ser revistos, para não manter castas de poder e privilégios por razões pessoais, de forma a defender a dignidade diferente de honra por estamentos, a considerar a liberdade civil como a faculdade de fazer tudo aquilo que pode ser simultânea e igualmente feito por qualquer outro cidadão, a conceber a propriedade condicionada aos usos simultâneos e iguais dos outros e a apropriação de espaços comuns de forma igual e universalmente válida (LOPES, 2006, p. 97-98).

Quando se admite o acesso simultâneo, igual e universal aos direitos humanos, muda substancialmente a percepção de espaço, de justiça, de bens e de apropriação. Há um espaço público – em que se dá a participação e a apropriação de todos de forma igual, simultânea e

---

serviços judiciais, ministeriais etc.) e **concorrência por fontes** distributivas de financiamento para análise das fontes destinadas ao financiamento de cada direito (decisão ligada às várias formas de financiamento, como ocorre com a educação, a saúde, a previdência social etc., cujas verbas orçamentárias são vinculadas às respectivas fontes de financiamento). Como essa situação não é objeto desta tese, registra-se neste momento apenas a preocupação, visto que as indefinições são tão grandes que o aspecto concorrencial dentro do próprio direito social em si, entre os direitos e entre as fontes não é concebido com mais profundidade.

universal – e um espaço privado – que vai das bolsas à igreja e aos clubes sociais –, embora existam sociedades que não trabalham com espaço público. No espaço privado, o governo da casa é exercido pelo pai de família sobre seus subordinados; no espaço público, o governo da república, que é exercido pelo soberano ou pelo magistrado, nasce naturalmente por meio de acordos políticos com suas próprias finalidades (LOPES, 2006, p. 99). Nesses acordos, podem-se incluir os acordos deliberativos e fundamentados firmados pelo Ministério Público em procedimentos dialógicos, de natureza política, tendo em vista a defesa do interesse público e das demandas sociais. É possível ainda a participação de outros atores político-burocráticos ou político-eleitorais.

Com efeito, a percepção de justiça baseia-se em um sistema jurídico criado para proteger a liberdade e a propriedade pela justiça comutativa<sup>70</sup>; já a justiça distributiva<sup>71</sup> diz respeito à alocação ou à apropriação individual de recursos comuns, como riqueza, autoridade, ônus, honra, responsabilidade, tributos, etc., que, por serem muito abertos e indefinidos, são tratados muitas vezes como uma questão política, fazendo com que a judicialização de conflitos distributivos levem o Judiciário a enfrentar projetos distintos socialmente, um protegendo a propriedade e estamentos, à custa de discriminações sociais e pessoais e o outro propondo uma sociedade menos excludente, menos opressiva e com realocação de riqueza e de autoridade. Obviamente que a justiça distributiva não se resume a questões políticas em razão de sua indefinição, pois saber “o que” exatamente diz a norma constitucional em cada caso concreto é uma tarefa de aplicação da norma existente e de formulação de nova norma, visto que, em caso de dúvida, a interpretação equivale à criação jurídica da norma constitucional (LOPES, 2006, p. 124-125), fenômeno que pode ocorrer em acordos políticos obtidos nas rodas procedimentais dialógicas dirigidas pelo Ministério Público.

Portanto, o objeto da justiça distributiva é o bem comum, que pode ser definido como um conjunto de condições que permite aos membros de uma comunidade atingir por si mesmos objetivos razoáveis, ou realizar razoavelmente por si mesmos os valores em razão dos quais são levados a colaborar uns com os outros ou como um processo por meio do qual se desvalidam regras e normas, se questiona a justiça do *status quo*, se alteram categorias sociais criadas normativamente. Isso vai além da ideia procedimental pura e simples,

---

<sup>70</sup> A justiça comutativa regula os atos de duas pessoas particulares e desempenha um papel corretivo na relação ou nas transações entre indivíduos (LOPES, 2006, p. 125).

<sup>71</sup> A justiça distributiva regula a relação entre o todo e as partes, entre o comum e o particular, no sentido de distribuir proporcionalmente os bens comuns. Por outras palavras, a justiça distributiva diz respeito à divisão ou à apropriação individual do fundo social comum, do fundo de benefícios e de custos (LOPES, 2006, p. 125).

compreendendo um procedimento que seja justo<sup>72</sup>. Essa preocupação evidencia a necessidade de atender ao questionamento sobre “como decidir” ou *input*, sem olvidar o resultado ou o *output* “o que decidir” das deliberações provisórias alcançadas nas rodadas procedimentais dialógicas realizadas pela instituição ministerial.

No aspecto material, a distribuição do bem comum<sup>73</sup> é representada pela partilha de algo comum ou pelo ato de tomar algo que é um todo e dividi-lo. O bem comum pode ser: coisas comuns naturais, que não foram produzidas por ninguém, como é o ar que se respira, os peixes que se pescam etc.; coisas produzidas em comum ou que são produtos de ação humana coletiva, mas não são produzidas por ninguém em particular, como é o caso da linguagem, da cultura etc. O bem comum também pode ser: autoridade e poder, que compreendem liberdades com as respectivas responsabilidades e recompensas; incentivos e talentos individuais socialmente relevantes e desejados; uma finalidade comum ou de um grupo, pensada com o mesmo objetivo, para partilhar uma estrutura que permita aos membros do grupo realizar suas tarefas, tornando possível a cooperação, como é o caso da educação, de aulas, partilhas de sala, do objeto social de uma sociedade civil ou comercial etc.; um bem coletivo<sup>74</sup>, termo utilizado pela linguagem econômica e política para designar os bens indivisíveis ou de consumo não exclusivos, como é o caso da segurança pública, cuja avaliação é feita por dados estatísticos e não em termos individuais e particulares (LOPES,

---

<sup>72</sup> O artigo 25.1 da CADH, ao tratar do direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo perante os tribunais para que proteja a pessoa contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela CADH, traz ínsita a ideia de um processo justo ou que não represente denegação da justiça. Essa interpretação vem sendo dada pela CtIDH no sentido de que a denegação da justiça tem relação direta com a efetividade dos recursos, uma vez que um recurso existente dentro do ordenamento, mas que é ilusório ou não se presta a resolver o litígio por demoras injustificadas no procedimento, por condições gerais do país ou por circunstâncias particulares do caso concreto, é um recurso sem efeito (ou um recurso inefetivo ou injusto). Isso pode ser demonstrado por falta de meios para executar as decisões judiciais ou por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça. **Precedentes:** CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, 2011, 2009, 2008 e 2001).

<sup>73</sup> Bem comum é algo substancial ou material, e não um ideal comum em um mundo social e político, em que cada indivíduo ou grupo pode ter legitimamente uma ideia de bem como fim último de sua vida (LOPES, 2006, p. 142).

<sup>74</sup> O gozo ou a fruição do bem coletivo, que é provido de forma indivisa, é feita potencialmente por todos, mesmo por aqueles que não pagam por esse bem ou não arcam com a sua formação, desde que se faça por razões públicas e critérios objetivos e justos. Chama-se a atenção para os exemplos de irracionalidade coletiva das razões privadas ou de apropriação individual por razões pessoais, o que é conhecido como “comportamento predatório” ou “carona” (LOPES, 2006, p. 144): alguém se apropria de um bem coletivo de forma injusta ou em condições em que os outros não possam fruir de forma igual, simultânea e universal, o que representa uma especificação negativa, uma apropriação indevida ou uma partilha perversa do bem coletivo. A desmoralização e o desprestígio da lei também têm essa consequência negativa, pois estão baseados numa concepção política que defende a obtenção da vantagem pessoal e a distribuição desigual de recursos. Isso é uma das causas dos problemas de eficácia do ordenamento formal, há uma cultura jurídica geral que não leva a sério a interação impessoal do direito e mantém os privilégios apenas por motivos pessoais (LOPES 2006, p. 94-95). Esse comportamento predatório é percebido nitidamente nos exemplos práticos apresentados da Alepa e do Estado do Pará, em que se buscou eliminar as preferências pessoais de acesso ao mercado público de trabalho.

2006, p. 127-128 e p. 142-146)<sup>75</sup>. Essa avaliação de concretização dos direitos sociais por índices é compatível com a nova atuação do Ministério Público, que se tem apoiado atualmente em estatísticas e nos indicadores sociais, diferentemente da atuação repressiva, condutora da continuidade das injustiças sociais com base nas espécies clássicas de prova (pericial, testemunhal etc.). A nova atuação tem elevado o Ministério Público à agente de vontade política transformadora, cabendo-lhe a função de definir e participar de ações político-jurídicas modificadoras da realidade social (ALMEIDA, 2013a, p. 60-63) rumo à concretização gradual e contínua dos direitos sociais.

Entretanto, a ideia de comunhão não se aplica apenas aos bens coletivos ou a finalidades comuns com a distribuição de benefícios, riquezas, coisas etc.; fazer justiça distributiva também é dar a cada um a sua parte no mal comum, distribuindo o ônus, como impostos (ou melhor, tributos), responsabilidades etc. Os males comuns, que são também indivisíveis, podem atingir a todos de forma aleatória, como é o caso de uma epidemia (LOPES, 2006, p. 144).

Dos elementos definidores de bem ou mal comum, as concepções de finalidade comum e de bem coletivo parecem ser mais pertinentes ao objeto da tese, sem que isso implique qualquer falta de relevância das outras definições, visto que disso se extraem problemas envolvendo saúde, educação, trabalho, consumo etc. Da mesma forma, a concepção de justiça distributiva tem maior relevância para a tese, cujo foco é a especificação e a fruição dos direitos sociais, que são providos de forma indivisa. Ademais, a distribuição é o antecedente lógico da comutação, pois, antes de haver troca, permuta ou equivalência de obrigações, é preciso saber o que pertence a qualquer um, o que só se conhece quando se distribui o que é comum (LOPES, 2006, p. 145).

O direito não é alheio a questões distributivas, a finalidades comuns ou a bens coletivos. Além de outras formas, inúmeras normas regulam as coisas indivisíveis (art. 88 do Código Civil (CC)), o fundo social comum e o que lhe diz respeito, como capital social, lucros, reservas etc. (Lei n.º 6.404/76), a massa falida (Lei n.º 11.101/2005), o condomínio

---

<sup>75</sup> Essa forma de compreender os direitos sociais acaba por fazer ruir a classificação dos direitos em dimensões, pois, pelo critério da justiça distributiva e do bem comum, direitos que seriam de dimensões diferentes são direitos de mesma natureza, como é o caso do direito à segurança pública, à manutenção das Forças Armadas e da polícia, ao acesso à justiça e à manutenção do Ministério Público, que seria de primeira dimensão por proteger a propriedade, e o direito à saúde, à educação etc., que seria claramente de segunda dimensão, sendo enquadrado na definição de bens comuns ou coletivos, ao lado do direito ao meio ambiente e do direito do consumidor, classicamente inseridos nos direitos de terceira dimensão. Na verdade, todos têm a mesma característica de bem comum, o que demonstra a inaplicabilidade dessa classificação para compreender o fenômeno, suscitando várias confusões, por não ter elementos claros para definir quando o direito à educação seria de segunda ou de terceira dimensão, por exemplo.

(art. 1.314 e ss. do CC), o antigo seguro mútuo (arts. 1467 e 1470 do CC de 1916, atualmente podendo ser regido por leis especiais), as regras de direito administrativo como concurso público – ou melhor, os recursos e benefícios públicos sujeitos ao princípio da concorrência, como concurso e licitação (art. 70 da Lei n.º 4.320/64 combinado com o art. 37, II e XXI, da CRFB), as regras de solidariedade (art. 264 e s, do CC) (LOPES, 2006, p. 146-150), a insolvência civil (art. 748 e ss. do Código de Processo Civil (CPC)), o orçamento público e o acesso aos recursos nele viabilizados<sup>76</sup>. O orçamento é um instrumento de planejamento da Administração Pública para captar e alocar recursos públicos e de controle da atividade financeira do Estado (SILVA, 2007, p. 112), de forma que é possível afirmar que, sem os planos e orçamentos, as políticas públicas não podem ser implementadas. Para a adequada compreensão desse instrumento, é essencial que se tenha um adequado conhecimento acerca do regime das finanças da Administração Pública (LOPES, 2005, p. 132-133).

O processo financeiro de captação de recursos para financiamento dos direitos sociais representa uma forma de distribuição dos ônus entre os indivíduos da sociedade. Os critérios levam em consideração a indivisibilidade ou não para a fruição dos benefícios no momento da instituição e da arrecadação da receita. Os tributos surgem e adquirem características diferentes conforme a necessidade de financiamento das funções do Estado, de sorte que, se os serviços prestados pelo Estado podem ser gerais e indivisíveis ou especiais e individuais, a natureza tributária das exações deve seguir essa mesma lógica. Por isso, o imposto não pode ter ligação com qualquer atividade estatal e deve provir de atividade particular sem qualquer nexo entre a atividade e a exação, ao contrário das taxas e contribuições de melhoria que, para serem instituídas e cobradas, precisam estar vinculadas a uma atividade estatal divisível, que diz respeito, direta (taxas) ou indiretamente (contribuições de melhoria), ao contribuinte (SILVA, 2007, p. 87-88).

As contribuições sociais e econômicas têm, portanto, quase os mesmos elementos dos impostos, com exceção da vinculação integral do produto da arrecadação à área social e econômica. Para Sacha Calmon Navarro Coelho (1999, p. 402), “contribuições” é o nome dado ao que ele denomina “impostos afetados a finalidades específicas”. Com efeito, como forma de distribuição de ônus, as contribuições sociais e econômicas foram idealizadas pelo

---

<sup>76</sup> O orçamento público é um instrumento de distribuição tanto de finalidade pública ou bem coletivo, como de mal comum ou ônus, visto que o Estado, ao prever as receitas e fixar as despesas, mediante atividade legiferante, está a informar aos destinatários – o povo – o volume de recursos que será captado (ônus) para responder aos anseios coletivos atendidos pela Administração Pública (benefícios) e os meios que serão usados para captar esses recursos – seja onerando as gerações presentes, por meio da cobrança de tributos e outras receitas correntes, seja onerando as gerações futuras, principalmente com a realização de operações de crédito (SILVA, 2007, p. 113).

Estado social com o claro intuito de custear o aumento das despesas públicas destinadas a atender aos direitos sociais, por meio de políticas públicas, em obediência às diretrizes constitucionais (SILVA, 2007, p. 95). A exação dessas contribuições é cobrada de pessoas que não têm qualquer vínculo ou relação de troca com o benefício prestado pelo Estado a ser apropriado individualmente, apesar de o produto da arrecadação ser destinado ao direito social que fundamentou sua instituição.

As fontes de financiamento dos direitos sociais não se resumem apenas aos tributos, abrangendo também as técnicas de recomposição ou indenização das lesões ou ameaças perpetradas contra os direitos coletivos, com base no princípio do infrator-pagador, como é o caso do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos<sup>77</sup>, que vincula a arrecadação indenizatória percebida do causador do dano à recomposição dos direitos sociais de forma indivisível, e não a um sujeito individualmente considerado (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 736).

Assim, além das hipóteses de atuação na política, a ação material do Ministério Público por meio do diálogo revela a possibilidade de novas rodadas procedimentais com os recursos advindos do ressarcimento do dano material e moral coletivo e das multas aplicadas em processos judiciais e administrativos, como forma de recompor os danos causados aos bens tutelados coletivamente. Todos os recursos são submetidos ao controle financeiro do Estado, na forma dos artigos 70 a 75 da CFRB.

Por outro lado, no que se refere à distribuição do bem comum<sup>78</sup> ou dos benefícios advindos dos direitos sociais, verifica-se que o orçamento, do ponto de vista econômico, assume as funções alocativa, distributiva e estabilizadora, as quais objetivam promover ajustamentos na alocação de recursos, conseguir ajustamentos na distribuição de renda e assegurar a estabilidade econômica (MUSGRAVE apud GIACOMONI, 1996, p. 33; TORRES, 2000, p. 49). As duas primeiras funções (alocativa e distributiva) têm importância singular para este capítulo.

Os alvos do exercício da função alocativa são os investimentos na infraestrutura

---

<sup>77</sup> Artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública (LACP) e artigo 100, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

<sup>78</sup> Deve-se observar que a importância do bem coletivo criado por ato humano com finalidade comum, como é caso do orçamento ou receita pública, não se resume apenas aos objetivos e critérios de justiça distributiva ou de apropriação individual ou coletiva de tal bem, visto que os critérios e objetivos de criação e arrecadação do bem comum, que advém de regimes de expropriação, desapropriação, exigências ou doações de bens particulares também são importantes, como são os casos das exigências tributárias, o princípio do infrator-pagador, desapropriações para fins de reforma agrária e expropriações por trabalho escravo ou cultivo de plantas psicotrópicas etc. Entretanto, esse viés de criação e formação do bem comum ou coletivo não é objeto da tese, razão pela qual não se abordará tal aspecto do que é comum.

econômica<sup>79</sup> e a provisão<sup>80</sup> de bens públicos<sup>81</sup> e meritórios<sup>82</sup>. Assim, o orçamento deve: buscar alocar recursos para o atendimento das necessidades humanas públicas ou coletivas que envolvam esses investimentos e bens, permitindo a distribuição de um bem coletivo; ajustar ou corrigir a distribuição desordenada e não uniforme de riquezas realizada pelo mercado, cabendo à sociedade definir os níveis justos de distribuição de renda e de riquezas, que se comportem conforme a apropriação dos meios de produção, as habilidades individuais de cada um e a cadeia sucessória<sup>83</sup> (SILVA, 2007, p. 117-118).

Essa função é importante para a legitimação burocrática e política do Ministério Público no processo dialógico de especificação do bem coletivo ou de concretização dos direitos sociais. Aproveita-se o argumento de legitimação judicial de que a apropriação de fundos públicos em condições normais de escassez implica decidir sobre prioridades das inversões orçamentárias autorizadas e criar infraestrutura técnica e burocrática para atender aos direitos sociais (PULIDO, 2008, p. 153), para legitimar os atores políticos extrajudiciais, como é o caso do Ministério Público, que tem a função de concretizar tais direitos.

Ademais, não se deve olvidar que a instituição ministerial tem importante atuação no âmbito orçamentário, na captação de receitas com o combate à sonegação e com a realização de compromisso de ajuste de conduta e na indução da “boa” despesa, de políticas públicas, de processos legislativos em matérias específicas e na judicialização de tutelas coletivas cujo objeto são disposições orçamentárias (WEINGARTNER NETO; VIZZOTTO, 2008, p. 292-293)<sup>84</sup>, em que também pode haver atuação ministerial dialógica extraprocessual.

---

<sup>79</sup> Os investimentos na infraestrutura econômica, em setores como transportes, energia, comunicações, armazenamento etc., são indutores do desenvolvimento regional e nacional, conforme já apontou John Maynard Keynes (apud GIACOMONI, 1996, p. 33).

<sup>80</sup> Reserva-se o termo “produção” para o mercado, uma vez que os bens privados são produzidos e comercializados. No estudo da alocação de recursos pelo Estado, emprega-se a expressão “provisão de bens e serviços”, pela simples razão que tais utilidades econômicas não são, necessariamente, produzidas pelo governo, mas financiadas (pagas) pelo orçamento público (GIACOMONI, 1996, p. 35).

<sup>81</sup> Os bens públicos caracterizam-se pela não limitação a um consumidor, pela não rivalidade no consumo e pela não exclusão do consumidor em caso de não pagamento; os bens privados, ao contrário, são limitados a um consumidor, há rivalidade no consumo e há exclusão pelo não pagamento (GIACOMONI, 1996, p. 34).

<sup>82</sup> Os bens meritórios têm natureza mista, de bem público e privado, uma vez que, se atendidos pelo mercado, não alcançam a importância social que possuem e assumem a natureza de bem privado, como é o caso da educação e da saúde, que podem ser produzidos ou providos pelo mercado e pelo Estado. Quando desempenhadas pelo Estado, essas atividades assumem natureza de bens públicos (GIACOMONI, 1996, p. 34).

<sup>83</sup> A distribuição pública de rendas visa retirar de uns para melhorar a situação de outros, ou seja, busca a melhoria da posição de certas pessoas a expensas de outras. Um exemplo é a progressividade do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (GIACOMONI, 1996, p. 35).

<sup>84</sup> A indução de políticas públicas, de boas despesas e de processos legislativos ocorreu nas recomendações e nos acordos de concretização de direitos humanos de forma bem-sucedida em quase todos os casos, em especial, nos casos Alepa, Estado do Pará, Lixão do Aurá e Vila Chocolate, no processo legislativo com a criação de cargos públicos, com a formulação de políticas públicas na área da educação com a criação de cursos de ensino superior (educação indígena), na área da infância e da juventude, na área de moradia, trabalho, lazer etc.

### 3.1.4 A indivisibilidade do bem comum e a teoria da exigibilidade imediata, gradual e contínua de concretização dos direitos sociais

Como se constata, um dos traços característicos do bem público e, por via de consequência, dos direitos sociais é sua indivisibilidade e sua indeterminação, razão pela qual a fruição do bem comum exige especificação positiva (apropriação devida) ou negativa (apropriação indevida<sup>85</sup>) para que os produtos comuns possam ser distribuídos, pois a especificação é uma forma reconhecida pelo direito de tirar as coisas comuns da sua comunhão (LOPES, 2006, p. 143).

Esse processo de especificação positiva ou de criação de normas que vedem a apropriação indevida (especificação negativa) do bem comum – direito social – pode ser feito por meio de um processo legislativo, judicial, ministerial dialógico para que se possam determinar os elementos da obrigação-fim do Estado (conteúdo, responsáveis, razões, lugar, prazo, forma, custo e cominações) e para permitir sua exigibilidade e sua executividade. Obviamente que não é necessário identificar todos os elementos, bastando que se tenham os elementos que possam especificar minimamente o direito envolvido. Já o processo de especificação negativa pode ser objeto de uma ação estatal, que configura um ato inconstitucional ou violador dos direitos humanos sociais, caso em que se abre a possibilidade de se utilizar o controle de constitucionalidade ou o sistema de proteção internacional dos direitos humanos, ou pode ser um ato praticado diretamente pelo infrator da ordem jurídica, caso em que tal efeito predador deve ser afastado, mitigado ou sofrer condenação indenizatória do dano coletivo sofrido e inibidora de novas práticas predadoras.

A indivisibilidade e a indefinição dos elementos caracterizadores dos direitos sociais tiveram fortes impactos na compreensão de sua natureza (jurídica ou política) e de sua exigibilidade. Na busca de superação dessas dificuldades foram formuladas as seguintes teorias que tentam explicar a normatividade dos direitos sociais (PULIDO, 2008, p. 152-172):

- a) a primeira teoria é a que defende a normatividade como disposições programáticas segundo as quais os direitos consagrados na Constituição não têm caráter vinculante para o Parlamento, que pode legislar se e quando quiser;
- b) a segunda explica a eficácia compreendendo as disposições de direitos como fonte de normas finalísticas, em que se prescreve ao Estado o dever de perseguir um determinado fim abstrato sem qualquer vinculação aos meios – o que também

---

<sup>85</sup> O uso poluidor que se faz do ar ou da água é uma forma perversa de partir ou distribuir o bem coletivo, de uma especificação negativa, de uma apropriação indevida ou de uma caracterização do efeito carona ou predatório (LOPES, 2006, p. 147).

enseja um elevado grau de discricionariedade legislativa, salvo se o fim fosse concreto, quando se teria a obrigatoriedade legislativa, o que não é o caso dessa teoria;

- c) a terceira compreende a juridicidade como comandos objetivos que concebem os direitos como mandados jurídicos objetivos dirigidos ao Legislativo e ao Executivo quanto ao fim estabelecido, proibindo a inatividade absoluta, a desatenção evidente e grosseira quanto ao fim perseguido e a supressão definitiva das medidas legislativas, mas deixando indeterminado o sujeito ativo, o qual se poderia exigir a concretização dos direitos, desprovendo-os de exigibilidade – o que se revela sem sentido, visto que não há razão para suprimir o sujeito ativo beneficiário da concretização dos direitos humanos se o problema é a indeterminação (e a indivisibilidade) do objeto;
- d) a quarta teoria desenvolve a compreensão da normatividade como direitos definitivos, por conceber direitos originários que impõem o dever de legislar respeitando um mínimo de atividade legislativa, a satisfação do mínimo existencial e a garantia do não retrocesso, e por conceber direitos derivados que impõem à administração o dever de uma prestação certa – apesar do mérito da teoria de tentar identificar os sujeitos e a relação como direitos subjetivos, a indeterminação do que seja o mínimo do fim perseguido e dos meios para superar essa indefinição deixa a teoria com pouca normatividade;
- e) a quinta teoria postula tal eficácia normativa como direitos *prima facie*, que teriam a estrutura de identificar o sujeito ativo (indivíduo) e passivo (juiz ou administração) e o objeto (legislar e atender às necessidades básicas), o que dá ao indivíduo o direito ao fim e aos meios materiais necessários ao atendimento das necessidades básicas, caso sejam respeitadas certas condições ao lado de um conteúdo definitivo, que é a proibição de proteção insuficiente e a proibição de excesso, com base na proporcionalidade – mas essa teoria deixa em aberto a exigibilidade do processo de especificação dos direitos sociais de forma contínua e gradual, de modo a proibir qualquer interrupção ou suspensão de atividade estatal desprovida de racionalidade fundamentada ou dialógica no sentido de individuação do direito violado ou ameaçado.

A dificuldade de determinar o fundamento dos direitos sociais ou sua normatividade em virtude da divisão de concepções (liberal e socialista) e das indefinições do sujeito passivo e do conteúdo da prestação levou muitos doutrinadores à afirmação de que os direitos

prestacionais têm natureza política, por não ser possível sua exigência imediata. Isso parece, porém, equivocado segundo a concepção kantiana, que distingue obrigações perfeitas (um dever específico de um agente específico de realizar o direito pleiteado) e imperfeitas (reivindicações gerais dirigidas a qualquer indivíduo que possa ajudar) (SEN, 2000, p. 265). De fato, as características de indeterminações e indefinições encontradas nos direitos sociais não fundamentam sua falta de normatividade e exigibilidade, apenas demonstram a imposição contínua e gradual de se abrir um procedimento que possa identificar o sujeito passivo da obrigação ou do direito social e que possa especificar o conteúdo dos direitos sociais, para posterior exigibilidade direta do conteúdo especificado e do sujeito determinado, procedimento que pode ser de natureza legislativa, administrativa, judicial ou ministerial dialógica, de forma que a inatividade de qualquer especificação revela ofensa à concretização dos direitos sociais<sup>86</sup>.

A atividade de identificação e especificação ou a relação de determinação é uma exigência do processo de concretização das normas constitucionais, cujo conteúdo é um conceito indeterminado, que é o caso de bem comum como “justiça” (educação, saúde, trabalho), pois isso importa na identificação desses conceitos indeterminados numa atividade individualizadora ou descritiva (SILVA, 2005, p. 78). Esse procedimento concretizador é uma passagem das normas constitucionais da dimensão do formal, abstrato, irreal, geral e indeterminado para a dimensão do concreto, não formal, substancial, real, manifesto, determinado, diferenciado, autônomo e integrado a um sujeito (ENGISCH, 1968, p. 78), individual ou coletivamente considerado.

Com efeito, apesar do esforço para definir a natureza e a exigibilidade dos direitos sociais, as teorias citadas acima ainda não conseguiram explicar o fato de que tais direitos carecem de especificação ante a proteção insuficiente ou atividade excessiva que o Estado confere, razão pela qual se apresenta nesta tese uma teoria que tem a pretensão de abordar o aspecto aberto ou determinável dos direitos sociais, sem negar a exigibilidade ou a executividade de sua eficácia jurídica ou social.

Assim, a teoria que parece ser mais adequada é a que considera que os direitos sociais são jurídicos e têm exigibilidade imediata para algumas situações e diferida (aspecto prospectivo) para outras situações porque condicionada à conclusão dos processos de identificação das etapas anteriores, de forma a sempre perseguir, contínua e gradualmente em

---

<sup>86</sup> No mesmo sentido, para Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 334), a falta de norma regulamentadora, a alegação de norma programática e de impossibilidade jurídica simples não são óbices ou impedimentos à aplicabilidade imediata ou à realização dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

rodadas procedimentais, os elementos identificadores necessários à individuação ou à especificação da relação jurídica (conteúdo, responsáveis, razão, prazo, forma, local, custo e cominação) até alcançar a acomodação provisória de definição dos direitos prestacionais que permita sua exigibilidade e sua executividade.

Nessa perspectiva, é vedada a inatividade completa, incondicionada ou desprovida de racionalidade fundamentada ou dialógica, o que não impede que se tenha alguma suspensão momentânea racional, dialógica e fundamentada, como a concessão de prazo para que o direito alcance sua identificação ou especificação e sua concretização. Foi o que ocorreu nos casos Estado do Pará e Alepa, em que foi concedido o prazo necessário para a criação de cargos públicos. Foi igualmente definido um prazo para exigir e realizar as políticas públicas na área da infância (no caso Lixão do Aurá), na área da educação indígena (no caso Estado do Pará) e na área de moradia, trabalho, educação e lazer (no caso Vila Chocolate).

Como a maior preocupação aqui é a falta de especificação e de individuação dos direitos prestacionais, desenvolve-se uma teoria que concebe a concretização progressiva desses direitos, segundo a qual os direitos sociais têm natureza jurídica e são de exigibilidade imediata e contínua, de acordo com o grau de especificação. Essa teoria contínua e gradual de concretização dos direitos humanos tem a pretensão de resolver os problemas sociais advindos da inatividade estatal ou de sua proteção insuficiente e das ofensas aos direitos coletivos advindos do excesso de atividade estatal, como ocorreu com a recomendação no caso Alepa, quando o Parlamento estadual não tornou estáveis servidores irregulares nos quadros funcionais em razão de recomendação ministerial, de forma a buscar um processo de melhoria gradual e contínua na concretização de direitos, ao vedar a inatividade estatal ou sua atividade excessiva quando violadoras de direitos humanos. Assim, apesar da maior aplicabilidade da vedação de proteção insuficiente, a teoria da exigibilidade imediata e contínua também alcança a proibição de excesso, visto que atua contra as violações aos direitos humanos por excesso de ação.

Deve-se ressaltar que a existência de obrigações genéricas não é algo desprovido de juridicidade; é desprovido de providências que identifiquem, individuem, especifiquem ou determinem a obrigação, como ocorre nos procedimentos, fases ou incidentes de concentração de obrigações de dar e fazer ou de não fazer, ou de liquidação de obrigações pecuniárias, em que a exigibilidade passa por um momento de especificação da obrigação para ser plenamente exigível e executável, conforme os procedimentos de cumprimento de sentença e de execução constante da legislação processual.

Assim, há uma correlação lógica e vinculante entre a indeterminação dos direitos

sociais e a necessidade de individuação ou de especificação completa dos elementos mínimos da exigibilidade e da executividade plena, não sendo possível suspender a atividade enquanto esse fim de identificação não for exaurido, à semelhança do que ocorre na execução das obrigações ou no cumprimento de provimentos jurisdicionais genéricos.

Não é necessário, porém, que esse procedimento de especificação dos direitos sociais ocorra na via judicial; pode ocorrer em qualquer poder constituído que instaurar a rodada procedimental para esse fim, incluindo o procedimento dialógico que se defende para o Ministério Público, o processo legislativo orçamentário etc.

Como se sabe, a Constituição determina que o legislador e o administrador adotem os meios possíveis a fim de que seja alcançado o fim estabelecido para os direitos e deveres sociais (PULIDO, 2008, p. 153), que têm por objeto políticas públicas ou programas de ação governamental que devem ser coordenados entre si para a elevação do nível da qualidade de vida das populações carentes. Isso pressupõe, no mínimo, um programa conjugado de medidas governamentais no campo do trabalho, da saúde, da previdência social, da educação e da habitação popular, cujos objetivos sociais são interdependentes, de sorte que a não realização de um deles compromete a realização de todos os outros (COMPARATO, 2007, p. 338)<sup>87</sup>.

Apesar da importância do tema, esta tese não tem a preocupação de se debruçar sobre a definição de políticas públicas. Basta aqui mencionar que esse é um dos mais importantes instrumentos de concretização e de realização dos direitos sociais, bem como destacar que são instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com o escopo de garantir igualdade de oportunidades aos indivíduos e, assim, assegurar a todos condições materiais de uma existência digna (APPIO, 2006, p. 136). Com efeito, o fundamento das políticas públicas está no reconhecimento dos direitos sociais, aqueles que se concretizam mediante prestações positivas do Estado (BREUS, 2007, p. 219), sendo tais políticas uma sequência ininterrupta de contestações e de revisões das decisões de autoridade, que regularam condutas, elaboraram políticas e estabeleceram padrões de convivência no passado, o que demonstra a provisoriedade da decisão anterior (MENDES, 2011, p. 182)<sup>88</sup>.

Assim, no processo de especificação legislativa desses meios, a Constituição e o

---

<sup>87</sup> As políticas públicas agrupam-se em gêneros diversos: 1) sociais relacionadas à prestação de serviços essenciais (saúde, educação, segurança, justiça, etc.); 2) sociais compensatórias (previdência e assistência social, seguro desemprego etc.); 3) de fomento (créditos, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola etc.); 4) de reformas de base (reforma urbana, agrária etc.); 5) de estabilização monetária. Há ainda outras mais específicas ou genéricas (LOPES, 2005, p. 133).

<sup>88</sup> Para um estudo mais aprofundado e analítico do tema, consultar Aguiar (2009), Aith (2006), Appio (2006), Bercovici (2006), Breus (2007), Bucci (2006a, 2006b), Frischeisen (2000), entre outros.

Parlamento colocaram à disposição do Ministério Público vários instrumentos de concretização de tais direitos sociais ou de atuação em políticas públicas, entre os quais o inquérito civil, o acordo de concretização dos direitos humanos, a recomendação, a notificação, o procedimento de promoção de políticas públicas etc. Isso evidencia a autonomia constitucional e a legitimação político-burocrática do Ministério Público, consagradas pela ordem constitucional e infraconstitucional, que não podem ser suprimidas ou restringidas por força do princípio do não retrocesso.

Essa teoria também acolhe a ideia de mandados jurídicos objetivos dirigidos ao Legislativo e ao Executivo para proibir a inatividade absoluta, a desatenção evidente e grosseira quanto ao fim perseguido e a supressão definitiva das medidas legislativas ou dos meios que garantam a exigibilidade e a executividade das normas que consagram os direitos sociais. De fato, é vedada a inatividade para identificar os elementos da relação jurídica que versa sobre direitos sociais em um processo gradual, contínuo e incessante até que se acomode provisoriamente a atividade especificadora, que pode abordar a proibição de proteção insuficiente e a proibição de excesso, sem olvidar a garantia ao não retrocesso. O Ministério Público tem a incumbência de conduzir e de provocar rodadas procedimentais dialógicas toda vez que perceber inatividade arbitrária, atitude excessiva ou desprovida de racionalidade contrária aos direitos humanos.

As disposições de direitos sociais somente podem ser realizadas com o concurso de leis, subsídios, garantias, tributos, estruturas, procedimentos, além de direção, de planificação e de fomento (PULIDO, 2008, p. 151). Porém, nos casos de omissão legislativa ou de proteção insuficiente dos direitos humanos, a própria Constituição confere ao Ministério Público autonomia constitucional e poder político-burocrático para perquirir a organização e o procedimento de especificação dos direitos sociais por meio de rodadas procedimentais extraprocessuais de natureza dialógica, com os instrumentos de que dispõe, como o inquérito civil, o acordo de concretização, a recomendação etc.

Nesse contexto, os direitos sociais são normas gerais, inespecíficas e ilíquidas, e o Ministério Público é um ator político-burocrático que pode instaurar rodadas procedimentais dialógicas para proceder à especificação, para posterior concretização dos direitos sociais, de forma a torná-los exigíveis e exequíveis no campo individual e coletivo<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Essa especificação já foi objeto de análise à luz do processo legislativo orçamentário. Defendeu-se que a Constituição obriga o legislador e o administrador a criar programas para atender as necessidades públicas, mas tal obrigação, que é de eficácia imediata no processo legislativo de definição, está condicionada à realidade das necessidades públicas levantadas e às possibilidades econômicas e financeiras existentes nos cofres públicos (SILVA, 2007, p. 196-197). Logo, os direitos sociais sempre têm eficácia imediata para as questões inerentes ao

Assim, o que se afirma é que os direitos sociais são jurídicos e de exigibilidade imediata e contínua. Apenas se ordena que se abra um incidente ou procedimento para que se alcancem os elementos necessários ou mínimos para identificar uma relação jurídica (sujeito ativo e passivo, objeto determinado, prazo, forma etc.), como ocorre com qualquer direito de crédito quando uma sentença genérica necessita liquidar ou concentrar as obrigações, para só depois praticar os atos materiais de realização do direito ofendido. Também aqui se refuta quem não considera a apropriação individual como inerente aos direitos sociais, visto que, em todos os procedimentos coletivos, como falência, insolvência civil, herança etc., o regime de apropriação individual é a última fase de preocupação dos direitos sociais de bens indivisíveis ou coletivos. Esse regime de apropriação individual é a questão principal a ser resolvida nos direitos individuais homogêneos, que são uma espécie de direitos coletivos.

A atuação ministerial dialógica em políticas públicas, dada a exigibilidade dos direitos sociais, representa uma boa resposta às críticas feitas pela doutrina contra a intervenção judicial em políticas públicas. Essas críticas podem ser: liberais (separação de poderes), democráticas (autogoverno do povo), financeiras (reserva do possível, escassez), administrativas (falta de conhecimento sobre a organização dos serviços públicos), técnicas (conhecimento técnico no campo das políticas públicas) e econômicas (relação custo-benefício) (SOUZA NETO, 2008, p. 519-546). A instituição tem autonomia constitucional para ser inserida na divisão das funções estatais entre os poderes como instituição burocrática e política que pode dialogar com os ramos envolvidos sobre todas as dificuldades de escassez, organizacionais, políticas e econômicas diretamente, sem intermediários, em rodadas procedimentais que resultarão em deliberações consubstanciadas em acordos políticos racionais e fundamentados, que servirão de última palavra provisória.

Ademais, essa forma de atuação ministerial dialógica, voltada para a defesa do interesse público e das demandas sociais, em comparação com os parâmetros materiais de legitimidade da intervenção judicial em políticas públicas (SOUZA NETO, 2008, p. 535-543), atende aos critérios de atuação em políticas públicas de forma mais flexível, com a defesa dos hipossuficientes (pobres e os que não têm condições, sem afetar outras necessidades humanas), permitindo:

---

que se pode fazer no momento e eficácia futura quanto aos requisitos que dependem de outras rodadas procedimentais, que levam em conta os limites e os recursos constantes das leis orçamentárias, permitindo, em caso de insuficiência de proteção de direitos, a abertura de nova rodada procedimental legislativa, ministerial dialógica etc., para que se alcance uma especificação que convença os atores políticos envolvidos e a sociedade. Assim, uma vez individuada a obrigação do Estado ou o direito social, por meio de política pública inserta na lei orçamentária, pode-se exigir judicialmente sua execução, visto que as obrigações foram constitucionalmente impostas e orçamentariamente definidas, e os argumentos de política convertidos em argumentos jurídicos (SILVA, 2007, p. 232).

- a) a participação do indivíduo na autonomia privada (projeto razoável de vida) e pública (processo de formação da vontade coletiva);
- b) a universalização das medidas sociais (entre os que não podem arcar com os custos sem afetar outras necessidades básicas);
- c) o cumprimento do dever de considerar o sistema dos direitos sociais em sua unidade;
- d) a primazia da opção técnica e administrativa (em caso de divergência);
- e) a primazia da solução mais econômica (relação custo-benefício);
- f) o exercício do controle da execução orçamentária das políticas públicas (aferir o grau de importância conferido pela administração pública no orçamento a um direito social)<sup>90</sup>.

Identificados os argumentos iniciais sobre a normatividade, a definição e as características dos direitos sociais com o claro objetivo de apresentá-los como obrigações estatais imediatas, contínuas e graduais, cabe examinar os critérios adotados pela ordem jurídica brasileira para tratar os bens comuns de natureza coletiva e indivisível. Isso permite definir melhor como se chocam e se complementam esses conceitos pelo simples fato de terem denominações distintas (direitos econômicos, sociais e culturais *versus* direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) e por serem tratados em instrumentos legislativos diferentes, levando a doutrina e a jurisprudência a enfrentar questões de mesma natureza como se totalmente distintas fossem ou tratando como justiça comutativa questões inerentes à justiça distributiva.

### 3.2 CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO E DE ESPECIFICAÇÃO ESTABELECIDOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Os direitos sociais e coletivos, sob a ótica da indivisibilidade do objeto e da indeterminação do sujeito, foram considerados pela ordem jurídica brasileira como direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Entretanto, esses direitos eram classificados e definidos como espécies de direitos distintas. Pouca correlação era feita entre os direitos sociais (educação, saúde etc.) e os direitos difusos, salvo em casos práticos em que os conceitos estavam ligados, suscitando dúvidas quanto à concepção de alguns direitos, como

---

<sup>90</sup> O Ministério Público deve acompanhar e fiscalizar a elaboração, a aprovação e a execução orçamentária para garantir a aplicação das verbas públicas para atender aos ditames constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito no âmbito processual e extraprocessual. João Batista Almeida (2001, p. 61) afirma que isso é possível por meio de recomendação, audiência pública e ajuste de conduta (ou melhor, acordo de concretização).

saúde e educação, quando postulados judicialmente. Foi o caso das mensalidades escolares (educação), que foram tratadas pelo viés consumerista como direitos individuais homogêneos como subespécies de direitos coletivos, conforme decisão do plenário do STF no RE n.º 163.231/SP (RTJ n.º 178/377-378).

Com efeito, para desenvolver a ideia que se pretende demonstrar, à luz da teoria dos direitos humanos e segundo a forma de tutela jurídica ministerial dialógica, faz-se necessário definir as várias espécies de direitos tuteláveis coletivamente previstos na ordem jurídica brasileira para cotejar essas definições com as razões apresentadas acima. Ademais, a abordagem do CDC sobre o tema traz vários aspectos procedimentais para a tutela processual e extraprocessual dos direitos sociais.

Em caráter preliminar, cabe observar que a evolução das relações sociais e econômicas teve repercussão direta na concepção de Estado, o monopólio da jurisdição foi adaptado às novas exigências de uma sociedade complexa. Assim, a sociedade hodierna caracteriza-se por uma profunda modificação na estrutura dos direitos e na sua forma de atuação (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 719), evidenciando o caráter transindividual ou metaindividual, derivado da massificação da vida em sociedade e do surgimento de novas categorias de conflitos (WAMBIER, 2000, p. 219), que precisam ser tutelados pelo Estado e, em especial, pelo Ministério Público.

A atenção despendida aos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos) adveio da observação de que, paralelamente aos direitos individuais tradicionais, outros direitos de natureza transcendente a eles, também existiam e precisavam da proteção jurisdicional (WAMBIER, 2000, p. 218).

Para entender a ligação entre bem comum e distribuição de benefícios no direito do consumidor, é necessário saber o que há de comum, de indivisível ou indiviso nas relações de consumo ou no mercado de consumo (LOPES, 2006, p. 150) e o que há de regime de apropriação individual nesses bens coletivos.

O direito do consumidor lida com a distribuição de riscos do mercado de consumo, do mesmo modo que o direito do trabalhador lida com a distribuição de riscos no mercado de produção que são direitos sociais natos e enfrentam questões de identificação dos elementos dos direitos, da formação do bem comum e do seu regime de apropriação. Por conseguinte, o consumidor está para o bem de consumo assim como o trabalhador está para o bem de produção. Nesse contexto, o direito social é um direito de álea comum e indivisível, concebido como risco de todos e que entre todos deve ser repartido, visto que o risco não é um fator natural, mas uma álea calculável e previsível, ainda que inevitável, criada pela vida

coletiva, pela produção social e pela regularidade da produção (EWALD, 1986; LOPES, 2006, p. 150-152), que deve ser suportado por alguém – a vítima, o infrator ou a comunidade –, revelando-se injusto a responsabilidade ser assumida pela vítima.

O caráter distributivo é inerente ao direito consumerista, estando ligado a várias questões do direito do consumidor, como a responsabilidade por vício ou defeito do produto ou do serviço, o acidente de consumo, a publicidade enganosa, as práticas abusivas, a recuperação de bem comum lesado e a ressarcibilidade para fundos especiais para o *fluid recovery* e para apropriação individual do bem comum etc. Caso não haja a distribuição, diferentes consumidores sofrerão diferentes danos e serão vítimas de diferentes degradações (LOPES, 2006, p. 153) concretizando certa injustiça social pelo efeito predador do infrator. A distribuição do bem ou do mal comum também se aplica aos bens de produção, estando ligada ao meio ambiente hígido, acidente de trabalho, erradicação do trabalho infantil e proteção do trabalho adolescente, fraudes trabalhistas, violações das normas constitucionais e internacionais de combate à discriminação nas condições de acesso ao trabalho (como é o caso das regras de concurso público), proteção dos povos originários, direito à moradia etc. Nos casos citados do Lixão do Aurá, da Alepa e do Estado do Pará, bens comuns foram protegidos para que houvesse um espaço público não discriminatório e uma apropriação individual de forma igualitária, simultânea, universal e com critérios objetivos que alcancem a justiça da distribuição de benefícios, rendas, ônus e responsabilidades etc., de forma a combater a apropriação predatória ou carona encontrada em cada caso apresentado.

Essa concepção de tutela jurídica coletiva processual ou extraprocessual tem fundamento na ordem constitucional<sup>91</sup>, que determina a formação de uma estrutura de corpo político (eleitoral) (e político-burocrático, como é o Ministério Público), e de corpo econômico (mercado), juntamente com a totalidade da sociedade brasileira para, de forma complementar ou isolada, atender à finalidade de fazer justiça social ou distributiva, defender o consumidor, o trabalhador ou o hipossuficiente e reduzir as desigualdades. Na verdade, o

---

<sup>91</sup> A estrutura de proteção dos direitos sociais pela CRFB tem fundamento na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político (art. 1.º). O objetivo é construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º), o que envolve a defesa do consumidor (art. 5.º, inc. XXXII). Tudo para assegurar uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que assegure a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, com base nos princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego (art. 170). E tudo compatível com uma ordem social que garanta direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, entre outros (art. 6.º).

mercado por si só não é um sistema de distribuição eficiente, por isso o direito do consumidor é um elemento determinante de justiça social e de existência digna (LOPES, 2006, p. 154-155), que se aplica a todo sistema de tutela coletiva de acordo com as peculiaridades de cada sistema procedimental protetivo (judicial, ministerial etc.).

Demonstrada a necessidade de proteção de direitos que transcendem a dogmática tradicional da individualidade e a necessidade de releitura dos direitos difusos e coletivos à luz da definição de bem comum ou coletivo e da justiça distributiva, resta agora definir cada espécie de tutela coletiva prevista na lei consumerista, para demonstrar a pertinência conceitual de bem comum.

A definição dos direitos tuteláveis coletivamente está expressa nos incisos do parágrafo único do artigo 81 do CDC<sup>92</sup>, que traz, como qualquer definição legislativa, imperfeições conceituais acerca dos direitos difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos. Tais imperfeições têm sido objeto de debate pela doutrina ao longo da história.

Em que pesem as imperfeições conceituais, observa-se que a preferência pela definição legislativa ocorreu para evitar dúvidas e discussões doutrinárias, que continuam a persistir acerca das categorias jurídicas dos direitos coletivos e militam contra a efetiva tutela de tais direitos ou interesses (GRINOVER et al., 2001, p. 739).

Entre as questões levantadas, a primeira diz respeito aos termos “interesses” ou “direitos”, empregados para definir as tutelas coletivas e utilizados como sinônimos pelo CDC. Não há razão prática para discorrer sobre a distinção entre os dois conceitos, pelo simples fato de que, independentemente da discussão ontológica, tais tutelas têm *status* de direitos (GRINOVER et al., 2001, p. 739).

Nesse diapasão, observa-se que a compreensão dos direitos coletivos não pode ser concebida com base na estrutura tradicional do direito subjetivo (Caio *versus* Tício), por ser ínsita à definição dessa estrutura uma pertinência relacional subjetiva, direta, individual e determinada ou raramente determinável entre direito e sujeito(s). De fato, a tentativa de querer encontrar na estrutura dos direitos sociais tais elementos sempre foi obstáculo para que

---

<sup>92</sup> “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: 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 coletivos**, 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”.

direitos relativos a toda uma coletividade, como meio ambiente, saúde, educação<sup>93</sup>, qualidade de vida etc., pudessem ser juridicamente protegidos (GRINOVER et al., 2001, p. 739).

A dificuldade de proteção dos direitos sociais foi enfrentada anteriormente, de forma que está superada a confusão, pois os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido restrito são formas de abordar os mesmos fenômenos que envolvem problemas de justiça distributiva de bens comuns ou coletivos e sua apropriação individual ou coletiva.

### **3.2.1 Direitos difusos e coletivos em sentido estrito como bens comuns ou coletivos indivisíveis e indeterminados**

Os direitos classificados pelo CDC são os difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, o primeiro direito coletivo de que trata o CDC tem natureza difusa e a formulação de sua definição segue critérios subjetivos e objetivos. Os critérios subjetivos são representados pela indeterminação dos titulares do direito e pela inexistência de relação jurídica base; os critérios objetivos, pela indivisibilidade do bem jurídico. Segundo esse último critério, uma única ofensa ou benefício pode prejudicar ou beneficiar a todos, como é o caso da retirada do produto defeituoso do mercado (GRINOVER et al., 2001, p. 741); por isso, será suficiente uma só demanda coletiva para tutelar a ofensa difusamente provocada. Essa definição encerra claramente problemas de justiça distributiva de bem comum ou coletivo.

Entretanto, a definição fornecida pelos autores do anteprojeto do CDC não exaure a discussão na doutrina, mas os juristas acadêmicos também não conseguem deixar de considerar os critérios objetivos e subjetivos mencionados, pela simples razão de que a natureza indivisa do objeto e indeterminada dos sujeitos beneficiados dos bens coletivos impõe essas características. Desse modo, há quem vincule a titularidade dos direitos difusos a uma cadeia abstrata de pessoas ligadas por uma situação fática circunstancial, abraçando uma série indeterminada e aberta de indivíduos, pois não se tem o titular individualmente considerado e identificado (PRADE, 1987, p. 49 e p. 57-58).

É certo que toda a doutrina explica o conceito dos direitos difusos considerando os caracteres postos pelo Código do Consumidor, em especial, a indeterminação da titularidade e a indivisibilidade do direito ora em comento. Essa linha é seguida por Celso Ribeiro Bastos (1981, p. 40), Ada Pellegrini Grinover (1984, p. 30-31), Rodolfo Camargo Mancuso (2004, p. 87-91), José Carlos Barbosa Moreira (1981, p. 1), João Carlos de Carvalho Rocha (1992, p.

---

<sup>93</sup> Marinoni e Arenhart (2006, p.725) advertem que os direitos difusos da saúde pública ou da educação não se confundem com o direito individual à saúde ou à educação, que é nitidamente um direito individual.

174-175), etc. Mas, em todo caso, sempre é demonstrada a ausência de qualquer vínculo jurídico a unir os titulares individualmente (BASTOS, 1981, p. 40); os vínculos existentes são genéricos e conjunturais, unem as pessoas em razão de uma situação fática accidental e são capazes de se alterarem com muita frequência (PRADE, 1987, p. 49 e p. 57-58).

Há ainda quem adote como característica dos direitos difusos a existência de um liame de fato entre os sujeitos e a ressarcibilidade indireta (WAMBIER, 2000, p. 228). Antônio Gidi (1995, p. 23) explica o fenômeno asseverando que, nos direitos coletivos *lato sensu*, só há um titular: a comunidade, para os direitos difusos, e a coletividade, para os direitos coletivos em sentido estrito, o que parece fazer sentido do ponto de vista gramatical, mas não traz muitos elementos de superação das definições, visto que tanto a comunidade como a coletividade são conceitos muito indeterminados para se avançar na determinação dos beneficiários do bem comum.

A problemática da justiça distributiva pela partilha dos bens comuns está ligada aos elementos caracterizadores dos direitos difusos quando são definidos como direitos metaindividuais, ou seja, direitos que não atingiram o grau de agregação necessário para se enquadrarem na definição de direitos coletivos *stricto sensu*, consubstanciando-se num estado de fluidez e de dispersão por toda a sociedade; por isso, são caracterizados pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, pela intensa litigiosidade e pela tendência à alteração no tempo e no espaço (FIGUEIREDO, 1988, p. 105).

A segunda espécie de bem comum tratado pelo CDC são os direitos coletivos em sentido estrito. O artigo 81, inciso II, entende como interesses ou direitos coletivos “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”.

Os direitos coletivos são pertinentes aos fins institucionais de determinado organismo, que tenha associados previamente vinculados a interesse comum (PRADE, 1987, p. 49 e p. 57-58). Trata-se de uma espécie de direito metaindividual, pois transcende aos interesses de cada indivíduo ou de cada pessoa vinculada ao grupo ou à classe, uma vez que guarda sintonia com os fins institucionais da classe organizada (WAMBIER, 2000, p. 236).

Constata-se que, com exceção da extensão da comunidade que se busca alcançar, os direitos coletivos em sentido estrito, para os fins consumeristas, têm as mesmas características dos bens comuns que são objeto dos direitos sociais submetidos à apropriação segundo os critérios da justiça distributiva, por terem natureza indivisa e dificuldade na determinação do sujeito. Nos direitos difusos, que são bens comuns por natureza, a indivisibilidade é da situação de fato, enquanto, nos coletivos em sentido estrito, a indivisibilidade é da situação

jurídica, como é o caso de publicidade enganosa e do consórcio (LOPES, 2006, p. 153).

Nessa perspectiva, pode-se inferir que os direitos difusos e coletivos em sentido estrito são bens comuns em estado indiviso e indeterminado individualmente, que podem ter repercussão no campo pessoal, como a apreensão de peixe ou de um fruto na selva, ou a execução de uma sentença de caráter coletivo no plano individual, sem que tais bens percam sua natureza e característica de objeto indivisível e de sujeitos indeterminados.

### **3.2.2 Direitos individuais homogêneos e a preocupação com a apropriação individual do bem comum ou coletivo**

A terceira espécie de direito objeto da tutela coletiva parece não ser genuinamente um direito coletivo. Seria, antes, um direito materialmente individual, o qual, em razão de sua extensão, seria tutelado pela técnica de proteção jurisdicional assegurada aos direitos coletivos propriamente ditos (ARENHART, 2013, p. 134)<sup>94</sup>, visto que não teria o caráter de bem indivisível (LOPES, 2006, p. 153). Porém, parece melhor o entendimento de que tais direitos se enquadrariam como subespécies dos direitos coletivos em sentido lato<sup>95</sup>, pois, assim como os demais direitos, têm origem numa mesma situação jurídica ou fática (WAMBIER, 2000, p. 217). São, portanto, bens indivisíveis para uma multiplicidade de vítimas com interesses convergentes (e posições plurilaterais) na indenização por lesão a um bem comum (NUNES, 2005, p. 91-92), que perde a indivisibilidade no processo de liquidação ao permitir visualizar o montante da apropriação individual de cada um (CUNHA, 1995, p. 224-235). Assim, ao contrário dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, que são apropriados coletivamente, os direitos individuais homogêneos são bens comuns suscetíveis de perder sua indivisibilidade e de serem integralmente apropriados individualmente, salvo nos casos do *fluid recovery*.

O tema é controvertido<sup>96</sup>, e o CDC não definiu de forma clara os direitos individuais homogêneos, apenas fez referência à origem comum. Entretanto, nessa espécie de direito

<sup>94</sup> Teori Albino Zavascki (1995, p. 44) estabelece uma diferença entre direito coletivo e defesa coletiva, asseverando que os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, que se utilizam da defesa coletiva, a qual representa o modo de tutelar o direito.

<sup>95</sup> STF. RE n.º 163.231/SP. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 26 fev. 1997. Publicação: DJ, 29 jun. 2001, PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737.

<sup>96</sup> Para aprofundar a celeuma sobre os direitos individuais homogêneos, consultar Arenhart (2013, p. 123-134). Trata-se de um bom resumo dos argumentos sobre a temática, apresentando vários critérios de identificação, como fato comum, relevância social, indisponibilidade de interesse, direitos individuais protegidos pelas normas processuais de tutela coletiva etc. A preocupação desta tese é demonstrar a natureza de bem comum ou coletivo como critério de identificação de direito social, como defendem outros autores (CUNHA, 1995, p. 224-235; DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2010, p. 81; NUNES, 2005, p. 91-92).

coletivo, a homogeneidade e a origem comum são os requisitos necessários para se conferir tratamento coletivo aos direitos individuais (GRINOVER et al., 2001, p. 745).

A origem comum pode ser de duas ordens: de fato ou de direito, não representando necessariamente uma unidade factual ou temporal, bem como representa, na concepção processual, a causa de pedir próxima ou remota, de tal forma que, quanto mais remota for a causa, menos homogêneos são os direitos (GRINOVER et al., 2001, p. 745).

A origem fática ou jurídica comum normalmente é proveniente de uma situação de risco indivisível do mercado de consumo e de produção que deve por todos ser repartido, permitindo a fruição do benefício por todos os envolvidos na álea comum. Assim, o dano deve ser suportado pelo infrator-pagador e os benefícios devem ser usufruídos por todos os que foram individualmente afetados diante da situação que forma o bem coletivo. Ademais, cabe observar que a inexistência de apropriação individual dos direitos individuais homogêneos permite que o Ministério Público faça a execução a título de *fluid recovery*, o que mostra mais uma forma de deixar o bem comum em estado de indivisibilidade e possibilitar a indeterminabilidade dos sujeitos, ainda que se trate de direitos individuais homogêneos.

Não se deve confundir o momento da apropriação individual de um bem comum ou da perda de sua indivisibilidade, que ocorre com a liquidação e a execução das prestações individuais subjetivas de cada beneficiado, com o momento em que o risco comum acontece ou com a ocorrência no mundo fenomênico do cenário ruim previsto, pois esse é o momento em que se forma o bem comum. Essa confusão entre o momento da formação do bem coletivo pela materialização fática ou jurídica do risco comum e o momento em que apropriação individual ocorre não desnatura o direito individual homogêneo como coletivo ou bem indivisível, apenas demonstra a preocupação da justiça distributiva com o regime de apropriação individual de tal bem.

Os bens comuns naturais, que são de natureza indivisível, em algum momento podem ser apropriados individualmente, mesmo que seja de forma parcial, como ocorre na pesca de um peixe em rio, do ar que respiramos etc. Nesse caso, porém, não é necessário criar uma fonte de financiamento ou desenvolver regras distributivas que se preocupem com o momento específico da apropriação, salvo se provier de uma degradação anterior em que o predador teve de aportar recursos para a recuperação ou o ressarcimento do bem lesado, quando o financiamento é pelo princípio do infrator-pagador. Nos demais casos, os bens indivisíveis surgem naturalmente pelo curso da vida cotidiana com apropriações individuais ocorrendo naturalmente. Essa ideia também está presente quando se ocupa alguma função em um

ambiente de trabalho sadio e hígido etc., onde o trabalhador se apropria individualmente das condições ambientais ao exercer seu labor.

A formação do bem comum também ocorre em situações resultantes das relações jurídicas, como nas relações condominiais, falimentares, de seguro mútuo, de fundo social comum. Pode aí haver o momento da perda da indivisibilidade do bem coletivo com a apropriação por cada sujeito individualmente considerado, sem que isso implique dizer que tal bem não é coletivo em sua origem, ele apenas perde sua indivisibilidade caso haja apropriação individual de toda a coletividade de beneficiários.

Como se constata, os bens coletivos ou indivisíveis podem ter apropriação individual dependendo das circunstâncias; podem então perder sua indivisibilidade, como no processo falimentar ou na insolvência civil, ou podem mantê-la ao permitir a apropriação de algum bem sem que a indivisibilidade deixe de existir, como no caso do peixe apropriado ou no momento de labor em um ambiente sadio em que o meio ambiente natural ou laboral permanece indiviso. O que deve ser verificado é se o regime de apropriação individual foi realizado de forma predatória ou injusta por não ter seguido critérios objetivos, simultâneos, universais e iguais, o que ensejaria o questionamento da injustiça distributiva.

Isso demonstra que os direitos sociais, culturais e econômicos não são definidos ou compreendidos apenas quando mantêm sua indivisibilidade; em alguns casos, o momento de apropriação individual faz parte das preocupações da justiça distributiva ou da (re)distribuição de renda ou de bens na sociedade. Por exemplo, na recuperação de um rio poluído ou de um ambiente de trabalho sem hígidez, a apropriação individual e futura dos peixes pelo pescador ou do ambiente de trabalho pelo trabalhador a ser contratado não faz parte da preocupação prospectiva da estrutura de exigibilidade dos direitos sociais em relação ao momento e à quantidade da fruição por ser uma tutela preventiva e voltada ao aspecto prospectivo, com elevado grau de indeterminação dos beneficiários e de indivisibilidade do objeto. De fato, a apropriação ocorrerá de forma natural quando do contato útil dos indivíduos com o ambiente protegido, salvo se houver alguma pretensão resistida e injusta no momento da fruição, quando então poderá haver uma preocupação retrospectiva. Porém a apropriação dos ribeirinhos ou dos trabalhadores que suportaram os malefícios de um ambiente natural ou do trabalho degradado é preocupação da exigibilidade e da executividade dos direitos sociais a cargo do Judiciário e do Ministério Público na versão retrospectiva e ressarcitória, que pode continuar a regular a concretização do direito coletivo até que o indivíduo incorpore a seu patrimônio particular o produto da divisibilidade dos bens outrora coletivos ou mantenha a indivisibilidade do bem coletivo ao ser destinado ao *fluid recovery*.

Assim, os direitos individuais homogêneos são direitos coletivos ou sociais, cuja estrutura jurídica de exigibilidade e de executividade alcança a apropriação individual de um bem coletivo numa versão retrospectiva e distributiva. É certo que a definição de litisconsórcio também traz essa ideia e até tem alguns elementos conceituais dos direitos individuais homogêneos, como fato e interesse comum (ARENHART, 2013, p. 48), mas isso não desqualifica a natureza coletiva ou social dos individuais homogêneos, apenas indica que o instituto do litisconsórcio também tem a preocupação de apropriação individual de algum direito social, como ocorreria nos contratos de sociedade, nos processos falimentares etc., que só acabam com a apropriação individual do bem coletivo em sua integralidade.

Deve-se até ressaltar que não faz qualquer sentido falar em direito social sem qualquer tipo de preocupação com a apropriação individual ou a forma de (re)distribuição de bens e benefícios em certas hipóteses. É resultado da natureza dos direitos sociais o fato de afetar o direito de propriedade dos que muito têm, para distribuir ou fazer a apropriação individual para os que pouco ou nada têm. Assim, o regime de apropriação individual de um bem coletivo, natural ou artificialmente criado, faz parte das preocupações e da estrutura jurídica de proteção dos direitos sociais como forma de distribuir ou redistribuir bens e riquezas quando o curso cotidiano da vida não fizer aleatoriamente de forma justa essa distribuição, redistribuição ou apropriação individual.

### **3.2.3 Distinções e aproximações entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos**

Demonstrada a natureza de bem comum ou coletivo dos direitos individuais homogêneos, deve-se observar que as várias espécies de direitos coletivos em sentido lato têm pontos comuns e divergentes. Os direitos coletivos em sentido estrito diferenciam-se dos direitos difusos em razão da determinabilidade das pessoas titulares dos direitos lesados ou ameaçados, visto que nestes os sujeitos são indeterminados (GRINOVER et al., 2001, p. 744) ou indetermináveis. Entretanto, o traço que os une é a indivisibilidade do objeto litigioso (MAZZILLI, 2002, p. 51). Com relação aos direitos individuais homogêneos, o elemento que os distingue é a relação jurídica base.

Assim, nos direitos coletivos *stricto sensu*, a relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou do direito do grupo ou da classe de pessoas; caso contrário, serão direitos individuais homogêneos (GRINOVER et al., 2001, p. 743) ou difusos, se se tratar de sujeitos determinados e se o objeto for divisível (se houver

preocupação ou não com a apropriação individual do bem comum). Com efeito, para os direitos difusos e individuais homogêneos, a relação jurídica é questionada como causa de pedir, e não porque o dano provém diretamente da própria relação jurídica questionada – direitos coletivos em sentido estrito (MAZZILLI, 2002, p. 52).

Outro ponto que diferencia os direitos individuais homogêneos dos direitos difusos e dos direitos coletivos é a divisibilidade do dano (MAZZILLI, 2002, p. 49) ou a possibilidade de apropriação individual dos benefícios de maneira retrospectiva, pois, enquanto nos primeiros reina a divisibilidade (ou a apropriação individual), nos dois últimos, o objeto é indivisível, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente identificado, mas porque o próprio direito é indivisível (MAZZILLI, 2002, p. 52) e mantém-se em estado indiviso, como ocorre com o meio ambiente natural ou laboral, visto que o regime de apropriação individual de tais direitos comuns ocorre por meio do instituto do transporte *in utilibus*, sem que a indivisibilidade do direito difuso ou coletivo seja afetada.

Os direitos individuais homogêneos têm em comum com os direitos difusos a relação jurídica formada por uma situação fática. No que tange aos direitos coletivos em sentido estrito, o ponto de contato está em que ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis, mas só os individuais são divisíveis (MAZZILLI, 2002, p. 51), quando da apropriação individual do bem coletivo, apesar da possibilidade de manutenção do estado de indivisibilidade pelo *fluid recovery*.

Cabe ressaltar que, além desses elementos, os autores do anteprojeto do CDC apontam o objeto litigioso do processo (*petitum e causa petendi*) como o principal elemento de distinção entre essas espécies de direitos. Dessa maneira, faz-se necessário fixar com precisão o pedido e a causa de pedir, para verificar qual interesse ou qual direito está sendo tutelado (GRINOVER et al., 2001, p. 747). Dessa forma, faz-se necessária verificar as características específicas de cada direito ou interesse, conforme exposto acima, pois a indivisibilidade é uma característica inerente, ainda que provisoriamente, aos casos de apropriação individual que possa implicar o fim da indivisibilidade do bem comum.

Desse contexto, cabe inferir que o processo de especificação ou de individuação dos direitos humanos e a efetivação da justiça distributiva são passos necessários para atingir a concretização dos direitos sociais, seja pela conservação da indivisibilidade do bem comum, seja pelo regime de apropriação individual dos benefícios coletivos. Essa inferência lógica leva à conclusão de que a especificação de direitos e a justiça distributiva podem ser objeto de rodadas procedimentais dialógicas institucionais dirigidas pelo Ministério Público para que

sejam determinados os elementos da relação obrigacional plurilateral que envolve os direitos prestacionais.

Apresentadas as principais questões ligadas ao conteúdo dos direitos sociais (o quê?), cabe averiguar mais detidamente uma das facetas das teorias do diálogo institucional, em suas várias acepções, impactando a teoria da “separação de poderes”, as críticas à ideia de supremacia judicial ou legislativa, as teorias dialógicas que fundamentam a atuação extraprocessual no processo de especificação dos direitos humanos, para depois apresentar a teoria dialógica aplicável à atuação ministerial em política pública de concretização de direitos humanos.

Após o capítulo referente à fundamentação das teorias dialógicas, abordar-se-ão as questões se debruçam sobre as questões sobre a reponsabilidade (quem?) pela concretização dos direitos humanos, que é o Ministério Público como ator político-burocrático com autonomia constitucional para atuar em políticas públicas que versem sobre direitos humanos. Busca-se compreender a instituição como resolutiva, guardiã da tutela coletiva e defensora do interesse público e das demandas sociais, uma vez que a Constituição a elegeu como *custos societatis* e *custos juris* ao incumbir-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como o zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública vinculados aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, além de outras atribuições em defesa da sociedade. Após essa análise, serão abordados os instrumentos e os procedimentos de atuação ministerial, a fim de responder ao questionamento sobre a forma de concretização dos direitos sociais (como?).

## 4 O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

### 4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste capítulo, desenvolvem-se as linhas teóricas que fundamentam o diálogo institucional como instrumento de atuação do Ministério Público em políticas públicas que visa à concretização dos direitos humanos. Abordam-se questões que envolvem a divisão das funções estatais, o diálogo entre cortes e parlamentos, as críticas do diálogo à supremacia judicial, as teorias dialógicas que fundamentam a atuação extraprocessual na concretização dos direitos sociais e a elaboração de uma teoria dialógica que seja aplicada ao Ministério Público.

A apresentação dos casos indicados no capítulo 2 tem como objetivo principal evidenciar a existência de exemplos práticos em que o Ministério Público tem conduzido o diálogo como forma de atuar em políticas públicas e na concretização de princípios e valores constitucionais necessários à efetivação dos direitos humanos, especialmente os sociais, os econômicos e os culturais.

Essa possibilidade parece vir de uma tendência atual de evitar os extremos e de buscar o ponto ou o grau de equilíbrio na interação dinâmica e complementar entre tais extremos. Essa interação decorre de uma clara constatação de quebra de paradigmas ou de abandono de pensamentos binários, polarizados e excludentes, que afastam a percepção do gradualismo, cuja concepção se preocupa com o grau de concretização de determinado ideal e busca superar culturalmente a separação do conhecimento, a especialização das disciplinas, a separação das tarefas e a hierarquização das funções para entendê-los de forma integrada e conectada com o todo e a generalidade de que fazem parte, sem olvidar os extremos, num contínuo gradual em que se busca acomodar as tensões no processo de concretização dos direitos humanos<sup>97</sup>.

Com efeito, o raciocínio binário baseado em dicotomias abrangentes e rígidas deve ser superado pelo raciocínio gradualista que permite avaliar a medida de certa qualidade, o grau de realização de determinado ideal. O raciocínio gradualista não se preocupa em dizer se algo é ou não é, mas, antes, em que grau ou medida algo é ou não é, ou quanto algo se aproxima ou

---

<sup>97</sup> Essa tendência tem sido observada em várias áreas do conhecimento, incluindo o conhecimento jurídico, especialmente as teorias do diálogo. Para aprofundar essa tendência no que se refere ao conhecimento jurídico, ver: Bateup (2006); Brandão (2012); Friedman (1993); Kaufmann; Hassemer (2002); Letsas (2007); Hiebert (1996, 2002); Hogg (2006); Hogg; Bushell (1997); Mendes (2011); Mitidiero (2011); Roach (2005); Torres Pérez (2009); Whittington (2001b).

se distancia do ideal<sup>98</sup>. O gradualismo mostra-se defensável porque não abre mão do binarismo ou dos extremos, mas submete-os a um tratamento diferente, em que as assertivas não podem ser de plano acolhidas ou rejeitadas (MENDES, 2011, p. 40-41)<sup>99</sup>.

Entretanto, como corte metodológico, limitar-se-ão as discussões à separação das funções estatais e ao diálogo institucional extraprocessual ou processual, sendo que o processual será examinado menos profundamente e apenas para ressaltar a necessidade do diálogo na seara extrajudicial. Nesse campo, a tendência dialógica assume muita importância, em especial, no que se refere à legitimidade procedimental e substancial da interpretação constitucional de direitos humanos sociais por parlamentos, cortes e outros órgãos e poderes constituídos. Assim, propõe-se a tese do diálogo interinstitucional baseado em rodadas procedimentais e na última palavra provisória, apresentando-se o modelo deliberativo, fundado na persuasão (os poderes falam e escutam) em contraposição ao modelo adversarial, fundado na imposição (um poder fala para impor-se) (MENDES, 2011). Nesse sentido, apresenta-se o modelo deliberativo-dialógico fundado em um acordo político que usa a persuasão racional e pode ser dirigido pelo Ministério Público para fins de concretização dos direitos humanos.

É óbvio que a superação da cultura binária e extremada pode ser atingida por outras formas dinâmicas ou graduais, que não a concepção dialógica institucional. Entretanto, a tese aqui estabelecida utilizará essa perspectiva para apresentar a possibilidade do diálogo institucional extraprocessual para a concretização dos direitos sociais por meio de políticas públicas, na crença de que é possível defender o gradualismo na teoria política e jurídica para essa tarefa concretizadora dos direitos humanos, especialmente os sociais. Nessa concepção, o Ministério Público seria o principal articulador, dirigente e facilitador do diálogo no campo extraprocessual, que é a hipótese aqui defendida, sem excluir a possibilidade de atuação ministerial dialógica na seara processual e legislativa, como uma das formas de concretização dos direitos humanos.

Assim, os casos apresentados evidenciam várias facetas desse diálogo por meio de instrumentos como o acordo de concretização dos direitos humanos, notificações,

---

<sup>98</sup> Parodiando e remodelando o questionamento filosófico de Hamlet, de Shakespeare – diante da difícil decisão ética de pôr ou não fim à vida do próprio tio, que supunha ter assassinado seu pai, o rei, para casar-se com a rainha, sua mãe e, assim, assumir o trono –, poder-se-ia talvez indagar: “Qual a medida do ser ou o do não ser? Eis a questão”.

<sup>99</sup> Essa ideia espraia-se por todos os campos do conhecimento, incluindo a filosofia do direito, pois não se deve cometer o erro do cientificismo, com puros juristas, e do filosofismo, com puros filósofos, visto que a filosofia requer interação, intersubjetividade, consenso e convergência, como forma de perceber a variedade do pluralismo da doutrina (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 29 e p. 32).

recomendações, procedimentos de promoção de políticas públicas e até a judicialização das demandas para forçar o diálogo institucional extraprocessual.

Cabe observar que as teorias do diálogo proliferaram de forma desordenada e não conseguem resolver de forma uniforme os problemas que enfrentam, sendo necessário o aprofundamento e o refinamento do tema a fim de definir melhor os limites, as objeções e o campo de aplicação teórica e prática, em especial, para a aplicação aqui proposta, no sentido de defender a atuação ministerial em políticas públicas, concebendo-se a ideia de inserção do Ministério Público na estrutura dos poderes ou na divisão das funções estatais entre os poderes.

#### 4.2 A DIVISÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS ENTRE OS PODERES E O DILEMA DA ÚLTIMA PALAVRA

O ponto central da presente tese é constatar, no campo prático, e teorizar, no campo normativo, a atuação do Ministério Público em políticas públicas como um dos atores que se somam na interpretação para buscar a definição, a formulação, o planejamento, a execução e o controle de políticas que visem à concretização dos direitos humanos sociais<sup>100</sup>. Entretanto, não há estudos profundos sobre essa concepção, pois as discussões são centradas basicamente na definição dos papéis do Poder Judiciário e do Legislativo e, até no campo extraprocessual, do Parlamento e do Executivo ou da Corte e do Executivo. Não há, porém, um aprofundamento sobre a participação de outros atores na tutela extraprocessual, como é o caso do Ministério Público. Com efeito, embora a teoria da construção coordenada ou da parceria defenda a atuação de outros poderes e órgãos não judiciais, não é considerada a possibilidade da atuação ministerial.

Nesse sentido, centrar-se-á a discussão na legitimidade procedimental para combater o possível *deficit* democrático do Poder Judiciário e na legitimidade substancial para responder ao possível *deficit* moral de direitos humanos do Poder Legislativo, tudo o que for cabível para fundamentar a atuação ministerial em políticas públicas que visam a concretizar direitos humanos.

---

<sup>100</sup> A tese tem como foco os direitos humanos sociais, econômicos e culturais, que poderão ser designados genericamente apenas como “direitos sociais”, “direitos prestacionais” ou “direitos coletivos”. Por isso, não são abordados os direitos subjetivos, civis e políticos, salvo se for indisponível, na forma do artigo 129 da CRFB.

#### **4.2.1 Revisitando a ideia clássica da divisão das funções estatais entre os poderes: o critério da divisão do trabalho das funções estatais**

Sabe-se que a separação das funções estatais tem dois fundamentos ou segue dois critérios: a garantia da liberdade do indivíduo pelo combate e aos abusos estatais; a otimização do desempenho pela técnica da divisão de trabalho das funções estatais (GRAU, 2003, p. 226).

O primeiro critério tem registro desde a Antiguidade grega. Aristóteles fez uma distinção orgânica entre a assembleia geral, o corpo de magistrado e o corpo judiciário. No século XVII, Locke defendia a separação entre poder legislativo, de um lado, e os poderes executivo e federativo, de outro, uma vez que a concentração dessas funções em uma só pessoa põe à prova a fraqueza humana. Essa posição vai ao encontro do pensamento de Montesquieu, para quem a divisão de poderes seria uma forma de preservar a liberdade contra os excessos, abusos, arbitrariedades e inconveniências do uso do poder estatal, verificados nas monarquias europeias, em especial, a francesa.

O segundo critério, embora também se preocupe com a liberdade, apoia-se na ideia de divisão de trabalho dos federalistas, que, no final do século XVIII, defendiam a separação dos poderes por meio do sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos). Para eles, era necessária a existência de expedientes de controle mútuo entre os poderes, para que os limites institucionais não fossem ultrapassados (BONAVIDES, 2005, p. 136-147). Os convencionalistas da Filadélfia, preocupados com a mutabilidade das leis e das instituições, bem como com o perigo evidente das maiorias episódicas, desenvolveram a tese da “soberania compartilhada”, que afasta uma divisão de funções exclusiva e defende um governo misto de soberania compartilhada, em que as funções de cada instituição completam-se com a colaboração dos outros (LOPES, 2006, p. 16-17).

Combinando-se os dois fundamentos – a liberdade do indivíduo de Montesquieu e a divisão de trabalho das funções estatais dos federalistas –, pode-se chegar a uma concepção da divisão dos poderes ou das funções exercidas pelo Estado caracterizada por uma espécie de cooperação, equilíbrio e harmonia das obrigações constitucionais e infraconstitucionais estatais com terceiros ou entre as instituições e órgãos governamentais (BONAVIDES, 2005, p. 147).

É o caso do Ministério Público: preordenado, visa a colaborar e a assegurar a harmonia e o equilíbrio dinâmico entre os órgãos estatais na concretização de princípios

constitucionais e de políticas públicas destinadas a garantir a efetividade dos direitos humanos, especialmente os sociais, culturais e econômicos. De fato, o diálogo promovido pelo Ministério Público com a administração pública para prover bens e serviços insere-se numa rede de implicações e limitações recíprocas, que prevê a possibilidade de um poder constituído ter capacidade para exercer competências que tipicamente caberiam a outro.

A “separação de poderes” no Brasil caracteriza-se por não ser estanque e por se conformar com o sistema de freios e contrapesos, envolvendo uma complexa trama de implicações e limitações recíprocas (SOUZA NETO, 2008, p. 520). Por outras palavras, para garantir a concretização dos direitos sociais, a divisão de funções estatais entre os poderes, com base na divisão do trabalho, na cooperação e na interação dos poderes constituídos, mostra-se mais adequada, visto que a proteção insuficiente de um poder e o excesso de atividade ofensiva aos direitos humanos confere ao outro a possibilidade de cumprimento das normas que consagram tais direitos, o que inclui o Ministério Público.

Entretanto, a defesa dessa concepção não tem obstáculo apenas no entendimento acerca da divisão das funções estatais entre os poderes. Na verdade, vários problemas de legitimidade democrática surgem quando se atribui ao Poder Judiciário ou a outro órgão diferente do Legislativo, como é o caso do Ministério Público em regime de acordo, a tarefa de afastar leis que não sejam compatíveis com a interpretação das normas constitucionais, visto que, usualmente, o ingresso na carreira desses órgãos não se submete a regras de recrutamento por escolha eleitoral e de prestação de contas (*accountability*) do mandato periodicamente; não há uma avaliação democrático-eleitoral, como forma legitimadora do exercício de poder, mas uma avaliação democrático-burocrática, que deve considerar, além dos princípios da democracia, o profissionalismo (a burocracia) e a proteção dos direitos fundamentais (ACKERMAN, 2000, p. 634)<sup>101</sup>, tendo como mecanismo de aferição o atendimento das demandas sociais e a proteção do interesse público.

Essa concepção mostra-se imprescindível para manter a força dos direitos que se buscam proteger. A falta de um corpo de funcionários suficientemente grande e independente de interesses particulares dificulta a aplicação do ordenamento jurídico de modo desinteressado e impessoal ou pelo menos competitivo. Como os cidadãos não têm meios efetivos de obrigar seus representantes eleitos a responder pelo mandato que lhes outorgam e

---

<sup>101</sup> A menção à teoria de Ackerman (2000), nesse particular, tem a intenção apenas de demonstrar o poder da burocracia ou do profissionalismo inserido em instituições como o Ministério Público, visto que a proteção da democracia e dos direitos fundamentais tem assento constitucional bem definido, além de ser tratada em outros tópicos, utilizando-se de outros referenciais teóricos.

a dar contas de suas atividades, é normal que se constitua um corpo burocrático e autônomo em respeito aos eleitores e ao interesse público (LOPES, 2006, p. 107 e p. 122).

A legitimidade da revisão judicial tem raízes na ideia de que a regra majoritária, que é a última fonte de legitimidade dos que fazem as leis numa democracia indireta, não corresponde à vontade da maioria do povo ou dos seus representantes eleitos. Essa presunção surge da ideia de que as leis promulgadas de acordo com a regra da maioria do povo ou por seus representantes eleitos são, em princípio, democraticamente legítimas. Por outro lado, uma instituição burocrática de controle de constitucionalidade (*judicial review*) é capaz de anular as leis democraticamente promulgadas de acordo com a regra da maioria, sem que os juízes sejam o povo ou eleitos por ele. Essa aptidão judicial de invalidar leis é entendida e aceita por ser essencialmente contramajoritária e em proteção dos direitos e liberdades fundamentais (TREMBLAY, 2005, p. 619-620)<sup>102</sup>. Entretanto, deve-se observar que o Judiciário também necessita de apoio popular para sobreviver a qualquer possível ataque empreendido pelos poderes políticos<sup>103</sup>, visto que os juízes também estão sujeitos a todas as pressões que a vida oferece, e as decisões da Corte precisam, ainda que parcialmente, de apoio popular difuso ou específico (FRIEDMAN, 1993, p. 140-141).

Para Dworkin, a divisão de trabalho entre Corte e Parlamento faz-se da seguinte maneira: a defesa de direitos é a função principal das cortes – fórum de princípio; a deliberação sobre políticas públicas (*policies*) ou a proteção do bem-estar geral é a função

---

<sup>102</sup> Cabe advertir que Tremblay tem posições contrárias às teorias do diálogo, embora, a meu juízo, admita que haja uma espécie de troca de informações entre Corte e Parlamento nos processos judiciais – para explicar as razões que apoiam as leis questionadas e para defender seu entendimento sobre o equilíbrio apropriado entre princípios e políticas. Entretanto, o autor entende que a doutrina da responsabilidade judicial inclui uma série de deveres, entre os quais se encontra o dever de ouvir *a priori* no procedimento todos os interessados na questão. Para Tremblay, a mera oitiva do governo ou de seus argumentos não significa um diálogo deliberativo entre Corte e Parlamento. Por outras palavras, o diálogo deliberativo não se coaduna com o direito que o governo tem de ser ouvido com igual direito de participar em um processo objetivando conseguir um acordo racional e fundamentado entre iguais (TREMBLAY, 2005, p. 635), o que parece um raciocínio equivocado, visto que há interação entre os interlocutores com vistas a formar convicção do judiciário e dos interlocutores para se chegar a uma deliberação, pelo regime originário do acordo ou pelo regime de substituição judicial.

<sup>103</sup> O exemplo mais claro disso foi o fracasso do plano de Franklin Roosevelt de nomear juízes extras para a Corte Suprema, como resposta às insistentes invalidações das medidas do *New Deal*, que tinham sido adotadas para ajudar os Estados Unidos a sair da grande depressão (FRIEDMAN, 1993, p. 137). O aumento dos membros da Corte ou o encolhimento de suas competências (*court-packing plan*), o *impeachment* dos juízes, os cortes no orçamento do Judiciário e o descumprimento das decisões da Suprema Corte são remédios políticos utilizados, em momentos de crises institucionais, em resposta às decisões judiciais para equilibrar os poderes públicos. Em boa parte dos países europeus, esse equilíbrio tem sido obtido com as seguintes medidas: 1) exigência de supermaioria para a nomeação e a aprovação de membros das cortes constitucionais, o que conduz à escolha de juízes mais moderados; 2) mandatos fixos, que permitem encontros mais frequentes entre Corte e opinião pública; 3) processo não tão rigoroso de reforma constitucional, fator que torna mais fácil a reprogramação da jurisprudência constitucional da Corte pelo Parlamento (BRANDÃO, 2012, p. 193).

principal dos parlamentos eleitos – fórum de utilidades<sup>104</sup>. Os procedimentos decisórios majoritários não atenderiam alguns requisitos morais substantivos, subsistindo a necessidade de se buscar a resposta certa sobre direitos fundamentais, inspirada no ideal de igual consideração e respeito (DWORKIN, 2000, p. 101). Isso revela a necessidade de filiação moral prévia de cada pessoa à comunidade política, inclusive quanto aos procedimentos majoritários, pois a legitimidade da decisão depende de um resultado (*output*) substantivo, e não de um *input* procedimental. Essa concepção de democracia de Dworkin foi denominada em outras oportunidades “concepção comum” ou “concepção parceira” (MENDES, 2011, p. 20)<sup>105</sup>.

Essa concepção é muito conhecida da classe jurídica, que emprega os termos “procedimentalistas” e “substancialistas”: o primeiro, para fazer referência àqueles que pregam a não intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas; o segundo, para referir-se àqueles que defendem um Judiciário atuante, apesar das críticas de legitimidade democrática (VIANA et al., 1999, p. 24 e p. 37). Porém, como uma resposta moderada às críticas à intervenção judicial clássica, as teorias do diálogo institucional buscam mitigar essa tensão existente entre legitimidade substantiva (*deficit* moral) e procedimental (*deficit* democrático) da Corte na concretização dos direitos, encontrando boa assentada na teoria do “ativismo dialógico”. Essa teoria foi desenvolvida no caso de deslocamento forçado por violência ocorrido na Colômbia: a Corte decidiu de forma mais aberta e realizou uma fase de prosseguimento ou de acompanhamento (rodadas procedimentais), em que se puderam tomar várias decisões. Isso incentivou a discussão de alternativas de políticas públicas para resolver os problemas estruturais identificados na decisão, de forma a encontrar as medidas necessárias

---

<sup>104</sup> Para Ronald Dworkin, o fórum do princípio permite a judicialização das políticas públicas, ao admitir a discussão da moralidade na política. A Corte deve tomar decisões de princípio, não de política (bem-estar geral), que são decisões sobre os direitos que as pessoas têm sob o sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral, que são próprias do fórum de utilidade ou do campo da política. A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito no âmbito da própria legislatura. Esse fenômeno penetra no campo da política e obriga o debate político a inserir o argumento do princípio não apenas quando há apreciação de uma questão pela Corte, mas também antes e depois de uma demanda judicial de política pública. O autor denomina o fórum do princípio “direito” (DWORKIN, 2000, p. 101-103 e p. 108).

<sup>105</sup> Dito de outra forma, partindo de um dos extremos, originalistas apegam-se à vontade dos constituintes para decidir os casos constitucionais. Por outro lado, alguns teóricos sugerem um mergulho substantivo nos valores morais incorporados à Constituição. Ao focar as interpretações morais, tais abordagens preocupam-se menos em justificar o controle de constitucionalidade e mais em permitir uma construção principiológica ou baseada em princípios da Constituição. Todavia, as críticas apontam para a não existência de meios objetivos de limitação da atuação do Judiciário e de identificação dos princípios substantivos ou de resolução das controvérsias existentes sobre tais princípios. Os originalistas não explicam como os constituintes tratariam de questões atuais, e os substancialistas não chegam a um consenso sobre como os juízes saberão qual seria a resposta certa (BATEUP, 2006, p. 1116-1117).

à concretização dos direitos sociais dos que foram deslocados forçadamente no estado colombiano. Essa análise tem a pretensão de sugerir que os próprios tribunais podem permitir a construção de cenários de efetiva deliberação que complementam os demais ramos de poder, em vez de substituí-los, nas áreas atrofiadas dos parlamentos e das democracias existentes (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010, p. 54-57)<sup>106</sup>.

Nessa perspectiva de otimização do desempenho e da divisão das funções estatais entre os poderes, Fábio Konder Comparato, ao demonstrar que a concepção de Estado Liberal não consegue mais dar conta dos desafios impostos pela aceleração da história e do subdesenvolvimento<sup>107</sup>, desenvolve uma teoria que também impacta a tradicional tripartição dos poderes. O autor concebe órgãos públicos<sup>108</sup> independentes do governo, com funções e poderes (poder-função) para desenvolver e fiscalizar políticas de médio e longo prazo, assumindo, com competência técnica (burocrática), uma gestão de longo prazo, sem poderem ser destituídos, salvo por *impeachment*<sup>109</sup>. Os poderes-deveres desses órgãos seriam, resumidamente: suscitar perante um tribunal superior qualquer questão de incompatibilidade de uma lei ou decreto com os planos e denunciar ao Parlamento qualquer ação ou omissão de governo no cumprimento dos planos (COMPARATO, 1989, p. 113-114).

Essa teoria demonstra a necessidade de revisitar a clássica tripartição de poderes ou o plano horizontal de poder: há necessidade de outros órgãos públicos que participem da estrutura de poder na divisão de trabalho das funções estatais, tendo em vista a concretização das normas constitucionais, especialmente das que versem sobre direitos humanos sociais. É o caso do Ministério Público, que tem assento constitucional bem definido para a proteção de tais direitos.

Assim, para conceber o Ministério Público como um ator constitucional com poderes de participar do diálogo institucional para fins de elaboração e de construção de significados

---

<sup>106</sup> Apesar do esforço dialógico do ativismo judicial da Corte colombiana para resolver, na decisão T-025, os casos de pessoas deslocadas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) condenou a Colômbia pelo deslocamento forçado dos afrodescendentes da bacia do rio Cacarica por não ter o país signatário conseguido proteger todos os direitos garantidos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), no que se refere aos direitos à integridade pessoal e ao direito de não ser deslocado forçadamente (direito de ir e vir e direito de residência), nos termos dos artigos 5.1 e 22.1 combinados com o artigo 1.1 da CADH (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).

<sup>107</sup> A aceleração da história tornou indispensável o exercício da tarefa previsional, no campo administrativo público ou privado, tornando a ciência previsional um instrumento essencial de governo. Da mesma forma, o subdesenvolvimento, que é um estado dinâmico de desequilíbrio econômico e de desarticulação social de países que não são totalmente ricos, nem totalmente pobres e que impõe a todos os governos um mínimo de programação de políticas públicas a longo prazo (COMPARATO, 1989, p. 103).

<sup>108</sup> Os órgãos idealizados pelo autor foram a Superintendência Nacional de Planejamento e o Conselho Nacional de Planejamento, que teriam várias competências (COMPARATO, 1989, p. 114).

<sup>109</sup> Essa ideia tem efeitos tanto no plano horizontal – a tripartição clássica –, quanto no vertical – federalismo – (COMPARATO, 1989, p. 107). Aqui só interessa o plano horizontal.

constitucionais ou de concretização dos direitos sociais, faz-se necessário, ainda, contextualizar a nova forma de divisão do trabalho das funções estatais, que deve considerar os princípios da democracia (legitimidade procedimental), do profissionalismo (legitimidade burocrática, que é uma espécie de legitimidade procedimental, embora não se relacione com o procedimento eleitoral ou de regra de maioria) e da proteção dos direitos humanos (legitimidade substancial). Alia-se a esse argumento a natureza política da instituição e dos membros no seu mister constitucional, que garantem independência administrativa, orçamentária e funcional na concretização de sua missão constitucional de guardião das demandas sociais e de proteção do interesse público.

O profissionalismo, a especialização ou o corpo burocrático é idealizado como um quarto poder ou como uma instituição complexa de poder, que atende ao desafio de construir uma nova doutrina para a “separação de poderes” em um Estado Democrático. Para garantir a integridade da instituição que, além de proteger o interesse público e as demandas sociais, combate a corrupção, é preciso prever altos salários, proteção de irredutibilidade, autonomia orçamentária etc. (ACKERMAN, 2000, p. 692-694). Assim, a tese defende uma divisão ainda maior do poder, com a inclusão de profissionais burocratas que defendam a continuidade do Estado que serve a diferentes mestres e que garantam a aplicação dos direitos humanos de forma desinteressada, impessoal e competitiva.

Como se observa, a instituição ministerial, com as garantias institucionais e com seus membros consagrados constitucionalmente, atende a essa nova versão da divisão das funções estatais entre os poderes constituídos idealizada por Ackerman. Ademais, como observado, a natureza política da instituição e de seus membros e a missão constitucional do Ministério Público formam um arcabouço sólido de legitimação ministerial (procedimental, substancial e burocrática) para integrar o diálogo institucional, dentro da teoria do equilíbrio, da parceria, da construção coordenada e de rodadas procedimentais com deliberação provisória, para atuar em regime de acordo em políticas públicas que atuam na concretização dos direitos humanos.

A instituição do Ministério Público não foi diretamente idealizada por Ackerman, mas a sua função, conferida pela Constituição Brasileira de 1988, de proteger o regime democrático, a ordem jurídica e os direitos coletivos, sociais e individuais indisponíveis (proteção das demandas sociais e do interesse público), insere-a nesse contexto ackermaniano ou comparatiano. O Ministério Público é um órgão com poder burocrático, criado para atender os princípios da democracia, do profissionalismo e da proteção dos direitos humanos,

que tem legitimidade substancial, procedimental e burocrática<sup>110</sup> para participar do diálogo institucional, tendo em vista a construção de significados constitucionais e a concretização dos direitos humanos, especialmente dos econômicos, sociais e culturais.

Partindo da premissa de que há um diálogo entre os poderes constituídos e os órgãos públicos para cumprir um dever jurídico e atender aos interesses coletivos ou sociais, não há como levantar objeções morais e democráticas à participação dialógica do Ministério Público na concretização dos direitos humanos, especialmente dos direitos coletivos, sociais ou prestacionais. Nas políticas públicas, o Ministério Público pode atuar, por meio de sua autonomia constitucional<sup>111</sup>, para perseguir a execução, quando inteiramente definida pelas normas jurídicas e orçamentárias, ou de plano ou, de *lege ferenda*, para participar do processo legislativo, quando ainda não houver parâmetros de definição que possam ser alcançados sem a participação legislativa<sup>112</sup>.

Do contrário, torna-se inoperante a divisão das funções estatais entre os poderes, como forma de garantir a eficiência governamental no atendimento aos direitos. De fato, a divisão de trabalho só faz sentido se for para concretizar os direitos humanos ou satisfazer às necessidades humanas da população que as funções governamentais buscam atender,

---

<sup>110</sup> Embora o tema da legitimidade seja objeto de apreciação mais detalhada no capítulo 5, antecipam-se neste momento as respectivas definições de forma sucinta em razão da menção antecipada das espécies ministeriais legitimadoras. Nesse sentido, o Ministério Público tem legitimidade **substancial** por ser uma instituição burocrática preocupada com a justiça, com a proteção dos direitos humanos e com o desenvolvimento de argumentos que legitimem as deliberações tomadas no foro de princípios por meio de profissionais capacitados, que avaliam as decisões políticas (legislativas, administrativas etc.) à luz de um controle de substância ou moral, no que se refere aos direitos humanos, e o conteúdo de justiça democrática à luz dos precedentes da Corte e das normas constitucionais e internacionais. O Ministério Público tem legitimidade **procedimental** por ser uma instituição burocrática (não eleita pelo voto popular) que pode atuar dialogicamente no foro de utilidade e tem legitimidade democrática para agir em nome do interesse público e satisfazer, por meio de suas atividades e de sua missão, as demandas sociais, cujas consequências políticas e sociais são sentidas pelos membros da sociedade. Essas atribuições são conferidas ao Ministério Público pela Constituição, especialmente pelos artigos 127 a 129. Além disso, o Ministério Público dialoga com órgãos de representação política eleita pelo voto popular para fins de concretização dos direitos sociais, demonstrando procedimentalmente a legitimidade democrática ministerial para desempenhar o seu mister constitucional. O Ministério Público tem legitimidade **burocrática** (que é uma espécie de legitimidade procedimental no sentido ackermaniano ou comparatiano) porque é uma instituição profissionalizada para combater a corrupção, dispondo de altos salários, proteção de irredutibilidade, de inamovibilidade, de vitaliciedade, autonomia orçamentária, financeira, administrativa e outras garantias de independência e imparcialidade institucional na proteção dos direitos coletivos.

<sup>111</sup> A autonomia constitucional ministerial deve ser entendida como a legitimidade conferida pela Constituição para atuar e participar com os demais poderes na concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, como forma de garantir as condições necessárias para que cada indivíduo possua autonomia privada (igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida) e autonomia pública (igual possibilidade de participar do processo de formação da vontade coletiva). É o que defende Claudio Pereira Souza Neto (2008, p. 535) para a instituição judiciária. Garantia essa que também pode ser defendida para a instituição ministerial.

<sup>112</sup> Outrora, defendeu-se a necessidade de intervenção judicial em políticas públicas, seja com a determinação de sua execução, quando definida por leis orçamentárias ou, de plano, sem a atuação do governo, seja com a intercomunicação entre o processo judicial e legislativo, quando o direito necessitasse de muitos parâmetros de definição ou quando fosse impossível a liquidação ou a especificação dos direitos sem a participação do Parlamento (SILVA, 2007, p. 219). A intercomunicação formal dos processos judiciais que versem sobre políticas públicas e dos processos legislativos não será, porém, aqui abordada.

tornando-se sem qualquer sentido se for para fundamentar o não trabalho, a inércia ou a omissão com base exclusivamente em argumento meramente formal de falta de competência ou atribuição dos poderes constituídos, sem envolvimento com a erradicação das violações aos direitos humanos.

É nesse contexto que a instituição do Ministério Público participa não só do diálogo e da deliberação acerca de políticas públicas, mas também do cumprimento das normas constitucionais e da concretização dos direitos humanos. Concebem-se, assim, a liberdade e a divisão do trabalho nas funções estatais entre os poderes como uma questão inerente ao Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

#### **4.2.2 Críticas à legitimidade substancial ou procedimental com base na ideia de supremacia parlamentar ou judicial e algumas condições introdutórias das teorias do diálogo**

A ordem prática e teórica evidencia que, em parte do mundo ocidental, há uma predominância dos direitos constitucionais sobre os procedimentos democráticos, materializada pela interpretação de textos constitucionais escritos, cuja supremacia é assegurada por meio de alguma forma de controle de constitucionalidade exercido por órgãos ligados ao Poder Judiciário. Por outro lado, outros países adotam a supremacia parlamentar, na qual o Poder Judiciário não exerce papel tão atuante. Entretanto, teoricamente poucos conceberam a participação de outras instituições na interpretação por meio do diálogo institucional. Há alguns exemplos no Canadá sobre a união homoafetiva (HOGG, 2006, p. 715-716) e várias outras situações nos Estados Unidos e na Inglaterra (WHITTINGTON, 2001b, p. 804-805): confiar por muito tempo a interpretação constitucional ao Parlamento; examinar hipóteses de *impeachment*; excluir o Senado da análise dos tratados; analisar a possibilidade de reeleição presidencial por mais um mandato; negar aos estados o direito de se separarem da federação etc. Em nenhum país, porém, o Ministério Público é um órgão estudado na perspectiva burocrática, procedimental, substancial e do diálogo institucional.

Várias são as tentativas de justificar ou de legitimar democraticamente a participação judicial por meio da interpretação das normas constitucionais no campo das políticas públicas e da concretização dos direitos fundamentais ou humanos, ante a participação excessiva ou a inação do Legislativo ou da administração.

Devem-se registrar opiniões que insistem sobre a incompatibilidade entre o constitucionalismo e a democracia. Por outro lado, há quem afirme não haver contradição

entre os dois institutos, acreditando na existência suportável entre os dois, pois a Constituição é necessária para se viver a democracia; não se descarta, porém, a existência de tensão entre os dois institutos (HOLMES, 1988, p. 196). Outros defendem a intervenção judicial como uma espécie de representação política democrática, postulando a necessidade de dar novo significado à representação e de reconfigurar as instituições representativas, para incluir as cortes, que defendem o interesse público e as demandas sociais, porque as decisões da corte são em sua maioria de confirmação das deliberações parlamentares ou democráticas e não de rejeição, como sugere a tese contramajoritária, conforme conclusões empíricas de pesquisas realizadas em decisões do STF (POGREBINSCHI, 2011, p. 10-13 e p. 165 et seq.)<sup>113</sup>.

Há ainda os que buscam resolver essa tensão com base nas teorias do diálogo, como as teorias do equilíbrio social, da parceria, da construção coordenada, das rodadas procedimentais e da última palavra provisória, que tentam superar essa tensão de forma plurilateral com a participação de cortes, parlamentos e atores não judiciais, tendo em vista a concretização dos significados constitucionais. Porém, antes de abordar o diálogo institucional como forma de dirimir essa tensão entre constitucionalismo e democracia, incluindo-se outros poderes estatais, como é o caso do Ministério Público, verifica-se que uma das tentativas de legitimação democrática do controle de constitucionalidade não abre mão da ideia de supremacia judicial.

A mais duradoura e importante fundamentação da legitimação do controle de constitucionalidade é a baseada nas fontes democráticas, por defender o instituto da revisão judicial apenas se puder ser fundamentado em alguma fonte da própria democracia.

A primeira fonte resulta do fato de que a legitimação democrática jurisdicional encontra sua autoridade na constituição escrita que foi iniciada, desejada e ratificada pelo povo ou por seus representantes eleitos. Porém, essa concepção é incoerente com a soberania popular, que tem o direito de fazer ou desfazer uma lei, podendo alterar seu pensamento sobre qualquer princípio de direito e política social. O resultado final é a defesa de uma democracia contínua, ao mesmo tempo que a legitimação de uma forma de culto aos ancestrais (TREMBLAY, 2005, p. 620-621).

A segunda fonte pretende eliminar essa incoerência (modernos *versus* antigos), buscando demonstrar que a legitimidade da revisão judicial derivaria das normas e dos valores constitucionais expressos numa espécie de vontade coletiva constitucional, que seria

---

<sup>113</sup> As conclusões dessa pesquisa são apresentadas mais detalhadamente na subseção 4.4.2 para demonstrar que o STF usualmente tem uma posição majoritária ou de acordo com a maioria parlamentar, pois suas decisões, basicamente, confirmam as deliberações parlamentares quando questionadas à luz da ordem constitucional, o que faz ruir o mito de que as cortes são de natureza contramajoritárias.

democraticamente superior à vontade ou ao consenso expresso na legislação ordinária. Essa segunda fonte foi chamada por Bruce Ackerman “dualismo democrático metafísico”, que pressupõe uma tensão com a política democrática entre o “verdadeiro” povo – que seria racional e comprometido com as proposições autênticas da comunidade – e o povo “empírico” – que se expressa como eleitores guiados pelas emoções, por seus próprios interesses, paixões, necessidades imediatas, retóricas e conveniências em geral (ACKERMAN, 1991, p. 6 et seq.). Assim, essa tensão política conferiria legitimidade moral à Corte em nome do “verdadeiro” povo (TREMBLAY, 2005, p. 621-622).

Entretanto, o dualismo democrático e outras teorias que buscam fundamentar a legitimidade democrática da supremacia judicial sofrem duras críticas e objeções de mérito, pois, mesmo que a supremacia judicial fosse aceitável e internamente coerente, dificilmente legitimaria democraticamente a instituição da revisão judicial. Com efeito, a estratégia de compatibilização não pode ser defendida em razão da indeterminação das normas constitucionais, salvo se houvesse norma expressa ou se provocasse na constituição escrita uma verdadeira revisão constitucional, sob o risco de as cortes basearem suas decisões em valores não expressos na constituição e, conseqüentemente, em valores, princípios e interpretações sem fundamento, sem legitimação ou *pedigree* democrático, mas construído pela própria Corte. Além disso, mesmo a Constituição sendo democraticamente superior à legislação ordinária, não seria necessário dar poder aos juízes para rever a legislação, pois a legitimidade política é uma matéria inerente à democracia, de forma que seriam os legisladores, e não as cortes, que seriam moralmente capazes de proferir a decisão final a respeito da aplicação e da interpretação constitucional, uma vez que por várias razões são eles os representantes do povo. Essa constatação parece exigir a supremacia legislativa ao mesmo tempo que busca legitimar a supremacia judicial (TREMBLAY, 2005, p. 622)<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> Mesmo sem considerar empiricamente a realidade brasileira, verifica-se que o controle de constitucionalidade, apesar de ser acusado de antidemocrático, é um produto da democracia, que surge de determinadas condições **políticas, institucionais e interpretativas** observadas nos fenômenos de democratização de certos países (BRANDÃO, 2012, p. 72). As **políticas** são formadas por três outras condições. Assim, no que concerne à primeira condição política, fortemente influenciada pelo pluralismo político, pesquisa empírica evidencia que, no processo de transição para a democracia, quanto menor o poder do partido dominante e mais dividido estiver o poder em geral, mais amplo o controle de constitucionalidade e vice-versa, de tal sorte que seria necessário adotar a “teoria do seguro eleitoral”, segundo a qual grupos políticos temerosos de perder as futuras eleições estimulariam a constitucionalização de certos assuntos para impor limites materiais ao grupo vitorioso, evitando que as eleições se tornem um jogo em que o vencedor leva tudo, na convicção de que a Corte possa zelar pela proteção das regras do jogo eleitoral para evitar tentativas de virada de mesa pelo grupo que se encontra no poder e pela intangibilidade de um consenso político mínimo, de maneira que todos os grupos se vejam minimamente reconhecidos no projeto constitucional. Por isso, em regimes democráticos de forte difusão do poder político, ocorrem dois efeitos: a necessidade de o Judiciário resolver conflitos de coordenação entre entidades semiautônomas e a necessidade de o Judiciário dirimir questões políticas controversas sem consenso na coalização majoritária – como aborto, anistia de crimes ocorridos no regime anterior etc. (GINSBURG, 2003,

Com efeito, ainda que a judicialização das políticas públicas resulte do processo democrático, é a mesma democracia ou os teóricos que a defendem e que reclamam da falta de legitimidade democrática da corte que conferem importância e fundamento à existência do controle de constitucionalidade, evidenciando a necessidade de se ampliar o rol de órgãos e poderes capazes de concretizar as normas constitucionais, que versem sobre os direitos humanos.

Nesse sentido, a teoria do diálogo institucional é apresentada como uma das respostas às objeções acima no que se refere ao caráter contínuo da legitimidade democrática, à indeterminação do texto constitucional e à supremacia judicial.

Nesse contexto, podem-se catalogar várias razões que fundamentam ou excluem a supremacia legislativa para a interpretação das normas constitucionais ou a supremacia judicial para a intervenção em políticas públicas. O certo é que resta evidente que essas teorias oscilam entre a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário e a falta de legitimidade moral ou interpretativa do Poder Legislativo, embora, em muitos casos, haja ausência de legitimidade democrática no Poder Legislativo e de legitimidade moral no Poder Judiciário.

---

p. 60-64). A segunda condição política, relativa às questões inerentes à divisão de funções entre poderes, é atendida pela criação de poderes independentes no centro e na periferia, o que aumenta a necessidade de um juiz relativamente imparcial para coordenar a dinâmica de interação institucional, em conflitos positivos e negativos de atribuição ou competência (ACKERMAN, 1997, p. 33). A terceira condição política, que se refere à ineficiência e à perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias, aliadas às fortes esperanças depositadas no Judiciário, surge das imobilizações nas pautas de matérias importantes, da corrupção e da satisfação dos interesses dos próprios grupos que estão no poder (BRANDÃO, 2012, p. 76). As condições **institucionais** estão presentes: 1) no amplo catálogo de direitos – visto que, quanto maior for a carta de direitos e maiores as garantias de sua eficácia, maior será a judicialização da política; 2) no controle de constitucionalidade para a proteção do federalismo e dos direitos fundamentais, o que confere um significativo poder político ao Judiciário, aumentando sobremaneira a expansão da Corte, em razão da ampliação dos legitimados e do aumento dos atos impugnáveis perante a Corte – o Judiciário passando a ser uma nova frente de batalha para o grupo derrotado nas arenas políticas –, bem como em razão dos efeitos vinculantes e *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade, com possibilidade de reclamação perante a Corte, e da modulação dos efeitos temporais (retrospectivos e prospectivos); 3) no rol de competência da Suprema Corte, visto que, quanto maior o rol de competência, maior é a judicialização da política, pois mais matérias serão retiradas do processo político ordinário e decididas pela Corte Constitucional; 4) na nomeação e na investidura dos membros da Corte Constitucional, pois, quanto mais garantias (vitaliciedade etc.) tem o membro e mais longo for o período na Corte, maior liberdade de decisão tem o juiz, o que aumenta a judicialização da política; 5) na constitucionalização abrangente e na dificuldade do processo de reforma constitucional, uma vez que, quanto mais amplo for o conteúdo da constituição e mais difícil for o processo de sua alteração, maior será o espaço do Judiciário e menor será o espaço do Legislativo, seja no controle, seja na atualização do texto constitucional (BRANDÃO, 2012, p. 77-84). As condições **interpretativas** da judicialização da política são evidenciadas com a transferência efetiva do poder decisório sobre questões morais e políticas das instituições majoritárias para o Judiciário, com submissão de tais controvérsias à Corte, e o juiz, aceitando tal encargo, aplica diretamente os princípios, usa complexos argumentos técnicos e morais, emprega métodos interpretativos mais fluidos do que a subsunção (ponderação etc.), o que resulta numa postura mais ativa da Corte, com a imposição de condutas aos atores políticos, na revisão dos juízos do poder público contidos em lei, no afastamento do sentido literal da lei, na força normativa conferida aos princípios e no estímulo à judicialização da política (BRANDÃO, 2012, p. 84-85).

Ademais, o índice de leis submetidas ao controle de constitucionalidade e a quantidade de leis declaradas inconstitucionais entre as leis apreciadas pela Corte não são tão elevados a ponto de conferir qualquer descrédito moral aos atos legislativos, conforme pesquisa empírica realizada com base nas decisões do STF. Por outro lado, o índice de decisões da Corte que são questionadas pelos demais órgãos ou poderes políticos também não é tão elevado a ponto de se afirmar que as decisões são antidemocráticas, visto que, na maioria das decisões de inconstitucionalidade das leis, não há grande levante democrático ou popular.

Conrado Hübner Mendes apresenta várias razões que sustentam e atacam a supremacia legislativa e judicial e algumas teorias dialógicas, para depois defender uma teoria do diálogo, fundada na rodada procedimental e na última palavra provisória.

Nesta tese, em um primeiro momento, expõem-se argumentos a favor das cortes e contra o Parlamento – posição defendida por Dworkin –, para depois apresentar o inverso, ou seja, argumentos a favor de legislador e contra as cortes – posição defendida por Waldron, principal opositor de Dworkin (MENDES, 2011, p. 69-104).

Como nesta tese defende-se o diálogo institucional extraprocessual viabilizado pelo Ministério Público, focar-se-ão os argumentos contra cortes e parlamentos, no claro intuito de evidenciar o *deficit* democrático e moral de tais poderes, para depois demonstrar, sem a pretensão de verdade incontestada, mais uma hipótese de superação desses *deficit* por meio do diálogo institucional dirigido pelo Ministério Público, que pode contar com o Parlamento, o Judiciário, o Executivo e outros órgãos governamentais ou instituições privadas. Nesse sentido, estabelecer-se-á uma relação direta entre os argumentos que de alguma forma podem aproveitar a atuação ministerial dialógica, embora os argumentos favoráveis e contrários às cortes pareçam apoiar a legitimidade do Ministério Público, que é uma instituição burocrática, à semelhança do Judiciário, cujos membros não são recrutados por regras de eleição e cujas atividades não são submetidas à prestação de contas democrática (*accountability*)<sup>115</sup>.

Várias são as razões contra as cortes que podem aproveitar as reflexões acerca da participação do Ministério Público no diálogo institucional rumo à superação do *deficit* democrático e moral, conforme se pode verificar a seguir<sup>116</sup>.

A primeira objeção à legitimidade democrática da Corte contraria o argumento de que a Corte faz a proteção das precondições da democracia, ao asseverar que o Judiciário não as

---

<sup>115</sup> Embora as reflexões sobre a defesa e o ataque do Judiciário deem suporte ao Ministério Público, dele se distanciam porque a instituição é concebida constitucionalmente para dialogar por meio do regime originário do acordo político, considerando a vontade e ponderações dos envolvidos para fazer valer as deliberações tomadas em rodadas procedimentais dialógicas, sem ter o poder de se fazer substituir à vontade e às razões dos envolvidos, por meio do regime derivado da substituição jurisdicional.

<sup>116</sup> Para um aprofundamento das razões a favor das cortes, ver Mendes (2011, p. 95-103).

protege, pois a Corte não está fora da política, está nela inserida, o que demonstra três proposições que merecem ser analisadas: há falta de neutralidade judiciária; responde-se à crítica de que o Parlamento é um procedimento sem moral ao defender a aptidão moral legislante para deliberar sobre os direitos fundamentais e sobre os critérios de justiça; evidencia-se que a Corte não resolve o desacordo, mas apenas sugere mais uma interpretação (MENDES, 2011, p. 96)<sup>117</sup>.

A outra objeção evidencia claramente a possibilidade de ruptura do mito de que a Corte é protetora dos direitos das minorias, pois essa assertiva seria moralmente controversa e empiricamente falsa, visto que a maioria pode estar certa e a minoria, errada no que se refere ao direito que alega, levando a Corte a praticar injustiça (MENDES, 2011, p. 97-98)<sup>118</sup>. Ademais, pesquisas empíricas desmistificam a ideia de que a corte é contramajoritária, uma vez que o Poder Judiciário precisa de aprovação popular para suas decisões e não decide totalmente contra a opinião pública (FRIEDMAN, 1993, p. 128-129) ou contra as decisões parlamentares (POGREBINSCHI, 2011, p. 10-13 e p. 165 et seq.); essa ideia é retórica, visto que esconde um conflito entre duas minorias ativas, uma organizada no Parlamento e a outra defendida pela Corte contra o *status quo* da minoria organizada no Parlamento (MORTON, 1999, p. 26).

Há outras razões que evidenciam o *deficit* democrático das cortes e que interessam ao diálogo institucional extraprocessual:

- a) a desmistificação de que a Corte detém a representação da vontade popular constituinte (pré-comprometimento), pois não se pode dizer que a Corte é democrática porque um poder do constituinte democrático a aprovou, mas pode-se dizer que a Corte está tomando suas próprias decisões disfarçadas do poder constituinte, sem respeitá-lo;

---

<sup>117</sup> A essa objeção, contrapõem-se os argumentos de que a Corte faz a proteção das precondições da democracia, preserva o procedimento de competição e a vontade democrática, bem como submete as decisões legislativas a um controle de substância ou moral, no que se refere aos direitos fundamentais e ao conteúdo de justiça democrática (MENDES, 2011, p. 70). Essa função conta com a atuação ministerial, seja participando como função essencial à justiça eleitoral na proteção do regime democrático, seja propondo ação questionando a constitucionalidade de leis, seja agindo para concretizar direitos humanos sociais.

<sup>118</sup> A contraposição a essa ideia defende o Judiciário no que se refere à proteção dos direitos das minorias contra a “tirania da maioria” representada pelo Parlamento, pois, enquanto este defenderia a maioria, aquele defenderia moralmente as minorias (MENDES, 2011, p. 71). Essa percepção também pode ser aplicada ao Ministério Público, que, na defesa dos direitos sociais, tem a incumbência de proteger os grupos minoritários ou menos favorecidos, como os indígenas, os idosos, as crianças etc., porém isso não tem a pretensão de fazer prevalecer a interpretação ministerial, visto que, nas rodadas procedimentais e nos argumentos persuasivamente considerados, a deliberação resulta dos acordos políticos de vontades coincidentes ou pelo menos refletidas frente à necessidade de concretização dos direitos sociais.

- b) a falta de causalidade necessária entre a revisão judicial e o estado de direito, pois a Corte não é exclusiva na interpretação constitucional e não tem maior capacidade interpretativa que o Parlamento;
- c) a ausência de imparcialidade da Corte no controle de constitucionalidade, pois não está fora da política e não há neutralidade nessa área, visto que os efeitos das decisões atingem a todos, sendo o Parlamento a melhor autoridade para o controle;
- d) a falibilidade da Corte, igualmente, em questões de princípios e a discordância sobre a resposta certa evidenciam que as batalhas são normativas e ideológicas, e não uma ciência neutra e técnica;
- e) a superação do mito de que a Corte promove uma representação deliberativa ou argumentativa, uma vez que juízes não são eleitos, mas são uma elite profissional, o que rompe com a ideia de que a Corte é representante da razão, em oposição à defesa de que o Parlamento é representante da agregação de interesses;
- f) a prisão da Corte a uma linguagem empobrecida, verborrágica, inflexível e amarrada a tecnicidades jurídicas coloca por terra a ideia de que a Corte é uma instituição educativa e promove um debate público melhor do que o legislador, pois a argumentação judicial tem um caráter legalista e hermenêutico e está mais preocupado com a semântica do que com os valores subjacentes (MENDES, 2011, p. 95-103)<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> Em defesa das cortes, em clara discordância das razões desfavoráveis, ressalta-se: 1) a Corte, como representante genuína da vontade popular constituinte (pré-comprometimento), deve sobrepor-se à vontade popular imediata com base em interesse privado e barganhas (dualismo constitucional); 2) o Estado de Direito exige a supremacia judicial para combater e evitar a arbitrariedade e o abuso de poder, bem como propiciar certeza, previsibilidade e capacidade de planejamento; 3) é imparcial o julgamento da Corte, que é um agente externo à demanda, visto que o legislador não poderia julgar a si mesmo; 4) a Corte é isenta e competente em questões de princípios e dá a resposta certa na proteção dos direitos, em razão do afastamento das pressões eleitorais, que são incompatíveis com a racionalidade dos direitos fundamentais; 5) a Corte promove uma representação deliberativa e argumentativa, por não se processar por agregação de interesses individuais, mas por decisões dotadas de boas justificativas compartilhadas por todos, enfrentando cada um dos argumentos apresentados; 6) a Corte tem uma função educativa por promover o debate público com base em argumentos de princípios, e não em disputas partidárias ou estratégias de barganha (MENDES, 2011, p. 72-83). Essas razões, embora parcialmente, também se aplicam ao Ministério Público em função da imparcialidade e da independência funcional e institucional para a proteção dos direitos humanos, especialmente para a proteção da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. As dificuldades são superadas pela participação dialógica com os demais órgãos de governo, inclusive o Parlamento, e pela participação dos particulares ou integrantes da iniciativa privada no processo dialógico articulado pelo Ministério Público, o que permite a eliminação e a mitigação das críticas contrárias a uma instituição burocrática, que atua em regime originário ou de diálogo para alcançar o acordo viável à concretização dos direitos humanos sociais, com todas as demais instituições burocráticas ou democráticas que têm atribuição constitucional, para tornar efetiva a fruição coletiva ou individual dos direitos sociais, em contraposição ao Poder Judiciário, que atua em regime derivado ou de substituição de vontades dos envolvidos, tornando possível a representação do interesse público e das demandas sociais não de forma derivada **como um agir pelo outro** (substituição de vontades), mas de forma originária **como um agir com o outro** (acordo por meio de diálogo institucional). Isso pode ser desenvolvido até mesmo pelo Judiciário, como defende Thamy Pogrebinski (2011, p. 156) e como de fato ocorreu no caso colombiano

As críticas à supremacia judicial na interpretação constitucional, ainda que defendam o Parlamento, chegam ao ponto de advogar a extinção ou a mitigação do *judicial review* no sistema praticado nos Estados Unidos. Imaginam um mundo no qual a tarefa de emitir opiniões constitucionais é mais amplamente distribuída do que atualmente, pois o monopólio das cortes sobre o direito constitucional faz com que as interpretações realizadas fora das cortes não tenham qualquer validade (TUSHNET, 1999, p. 175). Por ser em defesa do Parlamento, essa crítica demonstra claramente o fosso existente na legitimidade exclusiva do Poder Judiciário para interpretar a Constituição e concretizar os direitos humanos, especialmente os direitos econômicos, sociais e culturais, mas não traz a perspectiva da concretização constitucional por intermédio do Ministério Público como ator político e burocrático com capacidade para desempenhar a missão concretizadora por meio do diálogo institucional.

Deve-se observar que as críticas à supremacia judicial, de certa maneira, também podem ser opostas ao Ministério Público, por ser uma instituição permanente e essencial à justiça, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis e no zelo pelos poderes e pelos serviços criados para defender os direitos constitucionais. Como o objetivo da tese não é defender a superioridade ministerial, mas defender a participação dos vários atores políticos em rodadas procedimentais que buscam alcançar um acordo político entre os envolvidos, com fundamento nas teorias dialógicas, tais críticas são eliminadas, mitigadas ou absorvidas pelo compartilhamento da responsabilidade de interpretar normas constitucionais com as instituições sociais, burocráticas ou democráticas e eleitorais constituídas para concretizar os direitos sociais no diálogo institucional instaurado para esse fim. Ademais, há, no processo deliberativo extraprocessual conduzido dialogicamente pelo órgão ministerial, a utilização de acordos políticos, por meio da autonomia constitucional, nos quais as vozes da sociedade, organizada ou não, podem ser ouvidas, consideradas e representadas com o desenvolvimento de ação material pelos envolvidos, sem o contexto adversarial e de substituição de vontades usualmente observado na Corte provocado pela ação processual (SILVA, 2014, p. 46), o que

---

no denominado “ativismo dialógico”, em que a Corte buscou dialogar para concretizar os direitos sociais dos que foram deslocados forçadamente (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010) ou de diálogo judicial com nomeação de peritos para a negociação de conflitos com os envolvidos e posterior submissão à corte nos Estados Unidos (LOPES, 2006, p. 234-235). Algumas audiências públicas realizadas pelo STF na STA n.º 175 (medicamentos e saúde), na ADPF n.º 54 (aborto de fetos anencéfalos) e na ADI n.º 3.510 (células-tronco embrionárias) não chegam a ser classificadas como “ativismo dialógico”, visto que a audiência tem a intenção de firmar convicção e de discutir com os atores envolvidos as medidas a serem concretizadas, mas é uma espécie de oitiva dialógica que busca superar as dificuldades de concretização dos direitos sociais pelo regime de substituição de vontades e razões.

permite uma boa forma de composição e de representação do interesse público e das demandas sociais dos grupos, instituições ou sujeitos envolvidos ou afetados.

Por outro lado, no que diz respeito aos argumentos que apontam para o *deficit* moral do Parlamento, destacam-se críticas de duas naturezas: contra a representação eleitoral e contra a regra de maioria.

Os argumentos contra a representação eleitoral buscam evidenciar:

- a) a origem oligárquica, antidemocrática e anti-igualitária do Parlamento, que se converte gradualmente em instituição democrática pelo sufrágio, o que descaracteriza a ideia de que o Parlamento é a encarnação essencial da democracia e de que é o governo do povo<sup>120</sup>;
- b) a satisfação dos interesses imediatos dos eleitores e a motivação da pauta com base na escolha do que pode aumentar as chances de reeleição e ampliar o poder individual são objetivos que tornam o Parlamento um foro destinado à retórica, à teatralização e à opinião forte, o que não se harmoniza com um foro deliberativo sereno, em que pessoas argumentam sinceramente para tentar convencer seus pares;
- c) a quebra do mito de que a representação eleitoral é o único tipo possível de representação democrática, visto que se trata de uma representação puramente agregativa, atomística, que concebe a política como mercado e não reflete a pluralidade e a diversidade da sociedade atual; além disso, a sensação de autogoverno não se desfaz porque a última palavra em alguns casos não é do Parlamento;
- d) a submissão dos legisladores a uma rede de constrangimentos institucionais incontornáveis, visto que essa pressão não desaparece ainda que sejam eleitos parlamentares virtuosos; ademais, a defesa dos direitos pela Corte não resgata argumentos da tradição antidemocrática – preconceito contra as massas, despreparo do cidadão comum e necessidade de um guardião –, pois os juízes,

---

<sup>120</sup> Cabe esclarecer que, historicamente, a representação eleitoral ou política (governo representativo) foi criada em clara posição antidemocrática ou em oposição ao conceito de democracia, que era sempre direta, no final do século XVIII; ironicamente, hoje, a representação eleitoral ou política é um conceito que, equivocadamente, quase se confunde com a democracia ou a resume (POGREBINSCHI, 2011, p.169-170). Contudo, essa ampliação do conceito de democracia e de representação política não deve ser rechaçada; deve, antes, ser ampliada para compreender outras instituições, como é o caso do Ministério Público e da Corte Constitucional, que foram constituídas constitucionalmente para defender o interesse público e as demandas sociais. Essas defesas são positivadas constitucionalmente para a proteção da ordem jurídica, do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis e para o zelo pelo efetivo respeito dos poderes e serviços de relevância pública incumbidos constitucionalmente de concretizar os direitos constitucionais, o que inclui os direitos fundamentais ou humanos, especialmente por força dos artigos 1.º, III e IV, 3.º e 5.º, § 2º, da CRFB.

apesar de não serem melhores do que ninguém, estão apenas num ambiente mais adequado para um determinado tipo de decisão (MENDES, 2011, p. 83-88)<sup>121</sup>.

No mesmo sentido de ataque moral ao Parlamento, com as críticas da segunda natureza, há os argumentos contra a regra de maioria, que estão adstritos:

- a) à insensibilidade à intensidade de preferências, pois um procedimento majoritário com base em votos de peso idêntico (igualdade formal) não consegue captar a relevância que a matéria votada tem para cada indivíduo;
- b) à falta de racionalidade e à arbitrariedade do resultado da regra de maioria, uma vez que a votação majoritária nem sempre representa a vontade da maioria, podendo representar a pretensão de uma minoria estrategicamente bem posicionada ou a tirania do arbítrio irracional;
- c) à quebra da crença em um mundo bipartido entre maioria e minoria, pois preferências políticas são maleáveis e sujeitas a transformações por meio de debates, da experiência e de novas informações. Por outras palavras, a vontade do Parlamento nem sempre é da maioria, e a decisão da Corte nem sempre é da minoria – preferências morais sinceras *versus* interesses egoísticos (MENDES, 2011, p. 83-86)<sup>122</sup>. É o que se infere de pesquisas empíricas realizadas com base nas deliberações do STF e do Congresso Nacional (POGREBINSCHI, 2011), que trazem evidências claras de que a bipolaridade entre moralidade e democracia atrelada à Corte e ao Parlamento, respectivamente, não tem uma correlação clara e

---

<sup>121</sup> Os argumentos a favor do Parlamento, que defendem a representação eleitoral são: 1) a máxima aproximação do ideal de democracia nos estados modernos, que seria a segunda melhor escolha *second best choice*, como manifestação do povo ainda que indireta, visto que a direta é de difícil realização, o que rejeita uma instituição judicial contramajoritária; 2) o estímulo à competição política em bases equitativas, que permite ao eleitor escolher e rejeitar competidores; 3) o aperfeiçoamento da democracia direta, que seria a primeira melhor escolha *first best choice*, pois a representação eleitoral consegue transformar a presença física em presença por meio da voz, uma vez que, sem mediação representativa, a política fica refém do povo pela necessidade da presença física (presentismo) e pelo imediatismo (aqui e agora); 4) o estímulo ao compromisso e à acomodação de extremos pela atividade decisória do Parlamento, considerando-se que o Parlamento não é uma lógica adversarial e de conflitos policêntricos; 5) o eco de preconceitos de tradição antidemocrática na objeção contra a supremacia do Parlamento, pois restrições ao Parlamento insistem em resgatar os velhos medos contra a ignorância e o despreparo das massas (MENDES, 2011, p. 92-94), como fundamento para serem protegidos por instituições burocráticas ou não eleitas.

<sup>122</sup> Os argumentos a favor do Parlamento, no que se refere à regra de maioria são: 1) é o único princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral da igualdade, sem repressão por pensar diferente; 2) limita o poder, visto que os ciclos de votação contribuem para a estabilidade da democracia e tornam menos provável uma tirania da maioria, que é menor num regime democrático do que em regimes não democráticos; 3) a legitimidade de suas decisões é testada por sua compatibilidade substantiva com o princípio de justiça, e não com as preferências sentidas pelo Parlamento. Logo, a sensibilidade parlamentar à intensidade da preferência não tem correlação com a justiça dos direitos fundamentais, pois as preferências não têm qualquer impacto na avaliação da correção da decisão tomada (MENDES, 2011, p. 89-95).

direta, pelo contrário, muitas vezes a Corte protege a maioria e o Parlamento protege a minoria.

No Reino Unido, em Israel e na Nova Zelândia, países de supremacia legislativa, as cortes têm três formas de permitir que os juízes tenham uma participação ativa em matéria de interpretação constitucional: a interpretação conforme a Constituição das leis ordinárias que versem sobre direitos fundamentais, a possibilidade de superação da decisão judicial pelo Parlamento e o controle da convencionalidade das leis.

Na primeira hipótese, a incompatibilidade entre ambos os dispositivos não representa a possibilidade de invalidação da lei ordinária; representa, antes, uma técnica de controle de constitucionalidade em que a última palavra permanece com o legislador, pois a Corte exerce um papel interpretativo, sem invalidar a lei. Na segunda hipótese, o Judiciário declara a inconstitucionalidade da norma, ao mesmo tempo que se dá ao legislador algum mecanismo para superar essa decisão judicial, como ocorre no Canadá e em Israel, cujo instituto é conhecido como *overriding* (superação) ou *notwithstanding clause* (cláusula não obstante) (PINTO, 2010, p. 28). Na terceira hipótese, a Corte declara a incompatibilidade da norma contrária à convenção e encaminha ao Parlamento tal decisão declaratória para que adote as medidas de correção ou de manutenção da norma incompatível.

É interessante notar que esses argumentos, feitas as devidas adaptações, podem ser aplicados ao Ministério Público, seja para apoiá-lo, seja para criticá-lo, sem perder de vista que a instituição pode elevar ou diminuir a intensidade das defesas e dos ataques aos argumentos travados, favoráveis ou contrários às cortes e aos parlamentos. Portanto, o Ministério Público pode utilizar os meios processuais e extraprocessuais de que dispõe a fim de estimular o fórum de princípio (cortes) ou o fórum de utilidade (parlamentos, *policies*). Assim, resta claro que a participação na interpretação constitucional não deve estar adstrita apenas à Corte ou ao Parlamento, cabendo a outros poderes e instituições constitucionais a tarefa não só da concretização das normas constitucionais, mas também da concretização dos direitos humanos sociais, em especial, por meio de políticas públicas.

Com efeito, as críticas ferrenhas contra cortes e parlamentos acabaram por permitir o desenvolvimento de teorias dialógicas, que prescindem da supremacia e evidenciam a possibilidade de o Ministério Público ser um ator no fórum de princípio (moralidade) e de utilidades (política) ou democrático. Assim, ainda que caibam muitas críticas ao Ministério Público, como órgão burocrático, elas perdem sentido, quando não se defende qualquer tipo de superioridade ministerial na concretização das normas internacionais e constitucionais que versem sobre direitos humanos sociais. Defende-se, antes, o Ministério Público como um

órgão parceiro na construção coordenada em busca da finalidade concretizadora por meio de acordo político firmado em procedimento dialógico.

Nesse prisma, quando se faz uso do raciocínio gradualista, os argumentos contra a supremacia judicial ou parlamentar evidenciam o grau em que os ideais supremos polarizados entre Corte e Parlamento são falhos, enquanto as razões a favor de tais supremacias mostram o quanto as preferências legislativas e judiciais são virtuosas, de tal sorte que é possível verificar, nas concretizações constitucionais, que as assertivas prós e contras podem ser acolhidas ou rejeitadas em certa medida, conclusão suficiente para não aceitá-las como suficientes para embasar a participação dialógica na concretização dos direitos humanos. O raciocínio gradualista também permite que outra instituição, como o Ministério Público, possa atuar nessas funções constitucionais e testar em que grau ou medida tais atuações podem ou não ser boas ou ruins, o que enseja um ponto de ajuste ou medida para alcançar a contínua e gradual concretização dos direitos sociais.

É claro que tanto as razões que apoiam, quanto as que criticam a supremacia judicial ou parlamentar mostram-se acertadas em certo grau e permitem que se avaliem em que medida o raciocínio das virtudes parlamentares e judiciais (defendidas como superioridade) é ou não é democrático ou contramajoritário na proteção dos direitos humanos, ou o quanto ele se aproxima de um ideal de constitucionalismo democrático. Assim, pode-se admitir o Ministério Público como mais um ator político e intérprete constitucional, sem abrir mão dos argumentos que defendem e atacam as virtudes legislativas e judiciárias dentro do ideal do constitucionalismo democrático.

Essas são possibilidades de mitigar a supremacia judicial ou parlamentar e de valorizar o diálogo entre os poderes, sem a supremacia de um sobre o outro na medida em que a opinião ou a interpretação do Judiciário não é vinculante, e o Parlamento não desconsidera por completo a decisão da Corte. Essas considerações trazem elementos suficientes para examinar as teorias do diálogo e abordar as que fundamentam a atuação ministerial em políticas públicas ou em medidas de concreção dos direitos humanos.

#### 4.3 FUNDAMENTO TEÓRICO DA LEGITIMAÇÃO PROCEDIMENTAL E SUBSTANCIAL DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Complementando as críticas às teorias da supremacia judicial ou legislativa, as teorias do diálogo explicam bem a relação dialógica entre cortes e parlamentos. Por isso, aqui se apresentam inicialmente as teorias do diálogo entre esses dois ramos de governo ou poderes

constituídos, para depois examinar aquelas que defendem o diálogo extraprocessual ou que podem ser a ele adaptadas.

Debatidos os principais argumentos contra as teorias da supremacia judicial e legislativa, pretende-se abordar as teorias do diálogo como mais um argumento contra a ideia de um poder supremo na interpretação constitucional, para depois demonstrar que a inserção ministerial nas teorias dialógicas representa mais uma opção de discussão no fórum de princípio e no fórum de utilidade sem a ideia de poder único ou supremo e sem considerar os parlamentos e as cortes. De fato, a tese evidencia a possibilidade de utilização da teoria do diálogo institucional da construção coordenada dos significados ou concretizações constitucionais e da teoria da parceria institucional, que é uma espécie de construção coordenada (MENDES, 2011, p. 156) ao Ministério Público, bem como evidencia a viabilidade de adaptação da teoria da rodada procedimental e da última palavra provisória, que é uma teoria dialógica entre cortes e parlamentos, às teorias do diálogo institucionais extraprocessuais.

O certo é que se constata a existência de muita racionalidade em todos os argumentos, visto que não se pode negar ou aceitar por completo tudo o que é favorável ou contrário à supremacia legislativa ou à supremacia judicial, até porque neste último grupo de argumentos é a própria Corte que se auto-intitula suprema. Importa, então, buscar novas formas de abordar a questão para dar respostas racionalmente melhores aos argumentos contrários à supremacia, sem abrir mão da legitimidade moral e democrática dos poderes constituídos na concretização dos direitos humanos.

#### **4.3.1 As teorias do diálogo institucional, especialmente entre Corte e Parlamento, e a quebra do mito da superioridade parlamentar ou judicial**

Países de supremacia parlamentar, como Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, têm adotado técnicas de mitigação da supremacia legislativa, enquanto outros, como Estados Unidos e Brasil, adotam a supremacia judicial, embora as decisões da Corte tenham sofrido duras críticas de natureza moral e democrática. Daí a necessidade de mitigarem a supremacia judicial e de caminharem rumo a uma teoria prática que permita a articulação argumentativa entre razões moralmente corretas, sustentadas por atores políticos que respeitem a democracia – ou porque atendem formal ou substancialmente à democracia direta ou indireta, ou porque são responsáveis pela defesa do interesse público ou coletivo e das demandas sociais.

Em meio a essas discussões, as teorias do diálogo firmam-se como uma proposta de superar o *deficit* democrático das cortes e o *deficit* moral dos parlamentos, pois permitem a ambos os poderes – apesar da vocação de cada um (princípio para a Corte e política para o Parlamento) – dialogar sobre a melhor interpretação constitucional, a melhor forma de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, e a melhor formulação, o melhor planejamento, a melhor execução e o melhor controle das políticas públicas que concretizam tais direitos.

Obviamente que o ideal é a harmonização entre duas tensões, de forma a garantir a mais ampla participação institucional, social e da opinião pública, sem cair num indeterminismo ou sem sair da teoria da decisão das questões de princípios e de utilidades colocados à prova, segundo as normas de direitos humanos.

O diálogo representa igualdade, respeito mútuo e reciprocidade, numa relação horizontal e não vertical, apesar de se conceber um intérprete supremo, que pode ser a Corte, visto que ser supremo não quer dizer ser o único intérprete (WHITTINGTON, 2001b, p. 780-781). Com o diálogo, é possível não só mitigar a supremacia, como também utilizá-la sem que isso represente peremptoriamente a falta de competência ou de legitimidade de outros intérpretes dos direitos humanos. O raciocínio gradualista nega os extremos como únicas opções, permitindo a convivência de ideias que, supostamente, seriam excludentes.

A doutrina propõe diferentes classificações para as teorias do diálogo. Uma delas leva em consideração uma tipologia do diálogo constitucional, descrevendo as teorias das mais prescritivas às mais positivas para demonstrar qual é a mais bem-sucedida normativamente.

As teorias prescritivas baseiam-se em técnicas conscientes de estímulo e de encorajamento, por parte do Judiciário, do debate constitucional mais amplo. São denominadas “teorias centradas no método judicial”. As positivas, ao contrário das prescritivas, levam em consideração a dinâmica preexistente do sistema constitucional. Nessas teorias, denominadas “teorias estruturais do diálogo” (BATEUP, 2006, p. 1122-1173), o próprio sistema propõe instrumentos e procedimentos para que ocorra o diálogo institucional.

A outra classificação leva em consideração o caráter **endógeno** ou **exógeno** do diálogo. No primeiro tipo, o diálogo origina-se no interior da decisão, levando em consideração a participação do legislador no diálogo pela via indireta, com quem a Corte dialoga por meio das razões acessórias ou pelas informações preambulares, sem a participação direta do Parlamento. No segundo tipo, o diálogo é menos dependente da postura de cada instituição e mais vinculado ao desenho institucional ou sistemático inserido na Constituição,

como produto necessário à separação de poderes (*rectius*: divisão das funções estatais entre os poderes constituídos) (MENDES, 2011, p. 107). As duas classificações têm fortes pontos de contato, pois ambas consideram o aspecto prescritivo ou interno das instituições ou da estrutura deliberativa ou decisional e o desenho ou sistema constitucional das instituições segundo o princípio do compartilhamento coordenado de funções estatais entre os poderes.

Na teoria do diálogo endógeno, são mobilizadas as virtudes passivas e ativas da Corte. As virtudes passivas têm a Corte como propulsora, catalizadora e supervisora do processo político, e as virtudes ativas têm a Corte como reagente e diretora.

Há teorias que se valem das virtudes passivas. É o caso da evasão pura e simples (Bickel)<sup>123</sup> e da interferência mínima (Sunstein)<sup>124</sup>. Há teorias que usam as virtudes ativas: o envio de recados e conselhos (Katyal)<sup>125</sup>; a imposição de linguagem para o diálogo por meio

---

<sup>123</sup> Nessa teoria que usa as virtudes passivas, a Corte decide não decidir a fim de esperar e estimular o processo deliberativo, deixando a questão de princípio amadurecendo e sendo testada pela experiência (BICKEL, 1962, p. 72 e p. 192; MENDES, 2011, p. 110 e p. 114). A Corte só deve decidir quando esgotados os recursos de produção do diálogo e outras possibilidades e diante de um juiz prudencial, restando as seguintes possibilidades de decisão judicial: 1) quando há *expertise* especial; 2) quando há informação e conhecimento confiável; 3) quando o senso político diz que é necessário, pois do contrário a Corte é capaz apenas de uma tentativa provisória. Para Bickel (1962, p. 187-189), a Corte não é um animal meramente ideológico, é um animal político porque precisa exercer a prudência, calcular como a decisão vai ser recebida pela opinião pública e fazer um prognóstico. Assim, a participação da Corte deve ir além de registrar as opiniões do presente, a fim de aplicar o direito e proteger a sociedade contra suas fraquezas e vicissitudes, liderar a agenda pública sobre temas amortecidos, apontar horizontes para o futuro e provocar reações (BICKEL, 1962, p. 199 e p. 239, 2011, p. 117). O principal desafio dessa teoria é saber como lidar com essa técnica quando utilizada de forma errada, pois nesse caso a Corte impede o debate, o controle, a crítica e permanece no conforto das escolhas subterrâneas (MENDES, 2011, p. 110-118). Ademais, o elevado grau de indeterminação na atuação da Corte no que se refere à *expertise* especial, à informação e ao conhecimento confiável e à necessidade do senso político do Judiciário, deixa a Corte com elevada dose de discricionariedade, deixando ao alvedrio dos seus membros muito espaço para exercer a virtude passiva ou ativa, embora a teoria se incline pela virtude passiva.

<sup>124</sup> Cass Sunstein (2001) desenvolveu a teoria do acordo teórico incompleto (ATI), segundo a qual a Corte deixa coisas não decididas, fazendo uso construtivo do silêncio e preferindo examinar as particularidades do caso para definir, por meio de analogia e de casos hipotéticos, qual a melhor estratégia em questões complexas, marcadas pela falta de informação, de circunstâncias ou de incerteza moral, o que reduziria o ônus do erro judicial, favoreceria novos debates e enriqueceria a democracia deliberativa. Essa posição intermediária defende a **atuação judicial maximalista** em algumas situações: 1) quando o juiz tem considerável confiança no mérito da solução; 2) quando a solução pode reduzir o custo da incerteza para cortes e litigantes futuros; 3) quando o planejamento for importante; 4) quando é preciso lidar com precondições da democracia ou criar incentivos que tornem mais provável a prestação de contas das instituições eleitas (*accountability*). Isso sem esquecer a **atuação judicial minimalista**, que é defendida em quatro situações: 1) quando o caso envolve grande incerteza factual ou moral; 2) quando uma solução pode ter riscos de confundir casos futuros; 3) quando a necessidade de planejamento não é permanente; 4) quando as precondições da democracia não estão em jogo. A diferença entre o minimalismo e o maximalismo é de grau e não de tipo, pois ambos visam o diálogo e a democracia (SUNSTEIN, 2001, p. 57). Essa teoria representa uma posição intermediária em relação à de Bickel – decidir não decidir – e aos maximalistas – decidir tudo o que puder ser decidido (MENDES, 2011, p. 122). Porém a teoria é criticada por diminuir a responsabilidade judicial e a capacidade que as cortes têm de conferir as justificativas para as melhores respostas constitucionais (BATEUP, 2006, p. 1133-1135), além de enfrentar as mesmas críticas de indefinições na atuação da Corte sofridas pela teoria de Bickel.

<sup>125</sup> Para Katyal (1997, p. 1710), o silêncio e a inação não são as únicas alternativas de diálogo institucional, pois a Corte pode ser mais proativa, aconselhando e mandando recados por meio de suas decisões. O conselho é dado por meio do *obiter dicta* e não pela *ratio decidendi*, visto que aquele tem maior flexibilidade e não é vinculante, fazendo-se os conselhos quando valida e invalida normas, bem como por meio das virtudes passivas (KATYAL,

da proporcionalidade (Alec Stone)<sup>126</sup>; a determinação de clareza dos valores constitucionais e a identificação dos atores responsáveis pela concretização de determinada política pública (Coenen) e a segunda oportunidade para que o Legislativo aprecie melhor a norma (Calabresi)<sup>127</sup>. Um último tipo de teoria utiliza as virtudes passivas e ativas: é a que confere

---

1997, p. 1712-1714 e p. 1716). Na Alemanha, a Corte oferece conselho quando invalida a lei e indica a forma de correção, quando não invalida, mas confere o prazo para corrigir, e quando declara a incompatibilidade da lei, mas não invalida por ser politicamente inconveniente (MENDES, 2011, p. 125-127). A crítica define essa teoria como ativista porque deseja que a Corte ajude ou aconselhe o legislador a interpretar a Constituição, o que não se enquadraria na concepção de diálogo, mas reforçaria a ideia de que os ramos políticos devem seguir o que as cortes dizem (BATEUP, 2006, p. 1125-1127). Essa teoria pode ter aplicação ao Ministério Público, por meio de vários instrumentos, como é o caso da recomendação: o Ministério Público indica claramente sua interpretação ou especificação quando se preocupa com os questionamentos de forma, prazo, local, cominações etc. acerca da concretização de um determinado direito humano. Isso ocorreu no caso Alepa, quando o Ministério Público recomendou, de forma preventiva, a não aprovação de instrumento legislativo que seria inconstitucional à luz do entendimento do STF, por tentar tornar estáveis servidores que ingressaram no serviço público sem atender à regra do concurso. A teoria tem de ser adaptada à atuação ministerial, que não precisa utilizar as razões acessórias ou colaterais de uma decisão, sendo o aconselhamento o objeto direto da própria recomendação.

<sup>126</sup> Para essa teoria, a proporcionalidade na interpretação constitucional corresponde a uma estrutura de análise para racionalizar o exame sobre a validade de restrições aos direitos fundamentais, pois o juiz induz os outros poderes a pensar com base na proporcionalidade, cria uma linguagem comum de comunicação entre os poderes, e o Parlamento pode persuadir a Corte da validade dos seus atos (MENDES, 2011, p. 127-128; STONE-SWEET; MATHEWS, 2008, p. 4, p. 37 e p. 61). A crítica a essa teoria surge da suposta inadequação dessa técnica às atividades parlamentares, visto que foi criada para atuação judicial e análise de caso concreto, e não de norma em abstrato; mas a ponderação e a proporcionalidade podem ser objeto de decisões judiciais, administrativas e parlamentares, visto que a técnica não é exclusivamente judicial, apesar de ter sido pensada originariamente para essa atividade. Essa teoria do diálogo também tem aplicação ministerial como forma de dialogar sobre os conflitos constitucionais, pois as razões discutidas e as deliberações dialógicas tomadas em rodadas procedimentais levam em consideração essa técnica de apreciação do aspecto moral das deliberações.

<sup>127</sup> De acordo com essa teoria, denominada “regras centradas no processo”, a Corte pode obrigar os poderes a esclarecer ou a fazer a determinação dos valores constitucionais substantivos que não estejam claros nas leis ou nos julgamentos políticos e dos atores que devem ser responsáveis pela concretização de determinada política, que implique valores constitucionais (BATEUP, 2006, p. 1128; COENEN, 2001, p. 1773-1805 e p. 1866-1869). O Legislativo também pode fazer o “segundo olhar” (*second-look*), que seria a oportunidade de reforçar ou de confirmar as leis que, segundo avaliação judicial, tenham sido propostas com pressa e com pouca deliberação, para que possam alcançar o processo final de aprovação, mas a palavra final é a legislativa. Esse é um tipo de proposta de revisão judicial sugerido como alternativa às ideias de supremacia judicial ou legislativa. Guido Calabresi apresenta quatro tipos de controle de constitucionalidade: a supremacia judicial (tipo I); a atuação judicial em algumas hipóteses específicas (tipo II); a atuação judicial para o segundo olhar do parlamento (tipo III); a supremacia parlamentar, em que a Corte indica a inconstitucionalidade, mas depende do Parlamento (tipo IV). Como tipos intermediários e pouco conhecidos historicamente, há uma revisão judicial que confere à Corte a autoridade apenas para invalidar atos governamentais que violem princípios antidiscriminação (tipo II) e um outro tipo de controle de constitucionalidade que devolve a matéria para reconsideração da autoridade que a editou (*second-look* ou tipo III) (BATEUP, 2006, p. 1129; CALABRESI, 1991, p. 86-109). A crítica a essas teorias tem fundamento na ausência de determinação e de clareza da forma com que as regras centradas no processo devem interagir com as regras centradas na substância. Essa teoria tem melhor aplicabilidade ao órgão ministerial, que, fazendo uso do diálogo direto, pode participar da concretização dos direitos sociais objeto de conflitos constitucionais, por meio de acordo político viabilizado pela autonomia constitucional ministerial. Assim, o esclarecimento dos valores constitucionais que não estejam claros nas leis e a definição do ator responsável pela concretização de determinada política que verse sobre valores constitucionais ou internacionais substanciais podem ser definidos no processo dialógico de concretização das normas, por meio de TAC (ou melhor, acordo de concretização de direitos humanos), recomendação, audiência pública etc. A ressalva que se faz é que a preocupação da teoria só alcança os questionamentos sobre “o que” e “quem” decide, sendo omissa quanto aos outros questionamentos, o que se busca atender na teoria apresentada nesta tese.

legitimidade a ambos os poderes em igualdade de condições, considerando as rodadas procedimentais e a última palavra provisória (Mendes)<sup>128</sup>.

Para a doutrina que adota o método judicial (prescritiva) e a estrutura do diálogo (positiva) como critérios de categorização, a classificação é diferente. Dentre as teorias do método judicial, destacam-se as mencionadas na classificação anterior<sup>129</sup>.

As teorias da estrutura do diálogo abrangem as teorias da construção coordenada e compartilhada do significado constitucional entre os vários ramos do governo (Whittington)<sup>130</sup> e as teorias do princípio judicial. As teorias do princípio judicial compreendem:

---

<sup>128</sup> Partindo da premissa de que o diálogo é inevitável ao longo do tempo, propõe-se que a Corte possa modular a intervenção (virtude ativa) e a contenção (virtude passiva) a depender do desempenho do Parlamento, variando entre o minimalismo e o maximalismo, permitindo uma função complementar à competição e outra função reativa para fazer o Parlamento revisar eventuais contradições derivadas de seus atos ou ir além de mero suplemento, pois a legitimidade política é abordada sob o ângulo competitivo da interação, para maximizar os respectivos desempenhos deliberativos e não se define *a priori*, mas depende dos resultados com interação (*ex post*). Nesse contexto, a Corte exerceria as virtudes ativas na omissão do legislador no atendimento de deveres constitucionais, no ativismo legislativo sem grande consistência deliberativa e na declaração de inconstitucionalidade de uma lei antiga aprovada por gerações anteriores. Já as virtudes passivas seriam exercidas no ativismo parlamentar de alto desempenho legislativo, embora essa conclusão seja prematura. Assim, pode-se, a qualquer momento, abrir uma nova rodada procedimental e, quando se chegar a uma decisão, ela vale como última palavra provisória, até que se instaure e se encerre uma nova rodada procedimental. A questão é saber quem tem a última palavra provisória, se a Corte ou o Parlamento. Mas, mesmo que seja a Corte, o Parlamento pode sempre reiniciar a discussão (ou melhor, o diálogo indireto), sendo garantida a prevalência da última palavra provisória, enquanto durar (MENDES, 2011, p. 204-207). Com as adaptações necessárias, essa teoria aplica-se à atuação ministerial em políticas públicas por meio do diálogo, pois, a cada rodada procedimental, a decisão tomada de forma acordada é válida e torna-se a última palavra provisória. Isso se deu em todos os casos apresentados, conforme se pode verificar, por exemplo, nos casos Alepa e Lixão do Aurá, em que, após a rodada procedimental dialógica, começaram outras de natureza judicial.

<sup>129</sup> Haveria: a) os conselhos judiciais (Katyal); b) as regras centradas no processo, que incluem as teorias da clareza dos valores constitucionais e dos responsáveis pela concretização (Coenen) e a segunda oportunidade para que o Legislativo aprecie melhor a norma (*second look*) (Calabresi); c) o minimalismo judicial, que inclui as teorias das virtudes passivas da evasão pura e simples (Bickel) e da interferência mínima (Sunstein).

<sup>130</sup> A teoria defende que a construção da interpretação constitucional é uma tarefa coordenada e compartilhada por todos os ramos do governo. Cada ramo do governo interpreta a Constituição de acordo com sua função. O problema é identificar quais as áreas específicas de cada ramo que poderiam interpretar qual parte da Constituição. Além disso, é preciso determinar se a decisão teria *status* definitivo ou não, pois, sem essa definição, a interpretação seria uma anarquia. Ademais, a independência interpretativa levaria a problemas relacionados à “separação de poderes” nos Estados Unidos (*checks and balances*), que não teriam essa estrutura lógica. A teoria altera-se mais recentemente no sentido de que todos os ramos devem convergir dialogicamente na interpretação constitucional. Não é anarquia interpretativa, na medida em que cada poder controla o outro. A Corte discorda da interpretação do Legislativo por meio do controle de constitucionalidade; e o Legislativo discorda da Corte por meio de sua própria interpretação da Constituição. Portanto, como estão abertas ao escrutínio dos outros poderes, decisões judiciais não seriam definitivas (BATEUP, 2006, p. 1137-1138). Keith Whittington também defende essa teoria na obra *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*. *North Carolina Law Review* (WHITTINGTON, 2001). Essa é uma das teorias que têm maior aplicação ao diálogo institucional do Ministério Público, visto que traz a possibilidade de atuação dialógica extraprocessual, bem como fundamenta e legitima todos os casos em que o Ministério Público, por meio da autonomia constitucional, concretizou normas constitucionais e internacionais, cujo conteúdo era de direitos humanos, em especial, os econômicos, sociais e culturais. Assim, por essa teoria, todos os acordos e recomendações exaradas com e pelo Ministério Público têm validade como foro de princípios e de utilidade, conferindo legitimidade gradual ao órgão ministerial de ordem substancial e procedimental, consoante se demonstrará.

- a) as teorias dos controles de princípio e políticos sobre a Corte, segundo as quais a Corte desenvolve a capacidade institucional para questões de princípios de forma pedagógica, com orientações para o futuro<sup>131</sup>;
- b) as teorias da articulação legislativa e principiológica da política, para as quais o Parlamento deve respeitar as questões de princípios decididas pelo Judiciário, mas o legislador pode dialogar para garantir suas políticas<sup>132</sup>;
- c) a teoria do equilíbrio, que defende a possibilidade de se alcançar um equilíbrio estável sobre o significado constitucional entre as instituições e a opinião popular (Friedman)<sup>133</sup>;

<sup>131</sup> Essa teoria é uma nova versão ou uma evolução da virtude passiva. Defende as capacidades institucionais do Judiciário para questões de princípio, mas de forma apenas pedagógica, orientando discussões de princípios para o futuro; mas, quando a questão for muito sensível e a decisão da Corte repercutir de maneira problemática na sociedade, a Corte deve agir de maneira passiva, sendo Bickel (1962) um dos primeiros a defender. Um dos meios de evitar essa situação de inércia é a provocação dos outros ramos do poder. Outra crítica que se formula a essa teoria atualmente é a possibilidade de a função pedagógica poder equivocar-se na construção principiológica, mas esse possível erro judicial deve ser corrigido pelos poderes políticos de várias formas: limitando a competência da Suprema Corte (reformas legislativas e constitucionais), reeditando lei declarada inconstitucional, regulamentando a decisão de forma limitadora, para restringir seus efeitos, as emendas constitucionais, as indicações para a Corte etc. (PERRY, 1982 e 2003). Dessa forma, tais mecanismos institucionais permitiriam que o Judiciário iniciasse um diálogo permanente, visto que sua decisão não seria a final. O processo lógico dar-se-ia, então, da seguinte maneira: inicialmente, os poderes políticos formulam uma política pública; o Judiciário, posteriormente, fiscaliza se tal política se baseia ou não em princípios. Caso não concorde com uma decisão denegatória da política, os poderes podem lançar mão dos mecanismos de controle para incitar o debate. O problema democrático é contornado pelo controle, por parte dos outros poderes, das decisões judiciais, além de demonstrar a contribuição especial do Judiciário (BATEUP, 2006, p. 1144-1147). As críticas à teoria baseiam-se na dubiedade das competências institucionais, sem focar as interações, e na presunção da melhor aptidão judicial empírica para questões de princípios, bem como na ideia contraditória de submissão do Judiciário ao Parlamento, uma vez que aquele é superior para as questões de princípios e, se essa superioridade for constatada, não há diálogo, mas apenas deferência do legislador ao Judiciário (BATEUP, 2006, p. 1149-1150). Como essa teoria tem virtude passiva, a sua aplicação ministerial é diminuta, pois o princípio inquisitivo e a natureza política dos membros do *Parquet* permitem uma atuação mais ativa e pouco ou quase nada inerte.

<sup>132</sup> A teoria defende a existência do diálogo quando o Legislativo respeita as decisões das cortes baseadas em princípios, mas permite ao legislador articular de que forma suas políticas sejam garantidas. Assim, o Judiciário começa o diálogo ao introduzir compreensões principiológicas na discussão persuasiva para a interpretação constitucional e o legislador pode argumentar que alguns limites impostos pelas cortes podem ser repensados, dadas algumas circunstâncias. Dito de outra forma, enquanto a Corte envolve o Legislativo em relação a questões de princípios, o legislador envolve a Corte em relação à forma como os objetivos da política podem ser mais bem alcançados e aos limites sobre direitos que podem ser necessários em alguns contextos particulares. Essa concepção considera a habilidade das cortes para decidir com base em princípios, ainda que considere que nem sempre as cortes decidam da melhor forma (HOGG, BUSHELL, 1999a; ROACH, 2001). As críticas a essa teoria são a defesa do Judiciário como principal ator nas considerações negativas do Legislativo e do ideal judiciário, visto que a interpretação autônoma dos direitos humanos sociais por parte dos atores políticos é ainda bastante acanhada, passiva ou reativa. Caso o papel principal seja do Judiciário e esteja em jogo a justificação principiológica de sua decisão, diminui-se o espaço do balanceamento que pode ser tarefa do legislador (BATEUP, 2006, p. 1151-1156). Essa teoria mostra-se pouco aplicável ao diálogo institucional extraprocessual do Ministério Público, salvo a indicação das interpretações principiológicas trazidas pelo órgão ministerial em seus procedimentos, acordos, recomendações etc.

<sup>133</sup> Para essa teoria, as decisões da Corte e o controle de constitucionalidade precisam de certa margem de aceitação ou apoio popular, mesmo que algumas decisões tenham certos desacordos, pelo simples fato de que não há congruência perfeita entre dita opinião popular e as decisões judiciais. Porém, a total falta de apoio popular não assegura a efetividade do controle de constitucionalidade, pois não há como manter uma instituição

- d) as teorias da parceria, que levam em consideração a interpretação que cada instituição de governo pode dar aos valores constitucionais, com aprendizado mútuo para melhorar a interpretação e a concretização das normas constitucionais (Hiebert)<sup>134</sup>.

#### **4.3.2 As teorias do diálogo institucional e as premissas iniciais de impossibilidade de a Corte ser o único intérprete**

As teorias do diálogo têm ampla aplicação e vários sentidos em diferentes ramos do direito, além de contar com muitas experiências empíricas mundiais. Essas teorias buscam atribuir uma série de sentidos ao diálogo judicial e extraprocessual e concebem o exercício da jurisdição como parte de um diálogo, e não como um ato dotado de autoridade, o qual soluciona um conflito e deve ser respeitado. Esse problema tem sido identificado em diferentes países (Canadá, EUA, Israel, Reino Unido, Austrália) e também no âmbito do direito internacional. Assim, sob efeito da globalização, os diálogos atravessam fronteiras e as pessoas desenvolvem uma vontade de aprender com os demais<sup>135</sup>.

O diálogo institucional ou constitucional passou a ser debatido fortemente no âmbito prático e teórico, mais especificamente com a experiência canadense. A Carta canadense (Seções 1 e 33) prevê a possibilidade de limitar os direitos de maneira razoável, por meio do diálogo. De acordo com a Seção 1 da Constituição canadense, o Parlamento deve explicar à Corte as razões e justificativas para restringir direitos, esclarecendo que o fez de maneira

---

ou função sem o mínimo de apoio popular (FRIEDMAN, 1993, p. 132-135). Essa teoria, apesar de muito próxima das teorias que legitimam a atuação ministerial (construção coordenada e da parceria), vai ser analisada nesta tese em menor proporção, pela simples razão de que a teoria do equilíbrio não é incompatível com a teoria da parceria, e esta não nega o apoio popular, conforme se abordará adiante.

<sup>134</sup> Essa teoria leva em conta as contribuições que cada ramo do governo pode oferecer à interpretação constitucional, cada um aprendendo com as contribuições específicas do outro, relacionadas com sua especificidade e perspectiva institucional. O ponto central dessa teoria reside na possibilidade de os advogados públicos e o Ministério da Justiça participarem da formulação de políticas públicas, com a sugestão do que poderia ser possivelmente questionado pela Corte ou a apresentação de boas razões jurídicas, por meio de uma declaração que explicasse a racionalidade, o mérito e os efeitos da proposta legislativa, para que os objetivos legislativos sejam seguidos. Isso limita, porém, direitos, pois os advogados públicos têm habilidade para avaliar a probabilidade de ocorrência de problemas constitucionais à luz da jurisprudência da Suprema Corte, caso haja dificuldade em defender a política na Corte (HIEBERT, 1996, p. 122, 2002, p. 52-72). Essa teoria será abordada mais detalhadamente adiante, dada sua importância para a legitimação substancial e procedimental do órgão ministerial e para o diálogo institucional de especificação e de concretização de normas constitucionais que tratam de direitos humanos sociais.

<sup>135</sup> No âmbito do direito internacional, algumas formas relacionais podem ser mais bem compreendidas pelo diálogo indireto, uma vez que se desenvolvem por meio de discursos normativos e de negociações, mais do que por meio de processos hierárquicos de exercício da jurisdição e de cumprimento das leis. A ideia da jurisdição como parte de um diálogo contínuo sobre o tratamento dos direitos ajusta-se ao mundo globalizado, em que a autoridade encontra-se “desagregada” e as sentenças são o princípio de um processo contínuo de autorreflexão crítica e de diálogo, e não uma ordem final que deve ser respeitada sem questionamentos (ROACH, 2005, p. 535-539).

necessária e proporcional (ROACH, 2005, p. 541-543). A Seção 33 permite ao legislador federal ou de província limitar por lei qualquer direito garantido pela Carta, desde que os limites sejam estabelecidos com base em um conjunto de justificativas, testadas pela legitimidade, pela racionalidade – razoabilidade, necessidade e proporcionalidade. Ressalte-se que esse limite é temporal, de no máximo cinco anos, apesar de poder ser prorrogado (TREMBLAY, 2005, p. 618)<sup>136</sup>. A Suprema Corte canadense reconhece que as cláusulas limitadoras levam a um diálogo contínuo entre cortes e parlamentos sobre o sentido e a interpretação dos direitos ou a uma sequência legislativa<sup>137</sup>.

Estudo empírico de 15 anos de declaração de inconstitucionalidade no Canadá mostra que, apesar da previsão constitucional da Seção 33, o Parlamento respondeu às decisões da Corte por meio de uma sequência legislativa imediata. Logo, houve reação parlamentar ao diálogo; o silêncio legislativo foi a exceção e a intensificação de uma interação argumentativa, a regra (MENDES, 2011, p. 150). Com o diálogo, evitam-se os extremos da supremacia judicial ou legislativa, a democracia torna-se mais consciente, autocrítica e real. O maior perigo é o ativismo legislativo e não o judicial. Cabe lembrar que as teorias do diálogo não fornecem respostas certas para casos difíceis de interpretação, mas viabilizam o processo no qual todos participam da busca dessas respostas, o que leva o Parlamento a assumir a responsabilidade pela política e a apresentar justificativas aceitáveis para qualquer restrição a um direito, apesar da prevalência de suas decisões (ROACH, 2001, p. 236)<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Por outras palavras: de acordo com a Seção 1 da Carta canadense, a Corte considera inválido o meio de alcançar um objetivo legislativo válido; segundo a Seção 33, a Corte considera inconstitucional o próprio objetivo perseguido pela lei. No primeiro caso, se o Parlamento quiser reagir à decisão judicial, tem de aprovar lei que persiga o objetivo da lei declarada inconstitucional de forma compatível com a interpretação fornecida pela Corte. No segundo caso, a finalidade do Parlamento é reverter a decisão judicial que declarou inconstitucional os objetivos da lei, com a utilização da cláusula de superação da decisão judicial (*override clause*) (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 93-95).

<sup>137</sup> Não se aprofundará a análise dessa teoria voltada, quase exclusivamente, para o diálogo entre Corte e Parlamento. Para aprofundar a contextualização empírica e teórica dessa teoria, consultar: Devins e Fisher (2004), Fisher (1988), Hiebert (1996, 2002, 2004), Hogg (2006), Mendes (2011) e Roach (2005). A experiência canadense também admite a participação de outras instituições no diálogo institucional, como a consulta à Corte pelo Poder Executivo, cuja decisão é desprovida de jurisdicionalidade, de efeito vinculante e de natureza substitutiva das vontades políticas envolvidas, apesar de envolver também a participação da Corte (HOGG, 2006).

<sup>138</sup> A principal crítica a essa teoria vem de Manfredi e Kelly (1999), para quem o Parlamento ouve mais a Corte do que dela discorda, o que evidencia a submissão do Parlamento à Corte, não havendo uma relação dialógica entre os dois poderes. Noutra perspectiva, os críticos apontam três defeitos na teoria do diálogo: 1) exagera a capacidade que o legislador tem de responder; 2) subestima a posição privilegiada das cortes, que se expressam na retórica jurídica, em detrimento do legislador, que se expressa na linguagem de limitação de direitos; 3) ignora a forma pobre pela qual os direitos têm impregnado o debate público, independentemente de qualquer diálogo. Janet Hiebert também critica nessa teoria o fato de atribuir à Corte um papel corretivo incompatível com o seu ideal de responsabilidades compartilhadas e de um governo por meio do debate, uma vez que a missão da Carta é impregnar a prática justificadora nos três poderes, ao invés de cair numa armadilha cínica e estreita – cínica por recusar qualquer valor moral às interpretações do Parlamento e estreita por restringir o significado da Constituição ao que a Corte estabelece, pois a Carta atribui a ambas as instituições *expertises* singulares que

Partindo da premissa inicial de que o Ministério Público é um poder governamental apto a participar da divisão de funções estatais entre os poderes, que tem a missão de concretizar as normas constitucionais e internacionais cujo objeto são os direitos humanos, apresentam-se primeiro as experiências empíricas e as teorias de outros países em que se permite o diálogo institucional entre Corte e Parlamento, como forma cabal de demonstrar que, em alguns países, as teorias que pregam a supremacia judicial ou parlamentar são inaplicáveis. Após essa apresentação, em um segundo momento, analisar-se-á a teoria de Barry Friedman (teoria do equilíbrio), como crítica das teorias dialógicas à ideia de supremacia, com a consequente demonstração empírica da impossibilidade de se defender a supremacia de um ramo de governo sobre o outro, enfocando-se especialmente as críticas à ideia de supremacia judicial. Em um terceiro momento, examinar-se-ão as teorias que defendem a participação de instituições não judiciais ou não parlamentares, como é o caso do órgão ministerial, que terão assento especial no pensamento de Janet Hiebert (teoria da parceria) e de Keith Whittington (teoria da construção coordenada), para depois recorrer ao pensamento de Conrado Mendes (teoria da rodada procedimental e última palavra provisória). Por último, desenvolver-se-ão as linhas teóricas para o Ministério Público com base nas teorias apresentadas.

Com efeito, para os fins da tese defendida, as teorias endógenas ou centradas no método judicial têm pouca aplicabilidade, pois versam sobre as consequências ou os diálogos decorrentes das atuações ou omissões jurisdicionais, enquanto a tese aqui proposta versa sobre o diálogo extraprocessual promovido especialmente pelo *Parquet* de acordo com a estrutura constitucional do direito brasileiro. Por isso, as teorias exógenas ou com base na estrutura do diálogo e as experiências empíricas de diálogo institucional mostram-se mais aplicáveis à concretização dos direitos humanos viabilizados por políticas públicas, que são definidas, formuladas, planejadas, concretizadas, realizadas ou executadas e até controladas no diálogo

---

precisam ser reconhecidas (HIEBERT, 1996, p. 121-125). Assim, o legislador não deve ter aversão ao risco de uma revisão judicial, visto que é parceiro na interpretação constitucional, mas deve, sim, participar de uma deliberação sincera e cuidadosa; caso a intervenção judicial ocorra, deve demonstrar que suas justificativas são conscientes e produto de deliberação transparente (MENDES, 2011, p. 152-154). Hogg e Bushell (1999b) responderam às críticas sobre a intenção legislativa, asseveram que a intervenção judicial não prejudica substancialmente a política pública; sobre a falta de diálogo genuíno, defende que o legislador pode responder à Corte e, se não o fizer, é porque a vontade democrática não é tão sólida; afirma que a discussão acerca do termo “diálogo” não tinha grande importância, pois a preocupação era com o fenômeno relacional demonstrado e as suas consequências para a legitimidade da Corte; retruca, finalmente, com outra pesquisa empírica para mostrar que a chave do diálogo é a sequência legislativa para atender às interpretações da Corte (MENDES, 2011, p. 155-157). Embora, empiricamente, as pesquisas evidenciem uma sequência legislativa de atenção às decisões da Corte, como bem alertaram os autores, a diferença em relação a Janet Hiebert era mais de grau do que de essência, pois eles concordam com a deferência legislativa, no que se refere à Seção 1 da Carta canadense (HOGG; BUSHELL; WRIGHT, 2007, p. 49). Como a teoria da parceria de Janet Hiebert será abordada mais adiante, fica aqui o registro apenas de que ambas as teorias têm uma visão dialógica.

institucional conduzido pelo Ministério Público. Essa concepção também revela a necessidade de adequação da teoria da rodada procedimental e da última palavra provisória ao campo extraprocessual.

No diálogo institucional, encontram-se algumas situações em que a própria Constituição ou a interpretação constitucional desenha algumas hipóteses de comunicação e de deliberação entre os poderes, representando um fenômeno exógeno, extraprocessual ou estranho à decisão judicial. Essas experiências são centradas e desenvolvidas em países como os Estados Unidos (doutrina contra a supremacia judicial)<sup>139</sup>, o Canadá (possibilidade de afastamento da apreciação judicial), o Reino Unido (experiência da declaração de incompatibilidade no controle de convencionalidade) e a Nova Zelândia (Parlamento detentor da última palavra – a lei não pode ser invalidada, mas a Corte controla o significado).

Para começar o processo de teorização da participação dialógica do Ministério Público, na estrutura da divisão das funções estatais entre os poderes, busca-se a concepção teórica classificada nas teorias exógenas que têm assento no debate canadense e estadunidense, sem deixar de lado outras classificações e concepções teóricas dessas nacionalidades ou desenvolvidas em outros países que são necessárias para a tese, no sentido de demonstrar a inserção do Ministério Público na estrutura constitucional brasileira da divisão das funções estatais entre os poderes constituídos para dialogar extraprocessualmente com os demais atores políticos com a finalidade de concretizar gradual e continuamente os direitos sociais.

#### **4.3.3 Críticas da teoria do diálogo à ideia de supremacia, especialmente a judicial, e a teoria do apoio popular para a interpretação constitucional**

Uma das teorias que criticam a ideia do intérprete único é a que evidencia a necessidade de apoio popular para as decisões da Corte. Assim essa teoria, denominada “constitucionalismo dialógico” ou “constitucionalismo popular moderado”, favorável ao diálogo, tem como principal defensor Barry Friedman, que desconstrói a ideia de que a lei (Parlamento) é sempre majoritária e de que a Corte é sempre contramajoritária, pois essas hipóteses são implausíveis e contrafactuais. Com isso, quebra-se, empiricamente, o mito da

---

<sup>139</sup> Nos Estados Unidos, destacam-se, além de outros, os seguintes autores: Dan T. Coenen (2001), Neal Devins e Louis Fisher (2004), Paul Dimond (1985), Louis Fisher (1988), Barry Friedman (1993), Ruth Bader Ginsburg (1992) e Michael J. Perry (2003). No Canadá, destacam-se: Peter W. Hogg e Allison A. Bushell (1997), Christopher P. Manfredi e James B. Kelly (1999), Christopher P. Manfredi (2001) e Kent Roach (2001, 2004).

regra de maioria e da última palavra (MENDES, 2011, p. 138-139). A doutrina também inclui essa teoria entre as denominadas “teorias do equilíbrio” (BATEUP, 2006, p. 1157).

A teoria do equilíbrio desmistifica, por meio de pesquisas empíricas, a ideia de supremacia judicial ou de que a Corte é contramajoritária, porque o Poder Judiciário precisa de aprovação popular, sem que essa aprovação represente a submissão da interpretação constitucional ao significado dado pela atual maioria. Caso houvesse essa submissão, os casos difíceis de concretização das normas constitucionais transformar-se-iam em política comum, mas essa situação não precisa ocorrer, pois pode haver um equilíbrio apropriado entre os dois polos em tensão: o controle judicial ao longo do tempo e o triunfo imediato da opinião popular (FRIEDMAN, 1993, p. 128-129).

Para essa teoria, as decisões da Corte e o controle de constitucionalidade precisam de certa margem de aceitação ou de apoio popular, mesmo que algumas decisões provoquem certos desacordos, pelo simples fato de que não há congruência perfeita entre a dita opinião popular e as decisões judiciais. Porém, a total falta de apoio popular não assegura a efetividade do controle de constitucionalidade, pois não há como manter uma instituição ou função sem o mínimo de apoio popular (FRIEDMAN, 1993, p. 132-135).

O Judiciário necessita de apoio popular para sobreviver a qualquer possível ataque empreendido pelos poderes políticos, independentemente dos argumentos para a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, que incluem a forma de recrutamento de juízes e a ideia de que o processo judicial representa o mecanismo mais importante para a opinião popular fazer-se sentir na Corte<sup>140</sup>. Deve-se observar que os juízes não vivem em um casulo, mas fazem parte deste mundo e estão sujeitos a todas as pressões que a vida oferece (FRIEDMAN, 1993, p. 136-138).

Friedman afirma que, enquanto houver desacordo, a deliberação política continuará a ocorrer, mesmo que a Corte diga que a última palavra é sua. Com isso, ele defende a existência, constatada empiricamente, de círculos concêntricos de influência no Judiciário em quatro níveis: dos outros juízes do colegiado, das instâncias inferiores do Judiciário, dos outros poderes (ou instituições, como é o caso do Ministério Público) e da opinião pública. Há um processo contínuo de idas e vindas, uma vez que os juízes são produto da sociedade em que vivem e são influenciados por ela, e a Corte é um participante ativo do debate. Por esse prisma, a motivação dos juízes seria o direito, os valores e ideologias pessoais; as funções da

---

<sup>140</sup> O exemplo mais claro disso foi o fracasso do plano de Franklin Roosevelt de nomear juízes extras para a Corte Suprema, como resposta às insistentes invalidações das medidas do *New Deal*, que tinham sido adotadas para ajudar os Estados Unidos a sair da grande depressão (FRIEDMAN, 1993, p. 137).

Corte, em círculos concêntricos de influência, seriam: coletar e sintetizar os argumentos, fazer escolhas, pautar a discussão e direcionar, catalisar, provocar e moderar o debate político (FRIEDMAN, 2005, p. 263).

Considerando-se o constitucionalismo popular mediado ou dialógico, observam-se três razões de mediação entre o controle de constitucionalidade e a opinião pública, por meio do diálogo institucional. Em primeiro lugar, os juízes não são eleitos, mas o controle popular existe, ainda que de forma indireta. Em segundo, o povo apoia a manutenção do sistema de controle judicial por meio de seus representantes eleitos. Em terceiro, a compreensão popular sobre o que os juízes fazem não vem só dos representantes eleitos, mas também de periódicos e de outras fontes de informação (FRIEDMAN, 1993, p. 139).

Na teoria do diálogo, os ramos do poder competem para promover o seu ideal interpretativo, mas essa concorrência não ocorre, pois as interações e os limites institucionais apenas permitem que se acomodem as visões de cada ramo por meio de barganha sobre o significado constitucional. O foco, entretanto, não está na existência de interpretações concorrentes, mas na forma com que os poderes aprendem a dialogar e a defender seus pontos de vista dentro de um espaço político preenchido por diferentes visões e limites institucionais (BATEUP, 2006, p. 1161).

Com base em experiências empíricas de apoio popular, Friedman chega à conclusão de que as críticas à existência da relação entre o controle judicial e a opinião pública são inapropriadas, e a afirmação de que os juízes invalidam leis majoritárias é um mito, o que evidencia que as decisões da Corte precisam, ainda que parcialmente, de apoio popular difuso ou específico<sup>141</sup>. A população, individual ou coletivamente considerada, não precisa necessariamente estar inteiramente satisfeita com o trabalho de suas instituições, visto que as tensões podem significar uma mudança na base política do povo, a tolerância de certo desacordo ou a aceitação pela opinião popular (FRIEDMAN, 1993, p. 140-141).

Outros pensadores chegam à mesma conclusão sobre o papel dos valores constitucionais da Corte, mas seus argumentos são históricos e culturais, diferentemente do argumento social e político de Friedman. A teoria confere um papel determinante ao Judiciário, uma vez que a Corte controla o conteúdo e a extensão do debate sobre direito constitucional ao criar uma membrana porosa sobre a interpretação constitucional, que, por vezes, pode endurecê-la, quando observar que reclames populares ameaçam a interpretação.

---

<sup>141</sup> A conclusão de que a corte é majoritária ou, não é tão contramajoritária o quanto se prega, também foi tirada de pesquisas empíricas de decisões finais em processo de controle concentrado do STF, que tinham como objeto atos do Congresso Nacional (POGREBINSCHI, 2011).

Por essa razão, a Corte deve agir de maneira contida (*self-restraint*). Todavia, tal abordagem é mais provável com assuntos de baixa repercussão nacional, visto que questões políticas sensíveis não permitem que a Corte controle a interpretação que será realizada pelos outros atores políticos (BATEUP, 2006, p. 1162-1163).

A teoria do equilíbrio tem três missões: apresentar um manifesto metodológico pela interação e pela colaboração interdisciplinar no estudo das cortes<sup>142</sup>; mostrar o papel singular de catalisador do diálogo que a corte desempenha<sup>143</sup> e verificar as implicações normativas dessa perspectiva mais realista<sup>144</sup> (MENDES, 2011, p. 146-147).

Uma das vantagens dessa teoria é a ampliação dos participantes do debate, incluindo a sociedade como um todo, sem focar apenas questões institucionais<sup>145</sup>. O papel da Corte, por sua vez, não é somente o de outra voz no debate, mas o de canalizar e de promover o debate na sociedade, permitindo, pela mediação, que se alcance o equilíbrio estável sobre a interpretação constitucional. Trata-se de algo positivo, pois demonstra que, normativamente, a Corte preocupa-se em alcançar interpretações socialmente mais aceitáveis e contundentes sobre o significado das normas constitucionais (BATEUP, 2006, p. 1163-1164). Essa positividade espalha-se a ponto de essas interpretações se tornarem também institucionalmente mais equilibradas e aceitáveis, fundamentando teoricamente a legitimação de outras instituições extrajudiciais.

Entretanto, a teoria também apresenta problemas, ao enfatizar a participação popular difusa na interpretação constitucional. Tal abordagem supostamente diminui a importância dos aspectos institucionais do diálogo. Porém, essa faceta dialógica é importante para determinar de que forma o diálogo ocorrerá entre os poderes. Ademais, consoante se verificará, a pluralidade de intérpretes constitucionais não torna o processo de concretização

---

<sup>142</sup> Essa missão sugere uma integração do direito à política e defende um caminho de duas mãos: o Judiciário aprendendo com as pesquisas empíricas sobre seu comportamento e com um juízo constitucional que está mergulhado num ambiente político; o direito sendo levado a sério e não agindo como se o Judiciário fosse mera extensão das instituições eleitas e agisse conforme as mesmas variáveis (MENDES, 2011, p. 146).

<sup>143</sup> No que se refere à segunda missão, as cortes raramente decidem contra a maioria e frequentemente operam em sintonia com a opinião pública, o que não impede que o processo seja sujeito a ciclos de convergências e divergências que seguem um ritmo diferente das instituições eleitas. Nesse sentido, a Corte é interlocutora e promotora de um diálogo entre a sociedade e as instituições eleitas e não atua livre de constrangimentos, que são derivados das teorias normativas da interpretação e de uma rede mais complexa de determinantes políticos do comportamento judicial (MENDES, 2011, p. 146).

<sup>144</sup> A terceira missão sinaliza o retorno à teoria normativa, ao defender a revisão judicial como uma opção valiosa para a legitimidade do regime, mas esse passo é ainda embrionário e vacilante (MENDES, 2011, p. 147).

<sup>145</sup> A tese foca questões institucionais que permitem a participação e a legitimação do Ministério Público na estrutura de poder estatal para dialogar acerca da concretização das normas constitucionais que versem sobre direitos humanos, mas tal foco é apenas para fins metodológicos, visto que a teoria aplicável ao Ministério Público não é incompatível com a teoria social; antes, complementa-a, reforça-a ou traz mais elementos de participação e legitimação, ainda que seja popular, quando atua na defesa do interesse público ou das demandas sociais.

das normas sobre direitos humanos sociais um processo anárquico ou difuso, a ponto de trazer confusão na efetividade dos direitos protegidos, visto que a pluralidade dialógica traz elementos de definição do conteúdo do direito e de determinação dos atores políticos responsáveis pela concretização, além de outros questionamentos.

A participação popular, que ainda necessita de meios para que a interação com a Corte seja facilitada, está diretamente ligada à noção de constituição como documento que incorpora as crenças e os valores mais profundos do povo, algo que está em constante alteração. A introdução dos direitos humanos como valores profundos da sociedade estabelece a necessidade de interpretações constitucionais baseadas no diálogo, em que a participação popular seja importante no debate de tais valores sociais incorporados à Constituição (BATEUP, 2006, p. 1165).

A outra vantagem da teoria do equilíbrio, além da importância das contribuições sociais, é permitir a interação e a coordenação entre os poderes e órgãos parceiros para a interpretação constitucional e ressaltar o papel de mediador (facilita e leva adiante) das cortes no diálogo. O fruto dessas discussões é sempre mais duradouro e estável. Porém, essa teoria isoladamente deixa de fora os assuntos impactantes na vida política e social, necessitando, portanto, de um complemento que enfoque os aspectos institucionais do diálogo. Esse complemento vem da teoria da construção coordenada dos significados constitucionais e da parceria, cada ator podendo ouvir o que seus parceiros têm a acrescentar no debate (contribuições relacionadas aos papéis institucionais e a determinadas perspectivas específicas), para que melhores respostas constitucionais sejam alcançadas.

Esse é um dos contextos em que a instituição do Ministério Público pode ser teoricamente defendida ou incluída, visto que abre a possibilidade de participação de outras instituições governamentais para expor as pressões políticas e sociais nos diálogos institucionais em círculos concêntricos de influência, além de trazer mais elementos de motivação e de concretização do direito, dos valores e ideologias pessoais, em procedimentos e instrumentos extraprocessuais, que permitem concretizar os direitos sociais viabilizados por políticas públicas. Obviamente que a adaptação requer alguns ajustes nessa teoria, pois a tese aqui defendida permite a concretização dos direitos humanos sem a participação da Corte, apesar de não excluir a tutela jurisdicional e legislativa diante de conflitos de interesses ou de interpretações na concretização de tais direitos.

As outras funções legislativas, que são muitas, possibilitam que algumas leis sejam editadas sem maiores considerações deliberativas mais profundas. Os juízes não sofrem pressão temporal e política e podem debruçar-se sobre os temas com mais tempo e atenção.

As pesquisas sobre o tema devem basear-se nas distintas funções institucionais que os ramos do governo desempenham e avaliar de que forma podem ser melhoradas (BATEUP, 2006, p. 1178-1179).

#### 4.4 TEORIAS DO DIÁLOGO PARA ALÉM DE CORTES E PARLAMENTOS

Apresentadas as críticas às ideias de supremacia judicial e parlamentar e as teorias do diálogo entre cortes e parlamentos, com os argumentos que permitem a superação das críticas a essas teorias, cabe examinar as teorias dialógicas que defendem a atuação de atores políticos não jurisdicionais, para, de forma racional, desenvolver uma teoria que possa incluir o Ministério Público na missão de concretização dos direitos humanos.

Assim, apesar da importância da teoria do equilíbrio, são as teorias da construção coordenada, da parceria e a adaptação da teoria da rodada procedimental que conferem mais fundamentos à participação do Ministério Público no diálogo institucional. À semelhança do Judiciário, a instituição tem a possibilidade de debruçar-se sobre os temas com mais tempo e atenção, na condução dos processos extraprocessuais, o que favorece o diálogo entre os legitimados coletivos ou constitucionais, o Estado e os violadores da ordem jurídica, por meio de audiências públicas, recomendações, acordos de concretização e outros instrumentos para a construção e a elaboração do significado constitucional e a concretização dos direitos humanos sociais, coletivos ou prestacionais.

##### **4.4.1 Teoria da parceria para a construção do significado constitucional: abertura para outros intérpretes constitucionais**

Apesar da importância da teoria do equilíbrio (constitucionalismo popular mediado) – que fulmina empiricamente a ideia de supremacia judicial juntamente com as demais críticas à supremacia e apesar de essa teoria atender parcialmente ao estudo aqui desenvolvido, porque aborda a participação de outras instituições nos círculos concêntricos –, as que mais fundamentam a participação do Ministério Público no processo do diálogo institucional, como asseverado, são as teorias da parceria e da construção coordenada e compartilhada do significado dos valores constitucionais, que focam as diferentes, mas igualmente importantes contribuições que cada ramo do governo pode oferecer na interpretação constitucional. Cada ramo aprende com as contribuições específicas do outro, relacionadas com sua especificidade

e natureza institucional, pois todos os ramos possuem a responsabilidade de fazer julgamentos baseados nos valores constitucionais (BATEUP, 2006, p. 1168).

No diálogo sobre o significado da Constituição, o Parlamento e a Corte podem exercitar de forma engajada sua modéstia para tirar suas próprias conclusões, ouvindo e aprendendo respeitosamente com o outro, modificando, se for o caso, sua compreensão do significado da Constituição. O respeito é mensurado por um esforço sincero para atender às razões e às motivações que levaram ao entendimento contrário (HIEBERT, 2002, p. 52). Nesse processo, o diálogo iniciaria primeiro pelo Legislativo, para depois o Judiciário envolver-se em demandas individuais. As deliberações legislativas são enfrentadas com argumentos jurídicos, para que ocorram as deliberações judiciais que são reveladas por meio dos julgamentos. Após, o diálogo retorna ao Parlamento, que considera se e como deve responder à decisão da Corte (BATEUP, 2006, p. 1171-1172).

Considerando a experiência canadense, constata-se que a teoria do diálogo baseado em parceria tem como ponto principal as diferentes e importantes contribuições que cada ramo do governo pode oferecer para a interpretação constitucional. Nesse contexto, a Corte tem vantagem no raciocínio sobre direitos baseados em princípios, na medida em que definir e interpretar direitos está no coração da atividade judicial, enquanto o Parlamento possui maior conhecimento sobre o momento de restrições de direitos para o sucesso de determinada política pública, de forma que os poderes devem ouvir-se para aprender com suas experiências. Há aspectos positivos realçados pela teoria da parceria em ambos os poderes, não apenas no Judiciário (BATEUP, 2006, p. 1168-1172)<sup>146</sup>.

Janet Hiebert desenvolveu a teoria da parceria com base na responsabilidade institucional. Os órgãos representativos ou democráticos canadenses têm de fundamentar suas decisões para prevenir possíveis questionamentos judiciais após a aprovação legislativa da política. Os governantes que promovem valores políticos e impõem limites aos direitos devem preparar-se para justificar a política e seu efeito potencial nos direitos protegidos constitucionalmente, o que facilita o debate sobre o significado constitucional. Para isso, a

---

<sup>146</sup> Ao retirar o fardo da interpretação dos direitos fundamentais dos ombros do Judiciário e distribuí-lo de forma igualitária entre os demais ramos do poder, o problema da legitimidade democrática diminui. Como registro empírico, ressalta-se que a interpretação da Seção 33 da Carta canadense é questionável no Canadá, onde, culturalmente, há uma deferência em relação às decisões de princípios judiciais e uma desconfiança com abordagens políticas sobre direitos fundamentais. A teoria da parceria enfraquece-se porque foca somente as interações institucionais dos ramos do governo, deixando de lado a abordagem mais orientada para a participação popular das teorias do equilíbrio (BATEUP, 2006, p. 1173). Essa crítica não parece militar contra a participação institucional no diálogo, mas um reclamo por causa da falta de participação popular, motivo pelo qual é interessante conjugar as ideias defendidas nas teorias do equilíbrio com as das teorias da parceria e da construção coordenada.

autora defende que o departamento de justiça e a advocacia pública assinem uma declaração que explique a racionalidade e o mérito da política, bem como os efeitos para uma determinada proposta em particular (HIEBERT, 1996, p. 122).

O Parlamento tem obrigação de dar vida à Constituição por meio de iniciativas políticas, sem perder de vista os efeitos que tais políticas têm nos direitos protegidos e sua consistência com o ideal de uma sociedade democrática livre. Nesse contexto, a teoria preocupa-se em considerar as questões jurídicas durante o processo político, e não após o seu encerramento, fazendo uma análise mais sensível da Constituição. A atenção pública concentra-se na divulgação minuciosa de declarações políticas e jurídicas, bem como em processos legislativos que estimulem um debate público amplo sobre valores políticos e morais contestados (HIEBERT, 1996, p. 122). Segundo essa teoria, os advogados públicos poderão avaliar problemas constitucionais à luz da jurisprudência durante o processo legislativo, caso haja dificuldade de defender a política perante a Suprema Corte. Isso não significa que os advogados tenham todas as respostas que a política demanda, mas enseja, no desenho institucional, responsabilidade por parte de todos os órgãos parceiros envolvidos, possibilidade de revisão dos objetivos legislativos pelos agentes públicos e políticos, com as recomendações necessárias para as leis serem promulgadas, previsibilidade da Suprema Corte, promoção de interesse social convincente e prevenção de crítica quando a política limita direitos indevida e injustificadamente (HIEBERT, 1996, p. 123).

Essa forma dialógica permite o debate para justificar os objetivos políticos em relação aos seus efeitos sobre os direitos e avaliar o mérito das escolhas alternativas, visto que a Corte tende a apoiar a política quando há um debate sincero e rigoroso sobre a justificativa e o mérito dos significados alternativos debatidos. Esse processo dialógico seria consistente com o ideal de democracia pelo debate e pela discussão, bem como evitaria consequências indesejadas (HIEBERT, 1996, p. 123). Os limites do Legislativo justificam-se quando o Parlamento impõe um limite desarrazoado a um direito fundamental ou impõe um limite injusto a um direito individual ou coletivo.

O diálogo seria introduzido na análise em um segundo turno do processo legislativo, para que o governo antecipasse possíveis litígios constitucionais por meio do departamento de justiça e dos advogados públicos. O governo encorajaria e apoiaria mais fortemente o escrutínio parlamentar acerca das possíveis implicações constitucionais, pois alertaria o Parlamento sobre as razões da vontade governamental e forneceria uma ideia da credibilidade ou da possível sobrevivência da legislação, caso a lei fosse submetida ao controle de constitucionalidade perante a Corte (HIEBERT, 2002, p. 65-66). Seria uma oportunidade para

que o governo explicasse publicamente as razões justificadoras da legislação limitadora de direitos, de forma a antecipar as tensões à luz das interpretações da Corte sobre os valores constitucionais.

Essa perspectiva dialógica idealizada com base nas avaliações feitas por conselheiros governamentais do Parlamento (departamento de justiça e advogados públicos) é criticada por poder levar o Parlamento a ter aversão ao risco e a distorcer os objetivos políticos, por considerar excessivamente os conselhos jurídicos, bem como por minar a aptidão parlamentar para perseguir a efetividade dos objetivos políticos com receio dos conselhos governamentais. Por outro lado, pode levar à conclusão de que o julgamento da Corte seria antecipado, porém as razões apresentadas pelos parceiros conselheiros acerca de possíveis considerações do Judiciário feitas com base em seus precedentes não implicam que o padrão estabelecido judicialmente seja suficiente para definir um possível julgamento constitucional da Corte (HIEBERT, 2002, p. 55)<sup>147</sup>.

Segundo os críticos (céticos), o esforço bem orquestrado do governo para dar credibilidade às suas decisões poderia ser confundido com uma democracia de fachada, mas esse ceticismo desconsidera os conflitos políticos e a independência dos grupos e indivíduos que aparecem antes dos debates parlamentares. A crítica poderia estar certa ao usar o argumento de que o temor com a preocupação judicial pode distorcer o fluxo e o refluxo do debate legislativo. Não é, porém, isso que sugere essa linha teórica, que tem a pretensão apenas de justificar as escolhas políticas com os valores constitucionais, pois o foco nos direitos no momento da formulação das políticas públicas não pode denegrir a tomada de decisão parlamentar e tampouco debilita o debate para produzir leis para o bem comum (HIEBERT, 2002, p. 68-69).

Sem falar diretamente em uma perspectiva dialógica, conforme dito anteriormente, Fábio Konder Comparato defendeu uma teoria de criação de órgãos independentes que teria poder-dever de suscitar perante um tribunal superior questão de incompatibilidade de uma lei ou decreto com os planos e denunciar ao Parlamento ação ou omissão de governo no cumprimento dos planos. Os órgãos idealizados – a Superintendência Nacional de

---

<sup>147</sup> Feitos os ajustes necessários, essa teoria pode ser aplicada às atuações ministeriais. Os exemplos apresentados nesta tese permitem constatar, pelo menos, dois fatos. Em primeiro lugar, o Ministério Público exarou uma recomendação para que o parlamento estadual paraense não editasse ato legislativo inconstitucional com base em precedentes do STF, o que impediu a edição do ato pela Assembleia Legislativa ao acolher a recomendação ministerial. Em segundo lugar, no caso Aurá, o município de Ananindeua tentou anular um acordo firmado com o Ministério Público, mas o Judiciário ratificou a validade do acordo por aplicar o entendimento jurisprudencial das cortes superiores.

Planejamento<sup>148</sup> e o Conselho Nacional de Planejamento<sup>149</sup>, que foi objeto de anteprojeto à Constituição de 1988 – impactariam a estrutura da tripartição de poderes, para aumentar o grau de eficiência das decisões públicas e instauraria a obrigatoriedade dos contraexames (COMPARATO, 1989, p. 113-115).

Christine Bateup funde as teorias do equilíbrio e as da parceria, para incluir a participação popular, sem excluir a participação institucional<sup>150</sup>. Com essa fusão, o controle de constitucionalidade possibilitaria a formulação de interpretações constitucionais mais duráveis e amplamente mais aceitáveis para questões constitucionais que impactam a sociedade como um todo (equilíbrio) e permitiria a melhoria das interpretações constitucionais institucionais em casos individuais, dadas as importantes e, geralmente, divergentes perspectivas dos ramos do poder (parceria) (BATEUP, 2006, p. 1174-1175), o que mostra uma necessidade complementar do Parlamento, por aferir, na seara individual ou social, o que foi legislado abstrata e genericamente.

No diálogo institucional, o Legislativo possui vantagem nas questões relacionadas a problemas policêntricos e no balanço ideal entre direitos e objetivos políticos, pois tem facilidade na coleta de fatos (*fact gathering*) e *expertise* política sobre tais questões, além de ter o privilégio de experimentar no reforço e na garantia dos direitos. O Judiciário foca a produção de políticas públicas e as provisões normativas mais abertas, que possibilitam o surgimento de problemas na aplicação de casos individuais, uma vez que é muito dificultoso para o processo legislativo firmar acordos mais concretos e individuais sobre a redação de certas normas. Nesse ponto, a atuação do Judiciário é importante para a consideração das consequências concretas das leis nos contextos individuais específicos (BATEUP, 2006, p. 1176-1177). Nesse particular, o Ministério Público é uma instituição que pode contribuir muito no diálogo institucional nos casos concretos que visam a proteção dos direitos coletivos

<sup>148</sup> A Superintendência Nacional de Planejamento teria as seguintes competências: 1) elaborar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, os orçamentos-programa e as respectivas alterações e submetê-los à aprovação do Congresso ou do órgão regional; 2) fiscalizar a execução dos planos nacionais e regionais, sem prejuízo das atribuições do Tribunal de Contas; 3) propor ao presidente vetos de atos legislativos incompatíveis com o plano de desenvolvimento aprovado; 4) propor ao Judiciário a ação direta de invalidade de leis ou atos do Poder Público, contrários ao plano nacional de desenvolvimento; 5) propor ao Congresso Nacional a redução de suspensão das emissões de obrigações de qualquer natureza de estados e municípios; 6) opinar sobre a realização de empréstimos, operações e acordos externos, de qualquer natureza, dos membros da federação.

<sup>149</sup> Ao Conselho Nacional de Planejamento, competiria: 1) fixar os objetivos a serem alcançados por meio dos planos nacionais de desenvolvimento; 2) colaborar com a Superintendência Nacional de Planejamento na elaboração dos planos.

<sup>150</sup> Apesar de considerar consistentes as razões da teoria do equilíbrio ou de teorias que buscam fundi-la com as teorias da parceria ou da construção coordenada, esta tese limita-se, por opção metodológica, apenas a encontrar fundamentos para a participação ministerial na estrutura de poder e no diálogo institucional para a concretização de normas internacionais e constitucionais que versem sobre direitos sociais, razão pela qual se adota parcialmente a teoria do equilíbrio e de forma mais forte as teorias da parceria, da construção coordenada, adaptando-se a teoria da última palavra provisória com rodada procedimental ao procedimento extraprocessual.

ou sociais e individuais indisponíveis, bem como do regime democrático e da ordem jurídica, em rodadas extraprocessuais.

Assim, propõe-se as seguintes alterações nas suposições clássicas: em primeiro lugar, defende-se um sistema de governo que escuta e integra vozes diferentes em substituição à concepção de representação da maioria ou de uma vontade identificável e fixa espelhada pelo legislador, pois a Constituição é flexível o suficiente para acomodar diversas interpretações; em segundo lugar, defende-se um processo de interpretação dinâmica em substituição ao processo estático da última palavra dada pela Corte, com a participação ativa do Ministério Público.

Com isso, propõe-se a quebra do mito da maioria e da última palavra definitiva, pois é uma pluralidade de vozes que se chocam, se acomodam e se transformam em progressão infinita e contínua, sem que se cogite maioria ou minoria, cabendo aos poderes dialogar e definir uma direção em meio a essa pluralidade, que garantiria dois sentidos de última palavra: um específico, de cooperação de outros agentes para a tomada de decisões e outro geral, para forçar a sociedade a pensar.

#### **4.4.2 Teoria da constituição coordenada fora da Corte e a inserção teórica do Ministério Público**

Com as críticas às teorias da supremacia judicial e legislativa, incluindo a teoria de Friedman, acompanhadas das teorias estruturais do Canadá de diálogo institucional e da parceria, abre-se espaço para outras teorias que busquem harmonizar as tensões entre democracia e constitucionalismo, contando com a articulação e a participação institucional. Cabe observar que tais teorias buscam formas de solução dialógicas distintas e não conseguem resolver alguns problemas. Daí a necessidade de dar mais um passo para aprofundar o tema e definir melhor os limites, as objeções e o campo de aplicação da teoria.

Neste capítulo, aborda-se a teoria do diálogo para definir o que pode fundamentar a atuação do Ministério Público na elaboração dos significados constitucionais e na concretização dos direitos humanos, especialmente dos econômicos, sociais e culturais.

O ponto central deste capítulo é constatar, no campo dos exemplos práticos apresentados, e defender, no campo teórico, a atuação do Ministério Público em políticas públicas como um dos atores que se somam, de forma compartilhada ou parceira, na interpretação construtiva para buscar a definição, a formulação, o planejamento, a execução e o controle de medidas de concretização dos direitos sociais, que visem à elaboração dos

significados constitucionais e à concretização dos direitos humanos constantes da ordem constitucional e internacional.

A teoria de Keith Whittington, denominada “construção coordenada do significado constitucional”, “teoria departamental”, “construção coordenada” ou “Constituição fora das cortes”, contraria a ideia da supremacia judicial defendida por Marshall e propõe a Constituição como um instrumento que deve ser concretizado por todos os poderes, ao permitir uma interpretação extraprocessual. A última palavra deixa de ser da Corte, que passa a ser mais um intérprete que, juntamente com outras instituições, é testada e desafiada, enquanto não houver um mínimo de acordo deliberativo. Nessa concepção, a interpretação constitucional é um processo circular que só termina ou se estabiliza quando se alcança um mínimo de acordo, ainda que com prazo de validade.

A teoria parte da hipótese da negação de que os princípios “eternos e imutáveis” (*eternal and immutable*) são produtos de uma qualidade intrínseca ou de atos positivos e conscientes (*conscious and positive acts*) ou intencionais do poder constituinte, que representa um constrangimento jurídico à democracia e aos representantes eleitos. Nesse contexto, idealiza-se a Corte como uma garantia para que os princípios fundamentais sejam respeitados; a Corte é dotada de autoridade de interpretação constitucional, sem pressão popular ou sem sujeição às instabilidades eleitorais (WHITTINGTON, 2001b, p. 774), mas isso não condiz com a realidade, visto que os juízes também sofrem pressão popular (FRIEDMAN, 1993, p. 140-141; MENDES, 2013, p. 140).

Na bem elaborada experiência estadunidense, especialmente nos casos *Marbury v. Madison*<sup>151</sup> e *Brown v. Board of Education*<sup>152</sup>, assentou-se o entendimento de que o Poder

---

<sup>151</sup> Esse foi o precedente que inaugurou nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade difuso, firmando o princípio da supremacia da decisão judicial e abrindo caminho para a chamada "Judicial Review", estabelecendo a possibilidade de o Judiciário rever os atos do Congresso praticados em ofensa à Constituição. Na eleição presidencial dos EUA de 1800, Thomas Jefferson derrotou John Adams. Após a derrota, John Adams resolveu nomear vários juízes em cargos relevantes, para manter certo controle sobre o Estado. Entre eles se encontrava William Marbury, nomeado Juiz de Paz. O secretário de justiça de John Adams, devido ao curto espaço de tempo, não entregou o diploma de nomeação a Marbury. James Madison, novo Secretário de Justiça, se negou, a pedido de Jefferson, a intitular Marbury. Marbury apresentou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte estadunidense exigindo a entrega do diploma, que relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, em 1803, concluiu que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para emitir *mandamus* contrariava a Constituição. Como a lei que dava competência a Suprema Corte era inconstitucional, não cabia à Suprema Corte decidir o pedido do *mandamus*.

<sup>152</sup> O caso representa uma evolução nos julgamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos envolvendo direito dos negros a estudar nas mesmas escolas dos brancos sem qualquer segregação racial nos Estados do Kansas, South Carolina, Virginia e Delaware. A partir do julgamento dos casos *Dred Scott v. Sandford* (1857) e *Plessy v. Ferguson* (1896), criou-se um ambiente contrário aos direitos de igualdade entre brancos e negros, com a construção de escolas de acordo com a raça branca ou negra, sendo que, posteriormente, em 1954, a Corte Superior deparou-se com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, no qual resgatou essa igualdade garantindo ao acesso a qualquer escola reservada aos brancos.

Judiciário seria supremo na exposição do direito constitucional, de tal sorte que a Suprema Corte não dividiria o poder para interpretar a Constituição com qualquer outro órgão governamental, formando uma barreira de contenção do Congresso ou uma força contramajoritária. Entretanto, essa supremacia tem sofrido duras críticas, principalmente quando os julgamentos da Corte são submetidos à pressão popular (WHITTINGTON, 2001b, p. 775-777).

A antiga censura de que o controle jurisdicional de constitucionalidade é uma interferência indevida por limitar a vontade majoritária ganha outros ares quando se assevera, por meio de pesquisas empíricas, que nem sempre as decisões da Corte são contramajoritárias<sup>153</sup> ou de que a Corte não resistiria a uma decisão totalmente contrária à vontade popular. Isso revela a necessidade de se chegar a uma congruência substancial entre a opinião popular e as decisões dos juízes constitucionais, por meio de uma mediação entre a interpretação e a vontade popular. A mediação proposta baseia-se, fundamentalmente, no fato de que os juízes não são eleitos, o povo não é bem informado e há desvio dos representantes populares, que podem ou não fazer o que o povo pede (FRIEDMAN, 1993, p. 123-126).

A consciência de que o Judiciário, isoladamente, não atende ao propósito para o qual foi criado, como atuação contramajoritária, e a possibilidade de que outros órgãos governamentais participem da formação do significado constitucional mostram que há um exagero nas vantagens da supremacia judicial para dar significado à Constituição e uma minimização das formas de interpretação extrajudicial (WHITTINGTON, 2001b, p. 775-777).

Importa saber quem interpreta a Constituição e se a supremacia judicial representa exclusividade na interpretação da Constituição. Em resposta ao questionamento, verifica-se que, mesmo onde há supremacia judicial, ela deve ser distinta da exclusividade judicial na interpretação constitucional, pois o Judiciário pode ser o intérprete supremo, mas não o único intérprete. Críticos da supremacia judicial apontam o diálogo institucional como uma das alternativas positivas para que os atores extraprocessuais possam participar da interpretação constitucional de forma autônoma, na qual tais atores não judiciais estejam unidos como intérpretes constitucionais ativos, que devem ser respeitados e considerados pelos tribunais (WHITTINGTON, 2001b, p. 780-781)<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Como dito anteriormente, Thamy Pogrebinski (2011, p. 10-14) também chegou a essa conclusão ao fazer uma pesquisa nas decisões do STF e nas conseqüentes reações do Congresso Nacional. O resultado de sua pesquisa revela que o STF mais confirma as decisões do Parlamento do que as infirma.

<sup>154</sup> Nesse sentido, deve-se lembrar que em todos os casos apresentados que foram questionados judicialmente (Alepa, Estado do Pará, Ananindeua e Cachoeira do Piriá) as interpretações constitucionais ou as concretizações dos direitos sociais pactuadas foram mantidas nos termos dos acordos políticos firmados, o que demonstra o respeito judicial pela concretização dos direitos sociais adotada.

Em uma posição intermediária nessa tensão provocada pela autoridade interpretativa, a interpretação extraprocessual não precisa desafiar a supremacia judicial, visto que os intérpretes extrajudiciais podem expressar suas opiniões aderindo ao significado fornecido pela Suprema Corte. A Constituição delega pelo menos algumas questões interpretativas a instituições extrajudiciais, ainda que o Judiciário seja o intérprete supremo, permitindo que seja estabelecido um diálogo com a Corte sobre o melhor ou o mais apropriado significado constitucional, de forma a ajustar a interpretação<sup>155</sup> (WHITTINGTON, 2001b, p. 782-783).

Em resposta a esse problema<sup>156</sup>, a construção coordenada ou departamental é a teoria alternativa à supremacia judicial mais significativa, por negar supremacia a um único intérprete e defender que cada órgão de governo tenha igual autoridade para interpretar a Constituição na condução de seu dever constitucional<sup>157</sup>, o que se contrapõe à supremacia judicial que defende o efeito vinculante das decisões do Judiciário quanto ao significado constitucional. O problema, como se observa, reside mais na determinação de quem deve ter autoridade para decidir os casos constitucionais difíceis do que na preocupação em resolver tais casos. Dirigindo o foco da questão para a resolução, verifica-se certa margem de interpretação constitucional extraprocessual e possibilidades de acomodações entre intérpretes extrajudiciais e judiciais (WHITTINGTON, 2001b, p. 783-785).

Demonstradas a insuficiência da supremacia judicial como única intérprete e a possibilidade de atores constitucionais extraprocessuais concretizarem a Constituição, resta enfrentar os ataques antigos feitos à pluralidade de intérpretes.

A defesa normativa de uma interpretação constitucional extrajudicial não é uma tarefa fácil, especialmente porque há necessidade de superação das três virtudes judiciais, que foram idealizadas para suprir os prováveis vícios na interpretação extrajudicial das normas constitucionais, quais sejam: a resolução definitiva, para combater o vício da anarquia com vários intérpretes; a deliberação com base na regra de razão (*rule of reason*) ou no fórum de princípio (*forum of principle*) (WHITTINGTON, 2001b, p. 809), em resposta ao vício da irracionalidade diante de várias deliberações extrajudiciais fundamentadas ora em princípios,

---

<sup>155</sup> Deve-se ressaltar, ainda, que as teorias da supremacia não se resumem apenas à supremacia judicial, visto que há quem defenda a supremacia legislativa ou a executiva. Para tentar compatibilizar as supremacias, defendeu-se a partilha de atribuições: a autoridade seria distribuída de acordo com as competências institucionais específicas de diferentes órgãos; em cada esfera interpretativa, a autoridade seria suprema (WHITTINGTON, 2001b, p. 782). É o que advogam as teorias da construção compartilhada, da parceria etc.

<sup>156</sup> Segundo Keith Whittington, a discussão sobre as teorias do departamentalismo lógico e do controle de constitucionalidade é antiga. Os federalistas Thomas Jefferson e John Marshall discutiam sobre quem deve interpretar a Constituição. Marshall saiu vencedor na história estadunidense, no caso *Marbury v. Madison*, em que se consagrou a supremacia judicial (WHITTINGTON, 2001b, p. 783-784 e nota de rodapé n.º 42).

<sup>157</sup> Essa situação foi vivenciada quando a Administração de Lincoln sentiu-se livre para ignorar a interpretação da Corte sobre a cidadania negra (WHITTINGTON, 2001b, p. 785).

ora em juízo de conveniência política; a força contramajoritária, como remédio à tirania da maioria, que pode massacrar a minoria.

O vício da anarquia consiste na multiplicação de intérpretes sem hierarquizá-los; o da irracionalidade, na interpretação constitucional por outros órgãos, sem levar a sério a consideração principiológica formada pela Corte, o que permitiria a formação de princípios sem qualquer referência ou deferência; o da tirania da maioria representa um perigo para a minoria que não seria protegida pela Corte, que não teria supremacia interpretativa (WHITTINGTON, 2001b, p. 779).

A primeira virtude – a **resolução definitiva** para superar a acusação de anarquia interpretativa – começa a ruir a partir do questionamento acerca das supostas qualidades que tal virtude atenderia: a superestimação do valor da estabilidade constitucional e a habilidade do Judiciário para resolver o problema, aliadas à subestimação da capacidade dos outros poderes ou órgãos para produzir decisões coerentes e estáveis na resolução de problemas constitucionais envolvendo direitos fundamentais. Portanto, essa virtude está fundada em duas suposições enganosas: a estabilidade como único valor constitucional e a Corte como única instituição apta a promover essa estabilidade. Ora, isso não é verdade, pois o constitucionalismo consiste no balanceamento de diversos valores, e não na maximização de um só. Com essas razões, busca-se superar a objeção da anarquia com a existência de vários intérpretes constitucionais, por meio de uma interpretação coordenada, todos podendo participar, sem que o Poder Judiciário possa conferir exclusividade a sua interpretação (WHITTINGTON, 2001b, p. 786-808).

Por outro lado, decidir casos distributivos exige que se avaliem várias alternativas em um número aberto de cursos possíveis que a ação pode tomar. Além disso, o cumprimento de decisões que versam sobre os conflitos distributivos ou relativos a bens coletivos, como é o caso dos direitos econômicos, sociais e culturais, é avaliado com metas ou resultados eficientes – custo-benefício (LOPES, 2006, p. 235) –, não podendo as decisões revestir-se de definitividade, revestem-se antes de provisoriedade por causa dos vários cursos que a ação pode tomar.

A resolutividade definitiva das questões constitucionais teria a virtude do grau de clareza e de estabilidade, visto que o legislador seria menos claro na exigência do que seria necessário para a definição e para a estabilidade jurídica. Obviamente que a função de coordenação do direito requer algum grau de clareza e de estabilidade por meio do conjunto

de ações potenciais para coordenar todas as decisões particulares<sup>158</sup>, mas isso não significa melhor aptidão judicial para atender as funções de clareza e de estabilidade. Com efeito, a questão não é saber se uma determinada interpretação constitucional fornece uma norma mais clara do que o texto constitucional sozinho, visto que essa afirmação é quase necessariamente verdadeira; trata-se, antes, de saber se a supremacia judicial fornece mais clareza e estabilidade que a interpretação extraprocessual e se tal ganho marginal fornecido pelo Judiciário não traria uma situação mais custosa em termos de responsabilidade e de participação da sociedade, tornando o povo e seus representantes irresponsáveis, pois poderiam errar à vontade, e tornando ainda a participação popular sem sentido por não ter mais o que deliberar (WHITTINGTON, 2001b, p. 790). Por outras palavras, a supervisão judicial estimularia uma postura irresponsável de tomada de decisão pelo Parlamento (TUSHNET, 2005, p. 101).

De outra banda, deve-se observar que uma norma muito clara e estável pode originar-se de um processo rígido e dificultoso e não porque ofereceu uma atividade benéfica à sociedade, o que permite a argumentação de que, às vezes, é melhor não ter regra a ter uma ruim, ou é melhor ter uma regra substantiva boa e fluida a uma regra ruim e estável (WHITTINGTON, 2001b, p. 790).

O texto constitucional frequentemente prefere os padrões (princípios e normas abertas) às regras claras, porque os padrões são normas indefinidas relativamente, promovem experimentos benéficos socialmente e permitem diversidade política. Por isso, a Constituição não responde a questões básicas como tempo, cominações, custo, lugar e forma de concretização de suas normas<sup>159</sup>. Assim, são as leis ordinárias, mais especificamente, e não as interpretações judiciais, que rotineiramente suprem a vagueza e o silêncio constitucional, mas isso não impede que o Judiciário (e o Ministério Público) seja chamado a atuar em atividade ou inatividade legislativa inconstitucional ou de excesso de atividade inconstitucional. Diante dessas funções imbricadas, verifica-se que o problema não é a definição da lei, mas como

---

<sup>158</sup> A virtude do grau de clareza parte do ponto de conhecimento de tal forma que as pessoas saibam quais ações são permitidas e quais são capazes de prever as ações dos outros; a virtude do grau de estabilidade parte da premissa segundo a qual cada indivíduo pode prever o comportamento futuro e o conjunto de ações potenciais coordenáveis que advém da ideia de que, quanto mais decisões particulares existam, mais coordenação será necessária (WHITTINGTON, 2001b, p. 790).

<sup>159</sup> É interessante notar que o objeto do termo de ajustamento de conduta, ou melhor, do termo de acordo de concretização de direitos humanos (TACDH) compreende também esses questionamentos de tempo, modo e lugar etc. de concretização das normas, que exigem o ajuste ou o acordo negociado, para fins de concretização dos direitos coletivos, sociais ou prestacionais.

resolver as diferentes interpretações, o que traz a necessidade de uma coordenação dos intérpretes<sup>160</sup> (WHITTINGTON, 2001b, p. 793-794).

Nesse contexto, a Corte teria a responsabilidade institucional de maximizar a eficiência de suas decisões, monitorando as cortes inferiores, e de minimizar as tensões inerentes ao equilíbrio judicial e os interesses sociais conflitantes<sup>161</sup>. A interpretação extrajudicial valoriza a deliberação pública pela participação e a responsabilidade institucional e social pelo envolvimento de outros atores extraprocessuais, bem como adota uma interpretação relativa e aberta da Constituição (WHITTINGTON, 2001b, p. 795-797).

Ainda que se possa defender a decisão judicial como resolução definitiva, deve-se observar que tal virtude tem limites na efetividade das decisões judiciais, e não no conflito que se busca resolver, ao contrário do que se poderia pensar.

A necessidade da virtude da resolução definitiva surge do valor de segurança jurídica das regras, que permite aos indivíduos planejar melhor, por conhecerem as consequências de suas próprias atividades, e prever as ações de outros indivíduos. Nesse contexto, a supremacia judicial foi pensada para permitir à Corte resolver disputas autoritariamente, o que traria aos indivíduos os mesmos valores das regras. Porém, o Judiciário não é, como exclusivo intérprete, adequado para isso, visto que a discussão sobre significado constitucional pode continuar, mesmo na presença de uma lei clara. Ademais, uma regra clara pode até permitir que os indivíduos saibam o que a lei é hoje, mas não permite a previsibilidade adequada do que a lei será no futuro. Assim, deve-se contar com a incerteza sobre a durabilidade de uma regra particular e com a aplicabilidade de princípios para outras situações (WHITTINGTON, 2001b, p. 798), especialmente quando se trata de direitos sociais, cuja concretização também se volta para uma visão prospectiva ou de futuro, no sentido de se especificar o conteúdo, a razão, a forma, o lugar, o tempo, o custo e quem vai concretizar, realizar e monitorar a efetivação.

---

<sup>160</sup> Na STA n.º 175 (medicamentos e saúde), o STF chegou a essa conclusão, no voto do Ministro Gilmar Mendes, que asseverou que o problema da eficácia social do direito à saúde não vem da indefinição dos direitos ou da falta de políticas públicas, visto que há muitas normas definidoras e políticas públicas nessa área, mas é causado pela falta de execução das políticas públicas existentes.

<sup>161</sup> Apesar de não ser exemplo de direitos econômicos, sociais e culturais, de certa forma, isso ocorreu nos julgamentos complexos do STF, como a ADI n.º 4.277 e a ADPF n.º 132, que consolidaram o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. Outros exemplos são a ADPF n.º 54, que permitia a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, e a ADC n.º 16, que julgou constitucional a norma da lei de licitações que exime a Fazenda Pública de responsabilidade subsidiária por créditos trabalhistas, visto que foram realizadas audiências públicas para minimizar as tensões inerentes ao equilíbrio judicial e os interesses sociais conflitantes e várias reclamações foram apreciadas pelo STF, evidenciando o monitoramento da eficiência de suas decisões perante as cortes inferiores.

Os efeitos das decisões judiciais são inerentemente indeterminados, variáveis, dinâmicos e interativos, pois usualmente as decisões não prescrevem prazo, forma, lugar de cumprimento etc. e dependem de outros órgãos e poderes para serem viabilizadas, de tal sorte que se pode afirmar que as determinações disseminadas pelas cortes produzem não efeitos diretos, mas os efeitos recebidos, interpretados e usados por atores potenciais envolvidos no cumprimento da decisão ou na aplicação a outros casos. Ainda se soma a isso o fato de que as decisões da Corte encorajam outros cidadãos ou órgãos a contornar, desafiar e até mesmo iniciar um processo de alteração das decisões judiciais<sup>162</sup>.

O caso *Roe*<sup>163</sup> é uma evidência empírica de uma situação em que o Judiciário não resolveu definitivamente um conflito submetido à Corte, deixando o planejamento individual muito difícil, mesmo após a decisão, dada a resistência social substancial ao aborto. Nesse caso, a interpretação judicial sobre a controvérsia pode até mesmo ter ajudado os oponentes do aborto a radicalizar o tema, tornando o ambiente social menos resolvido do que se poderia alcançar com uma decisão judicial. Assim, o Judiciário pode ter dificultado, ao invés de ter facilitado, a tomada de decisão política e social definitiva. Isso mostra que, embora o *stare decisis* seja suporte formal para a noção de que a Corte fornece resolução constitucional mais estável do que outras instituições, nem a teoria, nem a prática demonstram que essa técnica judicial de resolução de conflitos seja completamente tranquilizadora nesse contexto. Ademais, o *stare decisis*, apesar de ser uma decisão interpretativa prévia aos demais casos e de poder emprestar estabilidade à interpretação constitucional, por ser regulativo ou constitutivo de interpretações posteriores, também é um forte obstáculo à revisão da decisão, quando se acredita, sob a ótica da justiça, que o precedente é errado (WHITTINGTON,

---

<sup>162</sup> Deve-se notar que os desafios diretos contra a supremacia judicial são raros, o mais comum são esforços para fugir da lógica das razões da Corte e das influências das decisões judiciais subsequentes (WHITTINGTON, 2001b, p. 800)

<sup>163</sup> O caso versava sobre a gravidez resultante de estupro. A Corte inferior decidiu a favor de Jane Roe, porém se recusou a estabelecer uma restrição contra a legislação sobre o aborto. A Suprema Corte estadunidense, em 1973, decidiu que a mulher, amparada no direito à privacidade – sob a cláusula do devido processo legal da “décima quarta emenda” – podia decidir por si mesma continuar ou não a gravidez. Por tratar-se de uma proteção de direito fundamental previsto na Constituição (14.ª emenda), nenhum Estado podia legislar contra. O conteúdo central do caso é que “o aborto deve ser permitido à mulher, por qualquer razão, até o momento em que o feto se transforme em ‘viável’, ou seja, torne-se potencialmente capaz de viver fora do útero materno, sem ajuda artificial”. A viabilidade é alcançada por volta dos 7 meses (28 semanas), mas pode ocorrer antes, inclusive dentro das 24 semanas iniciais. Após a definição do que seja viabilidade, a Corte sustentou que o aborto deve estar disponível sempre que for necessário para proteger a saúde da mulher, o que a Corte definiu amplamente no caso *Doe v. Bolton*. O caso *Roe v. Wade* é emblemático sobre o aborto até os dias atuais pelas questões que levanta: **quando** e em que **medida** o aborto deve ser considerado ilegal; **quem** deve decidir se o aborto é ou não ilegal; **que métodos** (como) deve usar a Suprema Corte quando estiver adjudicando direitos constitucionais; **que papel** podem ter os enfoques religiosos e morais particulares na esfera pública. *Roe v. Wade* transformou a política nacional estadunidense, dividindo o país em pro-Roe (pró-escolha) e anti-Roe (pró-vida), inspirando um forte ativismo de ambos os lados.

2001b, p. 801-802), o que se mostra inviável no caso dos direitos sociais, que requerem flexibilidade e alternância de possibilidades para a concretização do direito.

Com efeito, essa discussão é bem mais aplicável aos direitos sociais e coletivos, pois o grau de indefinição e os padrões utilizados nesses direitos não se compatibilizam com a suposta virtude da resolução definitiva, revelando a aptidão para a resolução por meio de processos dialógicos e por outros atores constitucionais incumbidos de protegê-los. Como se pôde observar, se o aborto, no caso *Roe*, foi um direito difícil de enfrentar na negociação, quanto mais difíceis são os direitos coletivos ou sociais, que dependem de muitas condições de concretização de metas e de objetivos prospectivos.

Assim, a superação dessa suposta virtude de definitividade é aplicável à concretização dos direitos sociais, coletivos ou prestacionais por serem marcados por uma série de indefinições e parâmetros que necessitam de especificação. Normalmente esses direitos são atendidos por meio de políticas públicas, que exigem o cumprimento de objetivos, metas e programas contínuos, além de recursos humanos, materiais e financeiros. Por isso, a superação da crítica à supremacia judicial é compatível com os problemas de concretização dos direitos sociais, como ocorreu em todos os casos apresentados, em especial, nos casos Vila Chocolatão e Lixão do Aurá, em que várias medidas de clareza e de estabilidade foram tomadas para concretizar os direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à proteção à infância etc. Nesse sentido, cabe observar que o Ministério Público também dispõe de elementos, de procedimentos e de organização para concretizar tais direitos e monitorar sua realização, em razão da autonomia que lhe é conferida constitucionalmente, podendo valer-se de inquérito civil público, de acordo de concretização, de recomendação etc.

É nesse contexto de estabilidade e de instabilidade das resoluções judiciais que se afirma a interpretação constitucional extrajudicial, por ser sensível às decisões do passado e demonstrar certa estabilidade, ainda que não se refira a um *stare decisis*, pois tais decisões, ao mesmo tempo que ostentam a autoridade regulativa dos precedentes, desafiam tal autoridade tão logo a decisão seja escrita e seja objeto de dissenso público. Frequentemente a justiça adere aos argumentos em casos posteriores (WHITTINGTON, 2001b, p. 802), permitindo a articulação de argumentos que confirmem ou infirmem o precedente, mas sempre tendo em vista a concretização e a realização dos direitos humanos, especialmente dos sociais.

Deve-se observar ainda que mudanças nos membros da Corte trazem mudanças nos entendimentos aplicados aos casos posteriores, especialmente se não houver a garantia da vitaliciedade dos magistrados, o que faz com que a Corte abandone precedentes que são

consistentes, mas não aceitos pela nova maioria representativa (WHITTINGTON, 2001b, p. 803-804).

Superada essa objeção, observa-se a possibilidade de resolução extraprocessual de conflitos sobre o significado constitucional, como é caso do veto presidencial, por meio do qual o Poder Executivo pode dar significado às normas constitucionais. Os desafios presidenciais à supremacia judicial, com suporte geral da interpretação popular, têm confirmado as teorias departamentalistas ou da coordenação da interpretação constitucional, pois os atores políticos extrajudiciais lutam pelas resoluções jurídicas e pela estabilidade, que é reforçada por meio da construção eleitoral durável e viável, de coalizões legislativas e da mobilização da opinião pública e das instituições políticas. Essas constatações levam à ideia de criação de câmaras para facilitar a coordenação entre os atores políticos, que têm motivos e significados para reduzir a instabilidade e a incerteza no ambiente jurídico e constitucional (WHITTINGTON, 2001b, p. 806-808).

Situando a discussão no Brasil, verifica-se que várias decisões proferidas pelo STF, transitadas em julgado com *status* de definitividade, não resolveram definitivamente a matéria constitucional apreciada pela Corte constitucional brasileira<sup>164</sup>.

O STF, na ADI n.º 1.232/DF<sup>165</sup>, decidiu definitivamente que era constitucional o § 3º do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93, que instituiu requisito objetivo (renda familiar mensal *per capita* inferior a ¼ do salário-mínimo) para concessão do benefício de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família<sup>166</sup> (SILVA; MAGALHÃES, 2012, p. 87-88).

Assim, seguindo essa premissa, logo após a decisão, o Tribunal acolhia todas as reclamações (Rcl) e recursos extraordinários (RE) que outorgavam o benefício sem observar o critério objetivo legal<sup>167</sup>, o que demonstra que a Corte assumiu uma clara posição de defesa da definitividade da decisão. Porém, o próprio STF, após várias decisões de tribunais inferiores

<sup>164</sup> Essas decisões mostram que, ainda que a Corte diga que formalmente há resolução definitiva, a questão não se revela resolvida, necessitando de mais discussões, mesmo que seja na seara extraprocessual. Para analisar mais casos em que o próprio STF abre exceções ou analisa novamente os efeitos de seus próprios precedentes, consultar Silva e Magalhães (2012, p. 77-95).

<sup>165</sup> **DJ**, 1.º jun. 2001. Relator para acórdão: Min. Nelson Jobim.

<sup>166</sup> A Lei n.º 12.435/2011, no que concerne ao artigo citado, alterou a exigência de 70 para 65 anos, para fins de deferimento do benefício, mas manteve o requisito legal objetivo para a concessão.

<sup>167</sup> MC na Rcl n.º 3.918/RS. Relator: Min. Joaquim Barbosa. **DJ**, 21 nov. 2005; Rcl n.º 2.323/PR. Relator: Min. Eros Grau. **DJ**, 20 maio 2005; Pleno. AgR na MC na Rcl n.º 4.427/RS. Relator: Min. Cezar Peluso. **DJ**, 29 jun. 2007; Segunda Turma. AgR no RE n.º 318.414/SP. Relator: Min. Eros Grau. **DJ**, 29 set. 2006; Pleno. Rcl n.º 2.323/PR. Relator: Min. Eros Grau. **DJ**, 20 maio 2005; Primeira Turma. AgR no AI n.º 467.633/SP. Relator: Min. Marco Aurelio. **DJ**, 3 ago. 2007; Pleno. AgR na Rcl n.º 2.303/RS. Relatora: Min. Ellen Gracie. **DJ**, 1.º abr. 2005; Primeira Turma. ED no RE n.º 416.729/SC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. **DJ**, 2 dez. 2005.

que não se conformaram com essa posição, caminha para a revisão do precedente dotado de efeito vinculante. Mas, enquanto não realiza a revogação formalmente, utiliza de outros meios interpretativos para limitar a força normativa do precedente, como impossibilidade de apreciação de matéria de fato quanto à miserabilidade do beneficiado<sup>168</sup> e afirmação de que a matéria não foi objeto da ADI e não ofende a decisão paradigma<sup>169</sup> etc. Essas razões deixaram as decisões de juízos ou tribunais inferiores, que supostamente colocam à prova a definitividade da decisão, vigorar mesmo contra a orientação da Corte constitucional.

Em outro momento, a Suprema Corte afirmou que a decisão que julgou constitucional o dispositivo apreciado não implica a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender à própria Constituição e aos direitos humanos, tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou tê-la provida pela família<sup>170</sup>. Por fim, segundo o Ministro Gilmar Mendes, o Tribunal parece caminhar no sentido de admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para a concessão do benefício assistencial de que trata o artigo 203, V, da CFRB, o que revelaria um processo de inconstitucionalização do § 3.º do artigo 20 da Lei n.º 8.742<sup>171</sup>.

Só para citar mais um exemplo: no julgamento da Medida Cautelar (MC) na ADC n.º 4, foram considerados constitucionais os dispositivos da Lei n.º 9.494/97, que consolidavam limitações à antecipação dos efeitos da tutela contra o poder público, especialmente aquelas relacionadas às vantagens pecuniárias reivindicadas pelo servidor público. No entanto, por provocação de várias decisões em sentido contrário pelas cortes inferiores, em casos de direitos previdenciários reconhecidos constitucionalmente e garantidos pela jurisprudência do STF, o Tribunal admitiu que se pudesse excepcionar o efeito vinculante da referida medida cautelar. As reclamações e os recursos extraordinários julgados pelo Tribunal foram tantos, que o plenário precisou editar uma súmula para ratificar a exceção das matérias

<sup>168</sup> AgR na Rcl n.º 4.018/SP. Relator: Min. Celso de Mello. **DJe**, 25 ago. 2011; Rcl n.º 3.342/AP. Relator: Sepúlveda Pertence. **DJ**, 22 mar. 2006; Rcl n.º 4.115/RS. Relator: Min. Ayres Britto. **DJ**, 16 jun. 2006.

<sup>169</sup> Rcl n.º 4.280/RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. **DJ**, 30 jun. 2006; Segunda Turma. AgR no RE n.º 569.065/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. **DJe**, 1.º out. 2010. Nos casos, a legislação posterior citada é, geralmente, o artigo 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

<sup>170</sup> Primeira Turma. AgR no AI n.º 470.975/SP. Relatora: Min. Cármen Lúcia. **DJ**, 16 mar. 2007. O tema relativo ao direito ao benefício assistencial de prestação continuada teve Repercussão Geral reconhecida pelo Tribunal, mesmo sem o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 2.º, § 3.º, da Lei n.º 8.742/93 (Tema em RG n.º 27, RE n.º 567.985/MT).

<sup>171</sup> MC na Rcl n.º 4.374/PE. **DJ**, 6 fev. 2007.

previdenciárias à incidência do efeito vinculante. Daí a Súmula n.º 729<sup>172</sup> do STF (SILVA; MAGALHÃES, 2012, p. 88-89).

Isso demonstra que a virtude da resolução definitiva realizada pela Corte não se mostra forte o suficiente para prescindir de novas rodadas procedimentais e últimas palavras provisórias, ainda que se diga a própria Corte detentora da última palavra. As novas rodadas procedimentais e últimas palavras provisórias podem ocorrer inclusive na seara extraprocessual, como é o caso das várias negociações nos casos Estado do Pará, Alepa e Lixão do Aurá, em que, após as decisões judiciais, novas rodadas foram instauradas, alcançando-se outras últimas palavras provisórias no sentido de concretização dos direitos sociais. No caso Lixão do Aurá, ALEPA e Cachoeira do Piriá as deliberações acordadas foram objeto de demandas judiciais com vistas a invalidá-los, mas o judiciário manteve a resolutividade extraprocessual, evidenciando certa definitividade das interpretações extraprocessuais, confirmada pelo próprio Poder Judiciário.

A segunda virtude – a deliberação principiológica – tem como principal argumento a ideia de que a interpretação judicial adota o fórum de princípio (*forum of principle*), questões de direito ou regra da razão, enquanto a interpretação extrajudicial sacrifica a razão em prol das questões políticas, da regra da vontade ou do que é desejável ou é conveniente (WHITTINGTON, 2001b, p. 809). Por isso, a Corte seria a única a deliberar sobre as questões de direito, não havendo a possibilidade de mais outro intérprete. Para superar essa virtude, o principal argumento é que os juízes negociam e barganham seus votos, o que desmistifica a Corte como fórum de princípio exclusivo. Além disso, a decisão consiste com frequência em uma cacofonia de opiniões distintas, o que não atenderia à imaginada qualidade da argumentação com base em princípios. Acresce-se a isso que é equivocado imaginar que a interpretação extrajudicial é sempre refém da pressão política, da conveniência e que está longe do debate moral (WHITTINGTON, 2001b, p. 808-827), sem olvidar a afirmação de que as leis são, regra geral, morais, conforme se demonstra na pesquisa feita, no sentido de que o STF concorda com a constitucionalidade da maioria das normas submetidas ao controle de constitucionalidade (POGREBINSCHI, 2011, p. 10-14), bem como porque a maioria das normas não é questionada constitucionalmente perante a Corte, o que revela, pelo menos, uma certa acomodação moral com o conteúdo das normas deliberadas pelo Parlamento.

No contexto estadunidense, defende-se a Corte em nome das razões artificiais do direito ou das razões regulatórias da filosofia moral liberal. Essa última defesa requer que os

---

<sup>172</sup> A decisão na ADC n.º 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

juízes temperem suas razões morais com premissas trazidas pelo texto, pela prática histórica e pelos precedentes judiciais. Com isso, a Corte gasta mais tempo analisando e usando seus próprios precedentes do que efetivamente construindo uma visão coerente de justiça. A variedade argumentativa nos tribunais reflete o pluralismo da tradição jurídica e a contradição da teoria constitucional normativa fundada em um único intérprete constitucional. Assim, mesmo que considerem a Corte como voz racional na arena constitucional, os teóricos que defendem a deliberação judicial principiológica divergem radicalmente entre si sobre que tipos argumentativos são de fato razoáveis e apropriados para a Corte adotar, o que evidencia a dificuldade de dispensar especial deferência às razões judiciais. Nesse contexto, verifica-se que a produção da interpretação constitucional é um subproduto da função judicial, visto que a preocupação principal é a legitimidade das decisões nos casos concretos e a orientação para casos futuros (WHITTINGTON, 2001b, p. 812-814).

Os julgamentos controvertidos são apresentados de tal forma que se nega a relevância dos julgamentos políticos racionais para resolver as questões apresentadas no caso apreciado e não se busca convidar alguns atores para o diálogo sobre os fundamentos políticos. Por outro lado, as respostas conferidas aos casos difíceis apresentados à Suprema Corte foram indeterminadas, o que não resolve o problema de indeterminação que se busca resolver (WHITTINGTON, 2001b, p. 815)<sup>173</sup>.

Assim, embora os integrantes da Corte não se submetam às mesmas formas de pressão política que os representantes eleitos sofrem, eles são altamente dependentes de atores externos para definir sua agenda, fazer suas análises, desenvolver seus argumentos e concretizar suas decisões. Ademais, submetem-se aos interesses de sua própria organização (turmas, seções etc.) e dos litigantes corporativos aos grupos de interesse público, que buscam influenciar as decisões da Corte. As interpretações judiciais são, pois, tão fortemente contestadas quanto as interpretações extrajudiciais (WHITTINGTON, 2001b, p. 817-818).

Um exemplo dessas influências na Corte é a discussão que marcou a adoção da teoria dos motivos determinantes no STF<sup>174</sup>. No período de 2003 a 2010, a Corte submeteu-se a

---

<sup>173</sup> Uma das situações que comprometem o fórum de princípio da Corte são as filiações partidárias dos juízes, visto que as questões constitucionais controvertidas submetidas à Corte são apreciadas de acordo com o conjunto de compromissos realizados para conseguir os seus votos (WHITTINGTON, 2001b, p. 816). Essa situação não tem paralelo no Brasil, mas lembra das manobras realizadas na AP n.º 470, em que teve indicação de outros membros ao STF para julgamento de recursos na condenação de vários membros do partido do governo, cujo resultado após as alterações de composição da corte foi favorável aos condenados, evidenciando razões que não necessariamente se submetem ao fórum de princípio.

<sup>174</sup> Teoria que defende a irradiação dos efeitos das decisões sobre a constitucionalidade ou não de atos normativos tomadas no controle abstrato de normas a outros diplomas jurídicos que têm o mesmo conteúdo do ato impugnado na seara constitucional.

pressões internas e externas, proferindo decisões monocráticas e plenárias que ora aceitaram a teoria<sup>175</sup>, ora a rejeitaram<sup>176</sup>. Finalmente, nos autos da Rcl n.º 3.014/SP (*DJe* de 21 de maio de 2010), o Plenário, por apertada maioria, rejeitou a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, sob vários fundamentos. Quatro ministros foram contrários à adoção da teoria (MAGALHÃES, 2011, p. 85-87). Um dos argumentos era de ordem prática: a preocupação com o excesso de processos projetados que seriam submetidos à Corte por meio de reclamação constitucional em contraposição à celeridade e à eficácia dos mecanismos processuais de proteção da ordem constitucional. Isso evidenciou claramente a existência de uma preocupação apenas com o trabalho dos ministros, que apreciariam as causas que seriam submetidas em razão da aplicação da teoria.

É certo que a virtude do fórum de princípio sustenta-se fortemente no argumento de que a interpretação extraprocessual é não fundamentada e irracional porque guiada pela conveniência e pelas pressões políticas, não tendo compromisso ou acordo com o debate moral, além de focar a política e os objetivos políticos e ignorar os princípios e direitos fundamentais. Contudo, essa consideração é empiricamente refutada, analiticamente confusa e normativamente infundada. Embora os que critiquem a interpretação extraprocessual ofereçam alguns argumentos arbitrários para essa espécie de concretização de direito, a sua defesa generalizada necessita de mais comprovação empírica, visto que questões sociais envolvendo princípios morais básicos e direitos fundamentais têm ocupado um lugar central no Legislativo e na agenda eleitoral, que invalida ideia da irracionalidade, como ocorreu em alguns casos de vetos presidenciais que apreciaram questões de direitos fundamentais individuais (WHITTINGTON, 2001b, p. 818-820)<sup>177</sup>.

O debate extraprocessual sobre questões de moral, baseado em direitos fundamentais, valores constitucionais e princípios políticos, estendeu-se a várias questões, como ações afirmativas, eutanásia, pena de morte, pornografia, escolas religiosas, direitos homoafetivos, privacidade na *internet*, assédio sexual, controle de armas etc. Ademais, deve-se observar que as interpretações constitucionais realizadas por atores judiciais ou extraprocessuais podem

---

<sup>175</sup> Rcl-MC n.º 2.986/SE, **DJ**, 18 mar. 2005; Rcl n.º 2.363/PA, **DJ**, 23 out. 2003; Rcl-MC n.º 3.880/SE, **DJ**, 18 nov. 2005.

<sup>176</sup> Rcl-MC n.º 9.413/SP, **DJe**, 1.º dez. 2009; Rcl n.º 9.125/BA, **DJe**, 16 out. 2009; Rcl-MC n.º 4.614/RS, **DJ**, 16 out. 2006; Rcl n.º 2.990-AgR/RN, **DJe**, 14 set. 2007 (Rcl n.º 2475-AgR, julgado em 2 de agosto de 2007).

<sup>177</sup> Apesar de não se referir à realidade brasileira, essa percepção de que os direitos fundamentais ocupam lugar central nas discussões entre os atores extraprocessuais revela-se factível, como é caso de vários vetos presidenciais que buscam fundamento nos direitos humanos. Ademais, o Congresso Nacional debruça-se sobre temas que estão sob a apreciação do STF ou tiveram sua constitucionalidade apreciada pelo STF, conforme apontado em pesquisa empírica reiteradamente mencionada de decisões do STF e dos projetos de lei que tramitavam sobre a mesma matéria no Congresso Nacional.

harmonizar-se com as preferências políticas e ambições eleitorais e que os atores extraprocessuais buscam analisar e considerar os motivos de princípios e de conveniência (WHITTINGTON, 2001b, p. 820-822). Deve-se ainda observar que essas matérias ocupam boa parte da agenda dos atores extraprocessuais no Brasil, incluindo o Ministério Público, que rotineiramente investiga e atua nessas matérias sob o viés principiológico e substancial, sem olvidar o aspecto político, democrático ou procedimental, ao permitir o diálogo com a sociedade, com outras instituições e poderes governamentais, além de defender o interesse público e as demandas sociais.

A crítica à interpretação constitucional extraprocessual é descabida mesmo quando se trata de atores com representação política advinda do voto popular. Embora a fundamentação das decisões proferidas pelos atores judiciais seja obrigatória, é falsa a afirmativa de que os políticos ou atores extrajudiciais individualmente considerados não justificam suas ações ou votos. Segundo estudos sobre o comportamento de decisões parlamentares, tais atores precisam constantemente justificar suas ações perante o eleitorado e correligionários por vários instrumentos, como cartas, conversas, a fim de persuadi-los do acerto ou da tolerabilidade do voto, evitando, assim, ser alvo de campanhas da oposição e preparando-se para oferecer razões públicas de suas ações quando questionados (WHITTINGTON, 2001b, p. 822-824).

Obviamente que a interpretação constitucional extraprocessual de caráter político e eleitoral depende do apoio da maioria para ser bem-sucedida. Essa dependência é uma distinção importante em relação à interpretação judicial. Por outro lado, a pressão eleitoral não representa algo normativamente problemático, visto que é uma pressão natural que se reflete no julgamento daqueles que receberam o poder da representação política por delegação e têm de prestar contas (*accountability*) a sua base ou seu eleitorado, o que demonstra a existência de um diálogo contínuo e de um ajuste (*rectius*: acordo) entre os representantes e seus eleitores (WHITTINGTON, 2001b, p. 824-825).

A pressão eleitoral, apesar de ser normal no sistema representativo, político ou eleitoral, não se aplica com a mesma intensidade e força ao Judiciário, nem ao Ministério Público, uma instituição burocrática incumbida da defesa do interesse público e das demandas sociais. A superação da ideia de fórum de princípio é plenamente aplicável à instituição ministerial. Ao Ministério Público não cabem as acusações feitas aos demais atores representativos, porque o órgão ministerial não tem representação eleitoral ou delegação por meio do voto popular, nem as acusações feitas à Corte, pois o Ministério Público não tem a pretensão de fazer acordo deliberativo na concretização das normas constitucionais e dos

direitos humanos baseado exclusivamente em princípios. Seu intento é deliberar por meio de acordos que levem em consideração a vontade dos atores envolvidos, segundo as premissas das normas internacionais e constitucionais sobre direitos humanos, levando em consideração os argumentos de princípios e de política.

Por outras palavras, há instituições nesse processo que têm natureza burocrática e, por consequência, não têm natureza eleitoral, apesar de ter legitimidade substancial e procedimental, como o Ministério Público, que seria propício para mediar o fórum de princípio e o fórum democrático no debate acerca do significado e da concretização das normas constitucionais e internacionais que versam sobre direitos sociais. Assim, o Ministério Público é uma instituição extraprocessual que explora o debate moral, ao permitir a igualdade, a racionalidade e o acordo fundamentado, sem olvidar os anseios sociais, políticos ou democráticos, mas não se submete ao mesmo grau de pressões eleitorais diretas, políticas ou de conveniência, que ocorrem no Parlamento e no Poder Executivo. Dessa forma, na concretização extraprocessual das normas constitucionais e dos direitos humanos, o Ministério Público tem a vantagem de ser um órgão burocrático que pode mediar a força democrática sem descuidar da legitimidade substancial (fórum de princípio) e da legitimidade procedimental (fórum de utilidade)<sup>178</sup>.

Ademais, o próprio STF fez muito poucos reparos morais na expressiva maioria de suas decisões, quando da apreciação da constitucionalidade de atos normativos perante a Corte, o que evidencia, em certa medida, racionalidade e atendimento ao fórum de princípio dos atos parlamentares. Essa conclusão pode ser verificada na pesquisa empírica das decisões do STF, no período de vinte e um anos (1988-2009), que permitiu concluir que a Corte, ao apreciar as normas, como questões de direitos ou regra de razão, manteve 86,68% dos atos legislativos editados pelo Congresso Nacional, discordando moralmente apenas de 13,32% da totalidade dos atos que foram submetidos à Corte, isso sem contar que a proporção de normas declaradas inconstitucionais pelo STF é insignificante em relação à quantidade de atos normativos editados (0,02%) (POGREBINSCHI, 2011, p. 11-13), visto que muitos atos normativos nem sequer tiveram ventilado qualquer traço de inconstitucionalidade.

Essa pesquisa mostra que a Corte não pode ser considerada como a única intérprete constitucional e que os atores extrajudiciais, em um grau elevado, editam normas e fazem acordos deliberativos com acerto moral, apesar da alegação de que alguns desses poderes,

---

<sup>178</sup> Cabe neste momento fazer uma observação metodológica: nesta tese, pretende-se apenas aplicar o diálogo em rodas procedimentais, que culminam numa última palavra provisória, aos problemas de concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, visto que esse é o objeto da tese, sem qualquer pretensão de demonstrar a sua aplicabilidade ou inaplicabilidade aos direitos civis e políticos ou individuais e subjetivos.

como o Parlamento e Poder Executivo, sejam refém da pressão política e da conveniência, além de despreparadas para participar do debate moral, por não pautarem suas deliberações no fórum de princípio. Uma simples alegação lógica pode facilmente inferir que as leis que protegem o hipossuficiente, como o trabalhador, o consumidor, a criança e o adolescente, o meio ambiente e outros direitos humanos, são agraciadas de acertos morais, quando analisadas como questão de direito ou regra de razão. De fato, muitos desses atos normativos foram editados, em certo grau ou medida, atentando tanto contra as razões morais trazidas pelo texto constitucional, pela prática histórica e pelos precedentes judiciais, como contra os possíveis argumentos irracionais guiados pela conveniência e pelas pressões políticas.

A terceira virtude judicial – a **força contramajoritária** – seria necessária para combater uma tirania da maioria. Essa alegação fundamenta-se (em certa medida) num equívoco empírico, visto que juízes também são constrangidos e motivados por climas políticos e não necessariamente representam uma oposição entre maioria e minoria, e a Corte também comete potenciais violações constitucionais que não são percebidas por outros poderes (WHITTINGTON, 2001b, p. 827-844). Ademais, a polarização entre maioria e minoria é retórica, pois, na verdade, o que há é um conflito entre duas minorias ativas: uma organizada no Parlamento e a outra que a Corte defende contra o *status quo* da minoria que influenciou o Parlamento. Assim, em vez da prevalência da posição da minoria que se mobilizou e conseguiu a coalizão majoritária no processo legislativo, passa a valer a preferência da minoria derrotada, que se tornou vitoriosa na Corte (MORTON, 1999, p. 26).

Na superação da crítica à interpretação extraprocessual, cabe esclarecer que há dois tipos de maioria: a maioria popular ou de razão social, que compreende o grupo de interesses numérica ou ideologicamente majoritário (FRIEDMAN, 1993, p. 9), e a maioria política ou de razão política, que representa as coalizações políticas aptas a fixar ou a retificar diretrizes de governo, formando a maioria parlamentar ou de governo (COENEN; DAHL, 1957, p. 284), que pode ser denominada de “representação política majoritária por delegação”. Porém, como a questão da aceitação popular foi tratada anteriormente, na abordagem da crítica à supremacia judicial no capítulo 4.3.4, apenas o segundo tipo de maioria é focalizada na análise da divisão de funções estatais entre os poderes. Com efeito, qualquer decisão judicial que contrarie decisões da maioria política representativa pode ser considerada contramajoritária<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> De qualquer sorte, convém observar que os argumentos sobre interesse majoritário ou contramajoritário, opinião pública e imparcialidade judicial são de difícil constatação ou efetiva verificação, visto que essas ideias

É certo que, na concepção do controle de constitucionalidade, a Corte foi desenhada de forma independente, para ser um corpo intermediário entre o povo e o legislador e para manter o Parlamento dentro dos limites e da autoridade conferida constitucionalmente, de forma a proteger o povo de suas próprias paixões em sede da representação política delegada, o que daria à Corte, ao menos ideologicamente, um papel contramajoritário. Porém, essa objeção à interpretação extraprocessual subestima a dinâmica política de competição entre instituições ao empregar um quadro de interpretação judicial, pois, em geral, as cortes não são contramajoritárias e os atores não judiciais não são implacavelmente majoritários, de sorte que, analiticamente, não é claro que o contramajoritarismo é a melhor forma de entender o processo e os objetivos da interpretação constitucional (WHITTINGTON, 2001b, p. 829-830).

A defesa da concepção contramajoritária acaba por obscurecer a distinção entre as ideias de supremacia judicial, de autoridade para definir princípios constitucionais, de controle de constitucionalidade e de correção de atos inconstitucionais, que apesar de relacionados não significa que devam ser de responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário. O controle de constitucionalidade pode ser importante para avaliar os excessos democráticos, para conter os abusos majoritários e para verificar e defender a situação ou a condição da minoria política, mas essa necessidade não precisa estar vinculada à autoridade dotada de supremacia judicial, pois é pouco provável que o Judiciário produza mais interpretações contramajoritárias significativas do que faria a interpretação extraprocessual (WHITTINGTON, 2001b, p. 830-831).

Deve-se observar que todos os argumentos de Keith Whittington (2006) voltam-se para atores políticos eleitos, que não é o caso do Ministério Público. Por isso, podem-se conceber claramente defesas contramajoritárias na concretização de direitos humanos por instituições de natureza político-burocrática, sem que se precise falar do grau de pressão eleitoral e política que sofreriam o Parlamento e o Poder Executivo.

Por outro lado, deve-se constatar que não há instituição imune às pressões políticas, pois mesmo um Judiciário (ou Ministério Público) independente precisa preocupar-se com a reação política de suas decisões e com a complicação de seus cumprimentos, o que leva os juízes a moderar suas deliberações para acomodá-las às realidades políticas, visto que os membros do Judiciário também estão sujeitos, em questões constitucionais, às mesmas mudanças, aos mesmos espíritos públicos e às mesmas circunstâncias sociais e políticas a que

---

partem de certos pressupostos ideais ou imaginários, sem muita necessidade de confirmação empírica ou constatação científica de ordem prática.

estão sujeitos os políticos eleitos (WHITTINGTON, 2001b, p. 832). Utilizando como exemplo a era judicial *Warren*, que foi de muito ativismo, Keith Whittington (2006, p. 833) argumenta que a Corte foi largamente consistente com as preferências majoritárias de sua época, pela simples razão de que o Judiciário pode até não ser tão sensível às mudanças da opinião pública, quanto os cargos eleitos, mas raramente atua fora de sintonia do contexto político por muito tempo. Isso sem levar em consideração que muitas questões constitucionais não envolvem uma maioria específica, mas problemas entre duas ou mais minorias.

Nessa perspectiva, as interpretações constitucionais da Corte são mais importantes quando suas decisões estão de acordo com a maioria ou diante da ausência de maiorias políticas, do que quando contrariam a opinião majoritária, e quando a interpretação judicial converge para a interpretação extrajudicial, ao invés de divergir dessa interpretação. Assim, numa visão interativa da concretização dos direitos humanos e das normas constitucionais, a Corte pode explorar a intensidade de variações nas preferências políticas e as dificuldades de definição de agenda e de ações coletivas na arena política para avançar na sua agenda constitucional (WHITTINGTON, 2001b, p. 834).

A ideia de que os atores políticos eleitos são majoritários não resiste muito a alguns argumentos analíticos mais sérios, pois, mesmo num contexto partidário, há um número substancial de deserções para apoiar a oposição, sem formar verdadeiramente uma corrente majoritária definida. Assim, as tensões precisam ser reduzidas por coalizões políticas (ou acordos políticos) bem-sucedidas, visto que, com a representação de eleitores heterogêneos, os políticos tendem a ser mais moderados e menos polarizados, bem como tendem a buscar atender aos interesses da heterogeneidade, o que engloba a minoria (WHITTINGTON, 2001b, p. 837). Nesse sentido, observa-se que as decisões políticas dependem muito mais da qualidade do acordo básico do que da vontade estreita das maiorias.

Do mesmo modo, o quadro contramajoritário é problemático e confuso, por razões analíticas ou empíricas: de um lado, tende a defender a existência de um antagonismo entre populismo e princípios; de outro, julga que a defesa do princípio constitucional e político requer a rejeição da vontade da maioria. Isso advém de certa crença de que a Constituição se externaliza por um terceiro independente, mas a Constituição não é uma força externa julgada por algum poder imperial, antes de tudo reflete os valores e vontades de um povo. É melhor pensar numa constituição mais efetiva e significativa, que tenha sido internalizada e formada

pelos debates dentro da política, do que pensar numa interpretação constitucional constrangida por políticos externos<sup>180</sup> (WHITTINGTON, 2001b, p. 837)).

Seguindo essa premissa, verifica-se que a insistência na pureza de princípios abstratos e a crença na separação estrita entre interesses políticos e princípios militam contra uma interpretação extraprocessual e contra o bom funcionamento do sistema constitucional, pois razões e vontades são exigências de uma república bem ordenada, onde a legitimidade constitucional depende da convergência da razão e da vontade para a concretização de uma vontade razoável que permita a participação efetiva igualitária e o debate racional sobre os argumentos apresentados para culminar na realização de acordo deliberativo fundamentado. Por outras palavras, interesses e princípios frequentemente convergem e reforçam-se mutuamente, de forma que muitas reformas são desejáveis e constitucionais ou indesejáveis e inconstitucionais, o que revela uma pequena divergência ou contraposição entre interesses e princípios, visto que princípios constitucionais tornam-se menos seguros se desconectados dos interesses sociais e políticos porque tais interesses motivam atores políticos a dar suporte e a defender a Constituição (WHITTINGTON, 2001b, p. 841-842).

É certo que o STF tem supostas decisões ideológicas ou numericamente contramajoritárias, sob a ótica da representação política delegada, como foi a ADI n.º 4.277/DF e a ADPF n.º 132/RJ, que consagraram a união homoafetiva no Brasil. Porém há muitos casos de decisões majoritárias, como a ADC n.º 4 (liminares contra a Fazenda Pública) e a n.º 16 (irresponsabilidade subsidiária objetiva da Fazenda Pública por créditos trabalhistas), que consideraram constitucionais leis que afetam direitos humanos de natureza substancial ou processual. Cabe ainda observar que, mesmo sob a alegação de serem supostamente contramajoritários, os julgamentos do STF têm certamente refletido novos valores majoritários na sociedade brasileira em várias áreas: uso das células-tronco embrionárias, união homoafetiva, gravidez de feto anencéfalo, nepotismo no Judiciário, impunidade e corrupção (Lei da Ficha Limpa), reservas indígenas etc., porque a Corte estaria refletindo os valores e preferências da maioria política ou popular.

---

<sup>180</sup> Deve-se observar que essa crítica poderia ser dirigida ao Ministério Público, por ser um terceiro que não foi eleito pelo voto popular, porém o Ministério Público ocupa uma posição intermediária: por meio do diálogo, busca concretizar os direitos humanos, utilizando, com igualdade, racionalidade e acordo fundamentado, a participação dos envolvidos, incluindo o Parlamento, o Poder Executivo e demais entidades políticas, o que mitiga a crítica democrática. Ainda pela mesma razão, o Ministério Público não tem o poder de decidir em regime de substituição aos envolvidos, como tem o Poder Judiciário, necessitando obrigatoriamente de argumentos de princípios e de vontades e interesses rumo à convicção dos partícipes para alcançar o acordo de concretização dos direitos humanos. Por último, cabe observar que a crítica democrática também perde força por ser o Ministério Público uma instituição que tem autonomia constitucional e representação política ou funcional por meio da proteção do interesse público ou coletivo e das demandas sociais.

Consultando os dados estatísticos do STF relativos ao controle de constitucionalidade concentrado, constata-se que apenas 25,03% das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) propostas foram julgadas integralmente procedentes e 6,58%, procedentes parcialmente, as demais decisões tendo sido julgadas improcedentes, não conhecidas ou outro resultado negativo<sup>181</sup>. Na classe das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO), todas tiveram resultados negativos, sendo 40% de improcedência e o restante, não conhecidas ou de resultado não identificado<sup>182</sup>. Na classe de ações diretas de constitucionalidade (ADC), apenas 26,32% foram julgadas improcedentes, pois as demais, de uma forma ou de outra, consagraram o entendimento da maioria parlamentar, confirmando o ato legislativo editado<sup>183</sup>. No mesmo sentido, mas com mais ênfase é o resultado em sede de ADPF: apenas 3,85% foram julgadas procedentes, o que evidencia amplo entendimento parlamentar majoritário, inclusive de maiorias parlamentares anteriores à Constituição vigente. Esses dados demonstram que, no Brasil, a Corte não decide usualmente contra a maioria parlamentar, mas conforme o entendimento da maioria da representação político-parlamentar<sup>184</sup>. Por outro lado, a pesquisa também demonstra que as decisões da Corte consideram, em certa medida, a aptidão das instituições extrajudiciais para atender questões de direito na edição de seus atos normativos, revelando elevado grau de ponderação entre as razões de princípios e os argumentos de política nas deliberações parlamentares.

Vendo por outro prisma, cabe destacar que os atores políticos eleitos pelo voto popular editam muitos atos que atendem a minoria numérica ou ideológica ou a classe desfavorecida, sem que qualquer instituição venha a questionar a constitucionalidade de tais atos, como é o caso, no Brasil, das leis de proteção à infância e à juventude, ao idoso, ao indígena, ao consumidor, aos portadores de deficiência física, aos quilombolas etc.

Ademais, importa destacar que o número de atos normativos cuja constitucionalidade é questionada é bem reduzido, quando considerada a quantidade total de atos normativos editados, o que evidencia um raciocínio analítico no sentido que de as instituições extraprocessuais, ainda que submetidas à pressão popular direta, usual e corriqueiramente, não editam, com frequência, atos inconstitucionais ou contra a minoria política ou popular, numérica ou ideologicamente considerada. O Ministério Público, que não tem cunho eleitoral,

---

<sup>181</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

<sup>182</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=ado>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

<sup>183</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adc>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

<sup>184</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

mas sim político-burocrático, e é sensível às razões principiológicas e democráticas, com maior razão, terá um ambiente procedimental, substancial, teórico e organicamente apropriado para concretizar os direitos humanos com base numa atuação dialógica que leva em consideração o fórum de princípio e de utilidade, bem como na participação dos envolvidos de forma igualitária, para, praticando a persuasão racional, alcançar um acordo fundamentado, concebido no processo dialógico extraprocessual que atenda a interesses públicos e a demandas sociais.

Além das conclusões acerca do acerto moral dos atos normativos editados pelo Parlamento, no que se refere aos argumentos contrários à virtude da deliberação principiológica ou com base na regra de razão (*rule of reason*) da Corte (WHITTINGTON, 2001b, p. 809), a análise realizada em decisões finais em processo de controle concentrado do STF, que tinham como objeto atos do Congresso Nacional, permite também algumas considerações sobre o papel da Corte constitucional brasileira e a relação com a representação política democrática ou a ideia majoritária ou contramajoritária eleitoral (POGREBINSCHI, 2011):

- a) o STF não tem dificuldade contramajoritária, pois, na maioria de suas decisões de mérito, a Corte confirma a expressiva maioria da produção legislativa do Congresso Nacional, sendo inexpressiva a quantidade de decisões que declaram a inconstitucionalidade de leis, no todo ou em parte<sup>185</sup>;
- b) o STF reforça a vontade majoritária expressa pelo Parlamento federal, visto que é expressiva a quantidade de decisões que se abstiveram de apreciar a inconstitucionalidade de atos do Congresso Nacional<sup>186</sup>;
- c) o STF não ocupa um suposto vácuo normativo deixado pelo Legislativo, pois, no momento do julgamento das ações pelo Supremo, havia projeto de lei ou lei regulando a matéria no mesmo sentido do julgamento<sup>187</sup>;

---

<sup>185</sup> Apenas 13,32% das ADI e das ADPF tiveram seus pedidos julgados procedentes. Das 67 decisões do STF, somente 47 foram contestadas, e 3 decisões declararam integralmente a inconstitucionalidade das leis apreciadas, uma delas pertencendo ao regime constitucional anterior. Considerando-se o total de 12.749 normas promulgadas pelo Congresso Nacional, apenas 0,02% foi invalidada pela Suprema Corte do país, o que evidencia a confirmação e não a infirmação dos atos parlamentares majoritários. Da mesma forma, esses dados mostram a convergência entre os argumentos de princípios e de política nas deliberações parlamentares que se submeteram à apreciação do STF, razão pela qual tal pesquisa desmistifica a Corte como instituição exclusivamente contramajoritária e única na deliberação sobre princípios.

<sup>186</sup> A pesquisa sobre as decisões do STF mostra que, em 21 anos, 74,35% foram indeferidas sem ter o mérito discutido, restando apenas 25,65% das ADI e ADPF que tiveram suas razões robustamente contestadas e apreciadas no capítulo meritório. Somando-se as indeferidas processualmente às demandas que tiveram o mérito apreciado, infere-se que o STF confirmou a expressiva maioria da produção legislativa do Congresso ao indeferir, com ou sem resolução de mérito, 86,68% das ações que foram ajuizadas contra leis produzidas pelo Parlamento federal.

- d) o STF não enfraquece o Parlamento ao sobrestar as decisões majoritárias do Congresso Nacional, visto que, a cada julgamento da Corte, o Legislativo responde às decisões judiciais<sup>188</sup>;
- e) o STF propulsiona a agenda do Congresso Nacional, impelindo-o a legislar sobre determinados temas em certos momentos específicos, simplesmente em razão da constatação de que o Parlamento corriqueiramente responde posteriormente às decisões da Corte<sup>189</sup>;
- f) o STF não tem um comportamento sistêmico e unívoco, favorável ou desfavorável a nenhuma coalizão majoritária formada desde 1988, de forma a ser rotulado de oposicionista ou governista, pois os julgamentos procedentes ou improcedentes proferidos pela Corte no período de 1988 a 2009 foram simétricos com a constatação de que 85% das leis aprovadas pelo Parlamento têm iniciativa no Executivo;
- g) o STF tende a preservar o trabalho realizado pelo Congresso Nacional, limitando os efeitos das decisões ou evitando declarar leis inconstitucionais por meio das técnicas de interpretação conforme a Constituição, de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e de modulação dos efeitos da decisão, o que demonstra a postura de correção e de aperfeiçoamento da Corte que atenua o caráter contramajoritário das decisões procedentes no todo ou em parte sobre a inconstitucionalidade dos atos normativos aprovados pelo Congresso Nacional (POGREBINSCHI, 2011, p. 10-13).

Desmistificada a questão da ideia contramajoritária e do fórum de princípio do Poder Judiciário, cabe reafirmar que a instituição ministerial entra nessa seara para ser mais um ator político, de natureza burocrática, que a Constituição brasileira criou para a concretização das normas constitucionais e internacionais que tenham por objeto sindicar o regime democrático,

---

<sup>187</sup> No momento em que o STF julgava procedente uma ADI ou uma ADPF, havia uma média de 11,75 projetos de lei em tramitação na Casa de leis e 2,6 normas vigentes que versavam sobre exatamente o mesmo tema da norma questionada.

<sup>188</sup> Após os julgamentos sobre a parcial ou a total inconstitucionalidade de atos parlamentares federais, realizados pela Corte, o Congresso respondeu, em média, no período de mais de duas décadas, com 6,85 projetos de lei e 1,29 ato normativo que tratavam exatamente dos mesmos temas apreciados pelo STF. Esses dados revelam que interesses e princípios frequentemente convergem e reforçam-se reciprocamente, mostrando um certo compasso entre as questões de direito e a conveniência dos desejos políticos e populares ou uma pequena divergência ou contraposição entre interesses e princípios, pois são os interesses sociais que motivam os atores políticos a dar suporte e a defender a Constituição no que se refere ao fórum de princípio.

<sup>189</sup> O Poder Legislativo federal, no período da pesquisa, respondeu apresentando, em média, projetos de lei 16 meses após a decisão judicial; 45,83% deles são apresentados em menos de 6 meses, levando-se em consideração o tempo médio de apresentação do primeiro projeto de lei. O tempo médio de aprovação da norma é de 32 meses após a decisão da Corte no Brasil, com o mesmo tema da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional.

a ordem jurídica e os direitos coletivos, sociais e individuais indisponíveis. Nesse contexto, a defesa aqui postulada não tem a pretensão de excluir qualquer ator político da tarefa de concretização dos direitos humanos, mas tão somente de asseverar que o Ministério Público é um ator político-burocrático importante nessa tarefa concretizadora.

A autoridade para interpretar a Constituição é compartilhada por múltiplos atores e instituições dentro do sistema político, ao invés de ser fixa numa hierarquia estável, com competências segmentadas, no claro intuito de acomodação dos interesses políticos ou populares com os direitos humanos ou princípios jurídicos. As interpretações judiciais e extraprocessuais podem coexistir. Entretanto, a questão é definir o grau de deferência às interpretações judiciais, (WHITTINGTON, 2001b, p. 848), o que pode ser feito pela coordenação dos procedimentos e atos que cada instituição pode desenvolver – como ocorre com o procedimento conduzido pelo Ministério Público, que pode concretizar os direitos humanos –, mas também está sujeito a novas rodadas procedimentais sediadas na arena judiciária ou legislativa, caso a questão seja objeto de demandas judiciais ou de processos legislativos.

Uma teoria constitucional que incorpora a concretização constitucional extraprocessual deveria dizer não só qual é o significado constitucional, mas também como constitucionalmente os atores políticos devem comportar-se por meio de consenso político (acordo político racional) (WHITTINGTON, 2001b, p. 851).

Com efeito, apesar do acerto de muitas considerações teóricas desse pensamento dialógico, vários problemas podem ser apontados em relação a essa teoria. O primeiro seria a dificuldade de identificar quais as áreas específicas de cada ramo e o *status* definitivo ou não da decisão, o que ocasionaria, em razão da independência interpretativa, problemas relacionados à separação de poderes (BATEUP, 2006, p. 1137)<sup>190</sup>. Essa teoria, entre as apresentadas, é a que mais pode justificar a atuação ministerial no diálogo institucional, pois permite ao Ministério Público participar da construção de acordos políticos racionais e fundamentados sobre o significado e a concretização das normas constitucionais e dos direitos

---

<sup>190</sup> No plano descritivo, a crítica minimiza e negligencia o papel do diálogo que permite a participação de mais de um ramo, o exercício de funções pedagógicas, o oferecimento de razões para o debate. Também é objeto de crítica o caráter conflitante ou competitivo da interpretação constitucional, uma vez que o diálogo encerra-se quando o poder institucionalmente mais forte garante o acolhimento de sua interpretação. Assim, sendo concorrente a interpretação constitucional, impor-se-ia a compreensão da parte vencedora, o que reduziria a função do Judiciário no diálogo (BATEUP, 2006, p. 1141-1142). Contudo, tais críticas são afastadas pelas razões apresentadas contra as críticas às teorias do diálogo e com as teorias do diálogo apresentadas, em especial, as teorias da interpretação coordenada e da rodada procedimental e última palavra provisória, que compõem as divergências no sentido de acomodação da concretização dos direitos sociais.

humanos, e a participação igualitária dos atores políticos envolvidos, de forma a se alcançar um pacto que compreenda boas opções.

Apesar das críticas, verifica-se que essa teoria, juntamente com a teoria da parceria (HIEBERT, 1996, 2002, 2004) – que não deixa de ser uma espécie da teoria da construção coordenada –, é compatível com a participação ministerial no diálogo institucional, tendo em vista a concretização dos direitos humanos viabilizados por políticas públicas na seara extraprocessual e processual. Ademais, o caráter competitivo e conflitante da interpretação constitucional não enfraquece o diálogo, quando procedimentalmente se formulam normas claras em uma rodada procedimental para que se alcance a última palavra provisória, até que se instaure uma nova rodada e se estabeleça nova palavra provisória. Assim, o diálogo estabelece-se na teoria da decisão e não se exclui a possibilidade de novas visões e deliberações do problema até a acomodação da questão, ainda que provisoriamente.

Como se afirmou, pesquisas têm demonstrado que os juízes não decidem sem total apoio popular, pois as decisões judiciais têm certa margem de aceitação e precisam de apoio, mesmo que em desacordo com a maioria, de tal sorte que, se o povo não apoiar integralmente as decisões, dificilmente elas se manterão. Assim, é altamente improvável que a população permaneça disposta a apoiar um sistema em que só os juízes invalidem leis populares, mas a população pode apoiar um sistema em que, algumas vezes, juízes invalidem leis, assim como pode aplaudir um sistema que às vezes prive a população de suas preferências imediatas em nome de outros valores (FRIEDMAN, 1993, p. 131-135).

Nos Estados Unidos, berço do controle de constitucionalidade difuso, há vários exemplos de concretização da interpretação constitucional por atores extrajudiciais: a determinação do Congresso para que o Presidente pudesse unilateralmente remover servidores públicos; o sucesso presidencial no veto de leis por motivos políticos e na exclusão do Senado das negociações dos tratados; a definição pela Câmara e pelo Senado do que seja crime de responsabilidade e incompatibilidade partidária com o ofício de julgar; a interpretação presidencial, dada por Lincoln, de que os estados não podem separar-se da união federal etc. (WHITTINGTON, 2001b, p. 804-805).

Na história canadense, aponta-se a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Essa questão contou com uma atuação dialógica e extrajudicial muito importante: o Poder Executivo dirigiu consulta à Corte, cuja resposta é desprovida de efeito vinculante no sentido de saber sobre a constitucionalidade de lei federal que regulasse a união homoafetiva. A hipótese normativa canadense culminou com a aprovação de uma lei federal que tornou possível a união entre pessoas do mesmo sexo. Instalou-se uma intensa polêmica, porque cada

província era competente para estabelecer as normas referentes a matrimônio; as províncias mais populosas, como Columbia Britânica, Ontário e Quebec, permitiram a união homoafetiva, enquanto as demais continuaram a proibi-la, utilizando-se da cláusula não obstante da Seção 33, da Carta canadense<sup>191</sup>. O Executivo federal não aguardou o pronunciamento da Suprema Corte e submeteu-lhe uma consulta sobre a constitucionalidade da aplicação da norma federal em todo o território nacional. A Suprema Corte, em decisão unânime, afirmou a constitucionalidade de tal medida, o que abriu as portas para a aprovação do *Civil Marriage Act*, em 20 de julho de 2005 (HOGG, 2006, p. 715-716).

No Canadá, idealizaram-se algumas estruturas dialógicas, como a participação do Ministério da Justiça e dos advogados públicos na formulação de políticas públicas, declarando a compatibilidade ou não com as decisões da Corte, para prevenir questionamentos judiciais das políticas públicas (HIEBERT, 1996, p. 118-125). No Brasil, concebeu-se a necessidade de criação de órgãos de planejamento que pudessem formular e controlar as políticas públicas, suscitando incompatibilidades perante a Corte e denunciando ao Parlamento as omissões e ações que contrariassem a concretização dos direitos sociais (COMPARATO, 1989, p. 113).

Esses exemplos demonstram que a interpretação constitucional extraprocessual ganha estabilidade em uma variedade de fontes da opinião popular, bem como ganha importância para discutir foro de princípios e integrar-se à democracia direta ou representativa.

É nesse contexto que a instituição do Ministério Público ingressa para participar não só do diálogo e da deliberação acerca de políticas públicas, como instituição parceira e coordenada, mas também da aplicação das normas constitucionais e da concretização dos direitos humanos, de forma a conceber a divisão das funções estatais entre os poderes com base na liberdade e na divisão do trabalho.

Nas teorias do diálogo, várias formas têm sido imaginadas para buscar legitimar procedimental e substancialmente as decisões de Estado, suprimindo o *deficit* democrático e moral que instâncias, órgãos ou poderes isolados de tomada de decisões têm, embora os

---

<sup>191</sup> O parágrafo único do art. 96, da Constituição de 1937 trazia uma possibilidade de superação da decisão de inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, quando esta lei, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou de defesa de interesse nacional de alta monta. Porém, para que isso ocorresse o Presidente deveria submeter a lei ao exame do Parlamento, que se a confirmasse pelo quórum de dois terços afastaria o efeito da decisão da Corte (SOUZA, 2013, p. 102, nota de rodapé 129). Apesar de parecer um instrumento interessante para que se possa pensar um modelo constitucional dialógico como uma espécie de cláusula não obstante, não se deve esquecer que tal previsão constitucional tem momento histórico de autoritarismo e não foi ventilada em períodos republicanos.

estudos dos teóricos voltem-se mais para o *deficit* democrático do controle de constitucionalidade, do que para o *deficit* moral das instâncias democráticas ou legislativas<sup>192</sup>.

Em vez de focar os critérios estritamente interpretativos, as teorias do diálogo baseiam-se no processo institucional, no qual decisões constitucionais são concretizadas, evidenciando a necessidade de construção ou de elaboração conjunta do sentido constitucional, especialmente, para os direitos sociais. A dificuldade contramajoritária e de deliberação principiológica ou com base na regra de razão no que se refere ao *deficit* democrático é atenuada pela participação de atores políticos não judiciais na interpretação constitucional, quando há uma discordância acerca das decisões da Corte, ou seja, quando se permite a resposta dos ramos políticos sujeitos à prestação de contas (*accountability*) dos efeitos das decisões judiciais aos demais ramos governamentais<sup>193</sup> e aos eleitores.

No Ministério Público, essa questão é atenuada pela possibilidade de participação da sociedade, organizada ou não, em seus procedimentos deliberativos pactuados, por meio de instrumentos, como inquérito civil, audiência pública, termo de concretização dos direitos humanos, recomendações etc. Assim, o Ministério Público, nos procedimentos que preside ou conduz, pode apresentar razões substanciais para procedimentalmente dialogar com os envolvidos e, ao mesmo tempo, discutir com todos os setores ou atores envolvidos, permitindo a acomodação dos interesses sociais concretizados do ponto de vista moral (princípios) e democrático (conveniência e utilidade), por meio da participação ampla no debate, na apreciação das razões apresentadas e na fundamentação das deliberações dialogadas e submetidas a acordo político, cujo esforço serve, no mínimo, para se obter clareza do desacordo político existente e das medidas a serem adotadas.

Essas teorias aliam-se às recentes contribuições das ciências sociais, que afirmam que o controle de constitucionalidade não seria contramajoritário, pois a decisão judicial não seria final e, portanto, não se sobreporia à vontade majoritária popular (FRIEDMAN, 1993, p.

---

<sup>192</sup> De acordo com um artigo recente, a judicialização está umbilicalmente ligada à deficiência do Legislativo e a desjudicialização, à insuficiência do Judiciário (RIBEIRO, 2013, p. 25-32). O raciocínio é óbvio e guarda alguma consonância com o que se defende nesta tese sobre o *deficit* democrático do Judiciário e o *deficit* moral do Parlamento. O certo é que, entre os *deficit* parlamentar e judicial, abre-se espaço para a concretização constitucional extraprocessual por meio do diálogo institucional, em especial, para o Ministério Público, cuja função constitucional é proteger o regime democrático, a ordem jurídica e os direitos e interesses coletivos, sociais e individuais indisponíveis, além de zelar pelo respeito aos poderes e serviços de relevância pública que garantem os direitos previstos na Constituição.

<sup>193</sup> Um dos principais elementos constatados no modelo contemporâneo de divisão de funções estatais (separação de poderes) é a *accountability* horizontal, representada pelo dever que os poderes têm de justificar-se mutuamente (PIETERSE, 2004, p. 385), como decorrência lógica da complexidade que envolve a concretização dos direitos sociais, que exige dos juízes a análise com cautela das consequências prática de suas decisões (SOUZA NETO, 2008, p. 529), situações que devem ser levadas em conta quando da deliberação coletiva tomada em rodadas procedimentais dialógicas presididas pelo Ministério Público.

127). Assim, mesmo que a palavra do Judiciário seja final para as partes da demanda, ela não tem o condão de impedir as discussões mais amplas sobre os assuntos constitucionais por conta de uma variedade de limitações políticas e institucionais. As decisões judiciais necessitam de aceitação política ou popular, e o Legislativo pode propor leis que intencionam testar a consistência da decisão, assim como restringir seu âmbito de aplicação, o que permite que a Corte revise sua decisão posteriormente (BATEUP, 2006, p. 1118).

A Corte possui controles políticos, como as indicações presidenciais e a resposta às opiniões sociais, que condicionam os pronunciamentos da Corte. Assim, a Corte serve como disseminadora e facilitadora do debate sobre valores constitucionais. A Corte também funciona como mediadora do debate e, além disso, estabelece os termos nos quais o debate futuramente deverá ocorrer. Ela é tanto catalisadora do debate, quanto incitadora dos outros ramos do poder para que ajam de maneira deliberativa (BATEUP, 2006, p. 1158-1159).

A instituição ministerial tem uma função importante nesse contexto, visto que tem excelentes instrumentos processuais e extraprocessuais para instigar e promover discussões acerca dos problemas de concretização das normas constitucionais e dos direitos humanos, como inquérito civil, audiência pública, recomendação, acordos de concretização etc. Nos casos concretos expostos para fins de evidência empírica, fica clara a predominância do poder ministerial como o grande incitador e instigador do diálogo institucional.

O controle de constitucionalidade, por consequência, serve para facilitar e promover o diálogo. A recepção das decisões judiciais está sujeita ao debate popular e político. Tal diálogo pode influenciar as decisões futuras da Corte sobre o tema e chegar ao fim com o consenso (acordo) dos participantes (BATEUP, 2006, p. 1160).

Exposta a teoria da construção coordenada, cabe aprofundar mais uma teoria para refinar ainda mais os argumentos que legitimam a participação ministerial no processo e na estrutura de concretização das normas constitucionais, que é uma forma de abordar a deliberação extraprocessual da concretização dos direitos humanos, ainda que provisoriamente.

#### **4.4.3 Teoria da rodada procedimental e da última palavra provisória: a adaptação teórica ao diálogo extraprocessual do Ministério Público**

Após a análise teórica e prática do Ministério Público como ator ou instituição político-burocrática capaz de presidir diálogos institucionais para a concretização dos direitos humanos, especialmente dos sociais, cabe inserir essa visão em um contexto procedimental e

deliberativo, que dê conta, de forma coerente, da concepção ministerial dialógica no campo substancial e procedimental, para que se possa não só demonstrar como, burocrática e politicamente, a instituição insere-se nesse contexto, mas também como, teoricamente, funciona a deliberação dialógica provisória.

A teoria do diálogo institucional não representa competição ou conflito pela última palavra; defende, antes, um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares *expertises* e de seus contextos decisórios, são parceiras na busca do melhor significado constitucional ou da concretização dos direitos humanos, no sentido de que a divisão de funções estatais entre os poderes se envolva em um processo de circularidade e de complementaridade infinita (MENDES, 2013, p. 31).

Verifica-se que as teorias ventiladas, embora fundamentem a atuação ministerial em políticas públicas, não apresentam diretamente como as decisões tomadas em uma rodada procedimental podem valer até sua substituição por outra deliberação ministerial, judicial, executiva ou legislativa. De fato, as teorias do diálogo institucional abordadas preocupam-se demais em definir o “quem decide” e “o que se decide”, sem desenvolver outros questionamentos relacionados ao “como se decide”, ao “quando se decide”, ao “porque se decide”, ao “lugar da decisão e de seu cumprimento”, ao “custo da decisão” e às “cominações pelo descumprimento da decisão”, os quais formam elementos acidentais ou necessários à concretização e à realização dos direitos humanos.

A teoria da rodada procedimental dá um primeiro passo para ultrapassar os dois questionamentos iniciais para definir não só o quem decide e o que decide, mas também os questionamentos de como, quando e por que se decide numa democracia (MENDES, 2013, p. 54-60):

- a) a definição de **quem** decide (parlamentos, cortes e Ministério Público) está ligada à questão da legitimidade da autoridade, que tem de pautar-se por um conjunto de elementos, dependendo do tipo de procedimento, do tempo e da justificação da decisão, pois não há espaço para uma resposta monolítica e unidirecional, que será abordado de forma específica no capítulo 5;
- b) **o que** decide diz respeito ao conteúdo da decisão, que pode abranger direitos e políticas públicas, conforme abordagem especial no capítulo 3;
- c) **como** se decide concerne a um composto de conteúdo (*output*) e de procedimento (*input*) para definir os passos ou procedimentos de uma decisão válida e legítima, consoante se verá detalhadamente no capítulo 6;
- d) **quando** se decide também pode abranger o *output* (os efeitos temporais da decisão

- retrospectiva, prospectiva ou ambas), o *input* (o momento adequado para decidir) e a vigência da decisão proferida até que outra deliberação a substitua, como um empreendimento interativo a longo prazo de deliberações provisórias;
- e) **por que** se decide resulta de uma combinação de razões procedimentais (*input*) – razões que justificam por que um ator político decide alguma questão por meio de certo procedimento num determinado momento (razões morais procedimentais) – e de razões substanciais (*output*) – razões que justificam o conteúdo da decisão em si.

Assim, as teorias debatidas anteriormente não preencheram, até o momento, a lacuna sobre como, quando e porque decidir, o que foi enfrentado na teoria da rodada procedimental e da última palavra provisória. Por isso, defende-se inicialmente as ideias de última palavra provisória e de rodada procedimental aplicável à interpretação extrajudicial, que permite ver o regime político como um empreendimento a longo prazo, e não apenas como um conjunto de “momentos decisórios” isolados do soberano.

Conrado Hübner Mendes apresentou, ainda que de forma incompleta quanto aos questionamentos necessários à concretização de uma deliberação que versa sobre direitos humanos (como e quando), uma teoria constitucional para aperfeiçoar os procedimentos da Corte e mostrar os problemas de usos e costumes argumentativos. Sua teoria prescritiva do diálogo baseia-se em dois pilares: a “rodada procedimental”, que inicia o debate e confere uma resposta para resolver a questão até que se inicie e termine outra rodada, e a “última palavra provisória”, que ligada à ideia da “rodada procedimental” anterior garante a obediência à resposta conferida até que outro ou o mesmo poder dê outra resposta em outra rodada. Embora essa teoria seja idealizada para um diálogo entre parlamentos e cortes e de forma prescritiva, ela pode ser adaptada a uma pluralidade de intérpretes em um cenário extraprocessual dirigido por um ator não judicial, como é o caso do Ministério Público, que tem sua atuação fundamentada na estrutura constitucional.

Com efeito, a falibilidade das instituições demonstra uma justiça procedimental imperfeita, pois todas as instituições são igualmente falíveis. Cada instituição pode ter um quê de autogoverno, além da necessidade de conjugação dos objetivos de autogoverno e da resposta certa da democracia, do *input* e do *output* (balanceamento entre procedimento e substância), do procedimento legítimo e da maior probabilidade de que ele produza decisões acertadas. Nesse sentido, a minimização do erro decorre da interação deliberativa ou do diálogo e da busca de melhores razões públicas, pois a Corte, como última palavra, seria um álibi para o Parlamento descumprir a Constituição. Assim, como as teorias do diálogo até aqui

apresentadas mostram a insuficiência das teorias da última palavra definitiva e não dão respostas totalmente autônomas, Conrad Hübner defende uma teoria do diálogo com base em rodadas procedimentais e na última palavra provisória, que busca atender aos questionamentos relacionados ao como e ao quando se decide (MENDES, 2013, p. 168-169).

Apesar de parecerem contraditórias, as teorias do diálogo e da última palavra não são antagônicas, apenas respondem a perguntas diferentes, porém são interdependentes e interagem por meio dos conceitos de rodada procedimental – relacionada ao “como” e de última palavra provisória – relacionada ao “quando”, o que evidencia a complementaridade das duas teorias. Por outras palavras, o objetivo é conciliar a provisoriedade das decisões com a continuidade da política, sendo as decisões tomadas e os problemas concretos resolvidos, de forma que os mesmos temas são reprocessados pela comunidade política em outro momento (MENDES, 2013, p. 168-169).

Nessa tensão, Conrad Hübner vai desde Hobbes, que defende uma autoridade soberana com um desenho **vertical**, ao modelo dos federalistas, que propõem um desenho **horizontal** de coexistência dos poderes sem autoridade suprema. Isso faz da posição do soberano uma questão em aberto (compatível com as teorias da parceria e da construção coordenada do significado constitucional, departamental ou da constituição coordenada fora da Corte). As tentativas de conciliação entre soberania popular e compartilhamento das funções estatais entre os poderes foram expressas em três noções: o poder constituinte originário, a instituição representante do povo e a cooperação institucional, a última sendo a forma complementar entre diálogo e última palavra (MENDES, 2013, p. 178).

Em relação aos graus de ansiedade por autoridade ou à importância da última palavra, afirma-se inicialmente que ninguém tem a última palavra, simplesmente porque não há última palavra; há, antes, uma forma de interação, gradual ou provisória, sendo o direito visto como fato presente e empreendimento contínuo<sup>194</sup>. Dito de outra forma, a última palavra importa, mas de forma provisória ou em grau inferior à ansiedade formada, visto que a política, que tem como principal objeto os direitos sociais, é uma sequência ininterrupta de constatações e de revisões das decisões de autoridade. Por isso, na divisão de funções estatais entre poderes, não há um monopólio de decisões sobre o direito, há uma forma de interação gradual, que

---

<sup>194</sup> A defesa da ideia da provisoriedade nesta tese não tem a preocupação de que alguma decisão não possa ser definitiva; será assim, se houver acomodação natural e aceitação como uma decisão democrática e moralmente correta. Não se pretende que a provisoriedade seja obrigatória ou um processo naturalmente infinito de rodadas. O que se afasta nessa concepção é a definitividade exclusiva da deliberação de uma só instituição, seja parlamentar, seja judicial. É óbvio que a alteração constante das condições políticas da sociedade impõe teoricamente essa ideia, mas o que se defende nesta tese não é que alguma decisão passe naturalmente por uma acomodação definitiva; rejeita-se que uma instituição possa deliberar sozinha em caráter definitivo.

constrói soluções jurídicas estáveis, pois são necessárias decisões que revelem condutas, elaborem políticas e estabeleçam padrões de convivência (MENDES, 2013, p. 181-183), o que afasta as supostas virtudes da resolução definitiva, da deliberação principiológica e da proteção contramajoritária, presentes na ideia de supremacia judicial.

Os argumentos apresentados confirmam que o diálogo institucional tem uma virtude moderada, relativiza a última palavra e demonstra que os argumentos contrários à Corte e ao Parlamento podem coexistir, por meio da rodada procedimental, que teria dois eixos: a finitude da rodada (quando) e a continuidade da mobilização política em outra rodada procedimental (como). Concebe-se, assim, o compartilhamento das funções estatais entre os poderes como qualidade moral do que seja correto, razoável, desejável e justificável (MENDES, 2013, p. 189).

A legitimidade do poder e a obediência às decisões sem que haja discordância têm assento na reciprocidade e na razão pública, visto que são razões aceitáveis por outro cidadão, independentemente de suas convicções abrangentes. Logo, não obedecer à reciprocidade e à razão pública significa ofender o dever de civilidade e a amizade cívica. Com base na razão pública, a Corte pode utilizá-la para evitar que majorias transitórias rompam a estrutura da constituição, exercer um papel educativo e não deixar que o código moral saia da agenda. Da mesma forma, o órgão ministerial pode legitimar-se com base na razão pública e na reciprocidade nas mesmas tarefas, mas utilizando o acordo deliberativo fundamentado e a autonomia constitucional conferida pela ordem jurídica e social.

Ao considerar os modelos apresentados sobre a possibilidade de dar significado à constituição, observam-se três orientações: supremacia parlamentar (procedimento mais justificável, mas moralmente criticável); supremacia judicial (procedimento incompleto pela necessidade da democracia de decisões sobre questões de princípios; diálogo institucional (rodada procedimental que considera a falibilidade das instituições). Essa terceira orientação tem maior probabilidade de alcançar a resposta correta em questões de justiça (especialmente a distributiva) ou considera os elementos constitucionais essenciais (os princípios gerais que estruturam o processo político e os direitos e liberdades a serem respeitados pela maioria). Com efeito, ela concebe o diálogo em um jogo interativo mais rico e complexo e a necessidade de resolver a tensão entre direito e moral, visto que a democracia não pode abdicar do julgamento consequencialista para certificar a legitimidade de suas instituições (MENDES, 2013, p. 193-202).

Por fim, cabe ressaltar que a interação deliberativa não extingue a possibilidade de erro, mas maximiza a do acerto, de sorte que a Corte simboliza um esforço para fazer da

democracia não só um regime de maioria, mas também um mecanismo capaz de discernir entre os bons e maus argumentos.

Portanto, embora essa teoria seja idealizada para o diálogo apenas entre Corte e Parlamento, é viável sua adaptação e sua aplicação aos intérpretes extrajudiciais, que podem abrir rodadas procedimentais, nas quais as deliberações valerão como última palavra provisória até que se inicie outra rodada e outra deliberação seja tomada, de forma interativa e complexa no intuito de maximizar o acerto e de minimizar o erro para atender a necessidade de resolver a tensão entre direito e moral.

É nesse contexto que se defende que o Ministério Público tem legitimidade político-burocrática ou procedimental e substancial para conduzir dialogicamente as questões que envolvem a missão constitucional de um dos guardiões da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

#### 4.4.4 Superação das críticas de Tremblay às teorias do diálogo

O diálogo deliberativo é um processo que busca legitimar o procedimento e a substância (resultados) seja qual for a decisão ou a ação final. Dentre os argumentos, destaca-se o **valor epistêmico** do processo de deliberação, que considera todos os participantes com igual *expertise* acerca de determinadas questões específicas para alcançar o que seja mais apropriado ou um julgamento justo dentro de um contexto de incerteza epistemológica ou de desacordo. Alternativamente, poder-se-ia apelar para a noção de respeito à **dignidade da pessoa humana**, pois todos têm igual direito de participar do processo de determinação de um julgamento prático ou de uma ação que podem afetar os envolvidos ou os outros (TREMBLAY, 2005, p. 632).

O diálogo como deliberação tem de satisfazer a certas condições. A **primeira** é que cada participante reconheça o outro como igual participante para fazer propostas, para defender opiniões particulares e para tomar parte na decisão final. A **segunda** é que um diálogo como deliberação deve ser um processo de persuasão racional, sem qualquer forma de coerção<sup>195</sup>. No acordo, os participantes precisam ter boas razões para acreditar que as posições por eles defendidas são verdadeiras, fundamentadas ou melhores. O diálogo como deliberação

---

<sup>195</sup> A inexistência de coerção, como se defende nesta teoria, diz respeito à autonomia da vontade individual ou coletiva para anuir à concretização dos direitos humanos, especialmente dos sociais, econômicos e culturais ou coletivos em sentido lato. Com efeito, evitar a coerção no diálogo não significa impedir medidas coercitivas para que o diálogo ocorra ou inicie, como é o caso de intimação, notificação, condução coercitiva de testemunha ou de interessados, ajuizamento de ação para forçar o início do diálogo etc. Se não houver instrumentos processuais ou de coerção para que o diálogo ocorra ou inicie, a teoria pode não ter grande sucesso por ausência de deliberação em consequência das ausências dos reais envolvidos no processo dialógico.

não é um debate em que só um vence ou prevalece, pois, considerando os objetivos específicos práticos comuns, cada participante deve estar disposto a expor seu ponto de vista e a submetê-lo à análise crítica dos outros e deve estar pronto para mudá-lo se os outros apresentarem melhores argumentos. A **terceira** é que um diálogo como deliberação deve visar à produção de algum julgamento, ação ou decisão prática, que pode ser objeto de acordos deliberativos entre os participantes. Assim, os participantes devem fundamentar suas posições de acordo com as regras de evidências e argumentos que são, em princípio, aceitáveis pelos outros. Em suma, o processo de diálogo como deliberação deve ser forçado pelo seguinte ideal regulador: qualquer resultado deve ser proveniente de acordos ou de desacordos racionais e livres entre participantes reconhecidos como iguais, pois, do contrário, será uma conversa (TREMBLAY, 2005, p. 631).

Para a teoria do diálogo institucional, a revisão judicial é legítima porque faz parte de um diálogo que Corte e Parlamento estabelecem para tomar decisões coletivas, resolver conflitos práticos e alcançar acordos. De fato, o diálogo institucional confere legitimidade a alguns resultados práticos, como na revisão judicial e nas decisões da Corte de invalidação de leis no Canadá. Mas só há legitimidade quando satisfeitas determinadas condições como igualdade, racionalidade e acordo fundamentado. Esses fundamentos conferem legitimidade ao diálogo institucional extraprocessual. Nos casos apresentados, o Ministério Público dialogou com igualdade, racionalidade e acordo fundamentado, por meio de acordos de concretização de direitos humanos, recomendações e judicializações, tendo em vista a concretização dos direitos de acesso ao mercado público e privado de trabalho, de moradia, de saúde, de educação, de lazer, da criança e do adolescente.

Quanto ao desempenho processual de cada instituição, a Corte pode enfatizar a importância de manter valores processuais, substantivos e fundamentais, enquanto o Parlamento pode enfatizar a importância de promover certos objetivos econômicos e sociais. Isso não impede que a Corte tente convencer o Parlamento de que sua concepção de direito – ponderado ou balanceado (*balance*) entre valores fundamentais e o bem comum ou coletivo – seja mais forte, do ponto de vista constitucional, que a concepção legislativa. Por outro lado, o Parlamento pode fazer o mesmo com respeito às suas concepções. Assim, cada instituição pode defender o que considera o melhor argumento em favor de sua própria concepção de justiça constitucional, sem esquecer o compromisso de mudar seu ponto de vista quando a

posição da outra instituição parecer mais forte (TREMBLAY, 2005, p. 633)<sup>196</sup>. Essa visão é adaptável a outros sujeitos que podem concretizar a Constituição, por meio da autonomia constitucional e de outros instrumentos, como é o caso do Ministério Público.

Luc Tremblay apresenta dois limites sérios à teoria do diálogo deliberativo institucional, como uma forma racional de legitimação da revisão judicial: a responsabilidade judicial e a moralidade política. Pela **responsabilidade judicial**, os juízes devem ser totalmente comprometidos com as decisões que proferem nos casos particulares, respeitando a si mesmos na condição de autores das decisões, com capacidade para fundamentá-las em bases racionais para alcançar o melhor entendimento do direito. Isso significa que os juízes não devem subordinar-se a suas convicções parciais e a seus julgamentos pessoais ou à vontade ou ao julgamento de terceiros (TREMBLAY, 2005, p. 634-635)<sup>197</sup>.

A doutrina da responsabilidade judicial inclui uma série de deveres, entre os quais se encontra o dever de ouvir *a priori* no procedimento todos os interessados na questão, com igual direito de participar de um processo que objetiva conseguir um acordo deliberativo e fundamentado entre iguais<sup>198</sup>. Daí porque se exige que os juízes tenham a última palavra a respeito do escopo dos valores e princípios constitucionais e do significado e da força adequada de tais valores e princípios<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> O Ministério Público pode, por meio do diálogo institucional, atender aos valores processuais, substantivos e fundamentais, além de enfatizar a importância de promover certos objetivos econômicos e sociais, para que os direitos fundamentais sejam concretizados por meio de políticas públicas.

<sup>197</sup> Nessa perspectiva, os juízes não devem admitir influências familiares ou amizades nos julgamentos ou defender algumas posições ou teses que racionalmente não compartilham ou aceitam, mas devem seguir a própria consciência no que diz respeito à melhor resposta ou à resposta justa, devendo assumir a responsabilidade integral por seus julgamentos e decisões de acordo com o direito (TREMBLAY, 2005, p. 634-635). Esse limite poderia ser oposto aos membros do Ministério Público, porém só a responsabilidade judicial (ou ministerial dialógica) não garante que a decisão seja a melhor ou a mais justa possível, nem que seja a única certa.

<sup>198</sup> Embora o autor critique o diálogo deliberativo institucional como instrumento para tomar decisões coletivas, o fato de resolver conflitos práticos e de alcançar acordos deliberativos para o significado das normas constitucionais demonstra a existência de percepções dialógicas, quando se exige a oitiva *a priori* de todos os interessados na questão, com igual direito de participar do processo judicial a fim de conseguir um acordo deliberativo e fundamentado entre iguais. Assim, o autor vale-se das características do diálogo para legitimar a responsabilidade judicial, o que revela uma contradição lógica. A única diferença é que, nas teorias do diálogo, a igualdade e o acordo seriam elementos necessários, o que não ocorre na responsabilidade judicial que consideram como elementos acidentais, apesar de atender a fundamentação e a racionalidade, que também devem estar presentes no diálogo. Essa ideia inverte a importância dos institutos de substituição de vontades por um terceiro imparcial – deliberação derivada e de expressão da vontade dos envolvidos – deliberação originária, visto que a decisão derivada de substituição de vontades políticas inerente à responsabilidade judicial não pode ter mais força e importância do que teria a deliberação original de expressão consciente da vontade por meio de acordo político racional entre os interlocutores políticos que participam do diálogo institucional.

<sup>199</sup> No Canadá, os princípios e valores devem ser aplicados no caso concreto, de tal forma que os juízes podem reconhecer como constitucionalmente inválida uma lei especial promulgada para rever, modificar ou revogar uma decisão judicial de invalidação de um ato legislativo (Seção 33, da Carta Canadense), salvo se a Corte ficar convencida de que a lei corretiva é compatível com o melhor entendimento do significado apropriado dos valores e normas constitucionais (TREMBLAY, 2005, p. 636).

O outro limite da teoria do diálogo institucional, que é considerado o mais importante, além de conferir fundamento à responsabilidade judicial, deriva da necessidade de que as decisões tomadas com base no diálogo deliberativo institucional sejam aceitas como moralmente legítimas. Essa premissa decorre do princípio geral e abstrato de **moralidade política**, no sentido de que toda autoridade de estado deve agir, na medida do possível, de maneira moralmente legítima.

Esse limite é formado por duas condições gerais. De acordo com a **primeira**, denominada “condição do estado de direito”, a autoridade judicial pode ser aceita como legítima se, e somente se, agir de acordo com o direito ou a legalidade. Essa condição exige não só que a composição da Corte e o processo judicial estejam de acordo com o direito ou com a lei, mas também que as decisões judiciais sejam fundamentadas em certo senso de direito (*legal*), ou seja, as decisões judiciais devem ser racionais e fundamentadas em certo senso legal ou de direito. A **segunda** condição geral, denominada “condição de legitimidade do direito”, prescreve que o poder judicial pode ser aceito como legítimo se, e somente se, a composição da Corte, o processo judicial e as decisões tomadas em relação às leis que governam observarem certo senso de legitimidade. Essa condição é menos óbvia que a primeira, mas é claramente perceptível. Assim, se é verdade que a legitimidade moral do Poder Judiciário é condicionada pelas leis que regem o estado de direito, o juiz não pode ser mais legítimo que a legislação que estabelece as referidas condições. Disso decorre que a legitimidade do Poder Judiciário é condicionada pelas leis que regem a composição, o processo e as decisões da corte (TREMBLAY, 2005, p. 639).

Dentro de certo sistema conceitual moderno de estado de direito, ficou estabelecido o legalismo (*legalism*) como condição suficiente para a legitimidade moral do Judiciário, mas isso não parece atender completamente, porque é uma condição formal, que representa estar de acordo com as regras legais, sem se importar com o valor moral intrínseco ou com a consequência. Assim, se as normas (regras, princípios e padrões) não respeitarem certo senso de direito (*legal*), não se conformarem ao direito, não atenderem certo senso de legitimidade moral, a decisão não será moralmente legítima. A legitimidade do Poder Judiciário requer que o juiz fundamente suas próprias ações ou decisões em certo senso jurídico (*legal*) e que tais razões sejam também legítimas moralmente (TREMBLAY, 2005, p. 640)<sup>200</sup>.

---

<sup>200</sup> Isso não implica, obviamente, dizer que o Poder Judiciário deveria sempre invalidar, no todo ou em parte, todas as normas que não sejam legais (*legal*) ou legítimas. Primeiro porque a Corte tem outras formas de interpretar as normas como legalmente válidas ou moralmente legítimas. Segundo porque, em um caso particular, as razões morais e legais devem ser superadas por meio de razões pragmáticas e prudentes. A invalidação de uma norma, por exemplo, pode provocar caos, repressões arbitrárias, grandes injustiças ou perda

Entretanto, como se verá a seguir, essa teoria sofreu duras críticas no que se refere à legitimidade procedimental e substancial, razão pela qual se tentará compatibilizar a responsabilidade judicial com a legitimidade moral por meio do diálogo, ainda que se busquem critérios que se encontram rotineiramente nas condições de legitimidade das cortes, como a imparcialidade e a moralidade política. O Ministério Público também age com imparcialidade e busca a decisão com base em um acordo deliberativo fundamentado, apesar de não ter o poder de decidir sozinho, como tem o Poder Judiciário no regime de deliberação derivada ou substitutiva da vontade dos envolvidos. Isso pode ser caracterizado como responsabilidade ministerial ou do Ministério Público em regime de deliberação originária proveniente do acordo de vontades dos participantes na definição e na concretização dos direitos humanos viabilizados por meio de políticas públicas em processos dialógicos com os envolvidos na concretização de tais direitos, utilizando-se a instituição ministerial da autonomia constitucional que lhe concedeu a ordem jurídica. A legitimidade substancial pode ser alcançada com base em processos dialógicos de apresentação e de apreciação racional dos argumentos, levando em consideração o máximo possível de impressões e razões postas no diálogo a fim de alcançar a melhor resposta ou a resposta legítima moralmente, segundo o acordo reacional alcançado pelos partícipes.

Tremblay não é conclusivo porque condiciona justiça e moral ao que é abstratamente moral ou legítimo, sem que isso implique uma definição clara do que é legal e moralmente correto. Ademais, a simples fundamentação das decisões e as condições de imparcialidade do juiz não garantem uma decisão justa, pois ainda há fortes traços de indefinições ou indeterminações, especialmente no campo dos direitos coletivos, sociais ou prestacionais em que o conteúdo da norma constitucional ou do direito humano é programa de melhorias ou de atendimento, de difícil definição segundo os padrões canônicos. Daí a necessidade de experiência, de elementos de definição, de condições econômicas etc., para que os direitos sejam concretizados, visto que sua concretização e sua realização estão vinculadas a objetivos, metas, políticas públicas, normas procedimentais e de estrutura de organização que dependem de especificação detalhada do conteúdo, dos responsáveis e demais elementos necessários à concretização dos direitos.

---

de credibilidade institucional. Nesse caso, seria melhor que a Corte, numa ponderação, aplicasse a norma ilegal ou a lei ilegítima. E terceiro porque a boa-fé e a responsabilidade judicial exigem que os juízes estejam completamente convencidos, após sopesar todas as razões, de que a norma que se pretende anular não é legal nem legítima. Assim, infere-se que o processo racional de discussão persuasiva, argumentação e fundamentação necessita ser conduzido antes da decisão.

Assim, as críticas feitas à Corte e ao Parlamento servem para asseverar que não se pode eleger uma instituição como única e exclusiva para legitimar a moral ou a democracia, visto que todas as instituições são parte da sociedade organizada, e não órgãos estranhos à vida cotidiana. É, pois, defensável que haja rodadas procedimentais de diálogo entre vários poderes de Estado, em que se respeite cada deliberação até que se tenha outra deliberação tomada em outras rodadas procedimentais, ainda que se conviva em um sistema em que o Poder Judiciário seja o intérprete supremo, como no Brasil, pois intérprete supremo não significa único intérprete (WHITTINGTON, 2001b, p. 780-781).

Aqui se fazem necessários certos ajustes na teoria de Conrado Mendes. Defende-se que a tutela jurídica extraprocessual, e não só a processual e a legislativa, tem participação na concretização das políticas e das normas constitucionais, o que confere aos legitimados coletivos, em especial, ao Ministério Público, a possibilidade de conduzir o diálogo na tutela extraprocessual e de atuar nos processos judiciais e legislativos, caso a tutela extraprocessual não reúna todas as condições necessárias para solucionar ou acomodar as pretensões resistidas em torno dos direitos sociais ou coletivos. Assim, a ideia aqui defendida compatibiliza a última palavra provisória e a rodada procedimental com as deliberações tomadas no diálogo envolvendo poderes legislativos, jurisdicionais e os demais que têm a missão constitucional de concretizar o significado constitucional e os direitos humanos, como é o caso do Ministério Público, que é responsável pelo zelo pelos poderes e pelos serviços incumbidos de garantir os direitos constitucionais e proteger o regime democrático, a ordem jurídica e os interesses sociais ou coletivos e individuais indisponíveis.

Com efeito, o Ministério Público pode atuar na formação do diálogo com rodadas procedimentais e última palavra provisória antes, durante e depois da apreciação das questões pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo, como uma forma contínua de melhoria e de concretização dos direitos humanos, consoante se demonstrará melhor adiante. Assim, o Ministério Público pode, utilizando-se da autonomia constitucional que lhe confere a ordem jurídica, especialmente os artigos 127 e 129 da CRFB, dialogar por meio de procedimentos próprios e empregar instrumentos – como o acordo de concretização de direitos humanos, que terá efeito de direito adquirido ou ato jurídico perfeito –, recomendar ou aconselhar aos sujeitos envolvidos a adoção de medidas concretizadoras dos direitos humanos – que, uma vez atendidas, passam a representar mais um instrumento de diálogo – e dialogar em audiências públicas ou extrajudiciais sobre a concretização dos direitos humanos.

É difícil defender a teoria do diálogo em um país cujo controle de constitucionalidade é exercido de forma forte pela Corte Suprema, como é o caso do Brasil, mas isso não impede

que haja diálogo entre os órgãos instituídos constitucionalmente para aplicarem as normas constitucionais, consoante se pode verificar nos capítulos posteriores, em que se refinam as teorias do diálogo para fundamentar a concretização das normas constitucionais por atores políticos extraprocessuais.

#### 4.5 ESPÉCIES DE DIÁLOGOS E A BUSCA DA SEDIMENTAÇÃO TEÓRICA E PROCEDIMENTAL

Desenvolvidos argumentos que mostram a existência teórica e prática do diálogo institucional, em especial do Ministério Público, cabe tentar aprofundar outros aspectos ainda não tão abordados, como as espécies de diálogo e a necessidade procedimental de sua utilização, visto que o aspecto mais desenvolvido ainda é o caráter substancial argumentativo em sua defesa.

É certo que as teorias do diálogo ainda não tiveram o desenvolvimento satisfatório, nem foram alvo de muitas críticas, mas tem-se mostrado uma boa forma de enfrentar os problemas ligados às indefinições de normas constitucionais e de concretização dos direitos humanos, viabilizados por políticas públicas. Esse aspecto procedimental, que complementa a teoria da rodada procedimental, é importante para o órgão ministerial porque o diálogo ocorre diretamente entre os atores políticos, e não indiretamente como usualmente se verifica na doutrina nacional e internacional entre Corte e Parlamento. Entretanto, o diálogo direto envolvendo cortes e parlamentos ocorreu na experiência de nomeação de peritos para a negociação de conflitos com os envolvidos e posterior submissão à Corte nos Estados Unidos (LOPES, 2006, p. 234-235) e de ativismo dialógico na Colômbia, onde a Corte abre uma fase de prosseguimento para dialogar sobre as alternativas de políticas públicas para resolver os problemas estruturais identificados na decisão (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010, p. 54-57).

Cabe inicialmente abordar as espécies de diálogos existentes. Pode-se analisar o diálogo sob a perspectiva deliberativa – conversacional ou deliberativa – ou sob a perspectiva dos atores participantes. Também se analisa a forma de dialogar, que pode ser direta ou indireta, e sua legitimidade moral ou democrática, que pode ser procedimental (*input*) ou substancial (*output*).

Considerando-se os atores dessa interação dialógica, pode haver diálogo entre atores constituintes (o que inclui órgãos extraprocessuais, como o Ministério Público) e entre tribunais e parlamentos no contexto do controle de constitucionalidade, especialmente no que

se refere à capacidade dos legisladores para editar leis que limitam ou mesmo tornam sem efeito direitos (*override*), tais como interpretados pelos tribunais. O diálogo pode ser ainda sobre garantias (*remedies*) constitucionais – quando os tribunais permitem que os poderes eleitos escolham entre diferentes respostas –, acerca do impacto de decisões não vinculantes de organismos internacionais sobre os tribunais nacionais e referentes ao uso pelos tribunais nacionais, em sistemas dualistas, de direito internacional e comparado não vinculante (ROACH, 2005) etc.

Na perspectiva deliberativa, verifica-se que, de acordo com senso comum, o diálogo ocorre quando duas ou mais pessoas se reconhecem como partes iguais com troca de palavras, ideias, opiniões, sentimentos, emoções, intenções, desejos, julgamentos e experiências juntas e compartilhando o mesmo espaço de significados intersubjetivos. Entretanto, há diversas espécies de diálogo, dentre as quais se destacam duas formas distintas: a conversação e a deliberação.

Na primeira forma, a palavra “diálogo” pode ser usada para descrever uma **conversa** ou **conversação** informal e espontânea. Numa conversação, os participantes não têm um propósito específico, têm em vista objetivo geral de exploração ou de criação de um mundo ou de um corpo de significados comuns, aprendendo algumas coisas novas sobre os outros ou descobrindo novas perspectivas<sup>201</sup>.

Entretanto, a palavra “diálogo” às vezes pode ser usada para descrever um processo de **deliberação**. Nesse caso, o diálogo é formal e menos espontâneo que uma conversa. Um diálogo como deliberação tem os seguintes propósitos específicos: tomar uma decisão coletiva; chegar a um acordo; resolver um problema ou conflito coletivamente; persuadir os outros de que dada opinião ou tese é verdadeira, mais fundamentada ou a melhor; determinar em conjunto qual ponto de vista particular governaria as ações ou as decisões a serem praticadas ou tomadas (TREMBLAY, 2005, p. 630-631)<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> O diálogo como conversação acontece nas discussões sobre comida, na troca de pontos de vista, sem objetivo específico, sem horário, sem debates e argumentos fortes e, às vezes, com comentários humorados; pressupõe cooperação, podendo ser boa ou mal sucedida, dependendo do grau de entendimento mútuo, do compromisso e da abertura com o outro participante.

<sup>202</sup> Reuniões municipais para formular leis, com uma assembleia de eleitores, são um exemplo de diálogo como deliberação, pois, em cada reunião, os cidadãos podem discutir questões orçamentárias e outras questões antes de iniciar a votação. Há muitas outras instituições ou foros nos quais os membros podem discutir entre si teses profundas e o melhor argumento. Um júri ou assembleias de representantes eleitos são instâncias típicas de diálogo como deliberação. Realmente a teoria democrática deliberativa, que postula a legitimidade dos formuladores das leis e apoia-se no processo de deliberação pública por cidadãos livres e iguais, constitui um modelo bem-sucedido de diálogo como deliberação (TREMBLAY, 2005, p. 630-631). As rodas procedimentais instauradas e dirigidas pelo Ministério Público para alcançar a última palavra provisória no processo de concretização dos direitos sociais também são uma espécie de diálogo como deliberação.

É nesse segundo contexto que se busca legitimar, substancial e procedimentalmente, o diálogo institucional extraprocessual, sem que isso implique negar a existência e a eficiência de algum diálogo institucional do tipo conversacional. Porém, crê-se que a teoria do diálogo só faz sentido se for inserida na teoria decisional ou deliberativa, pois o atendimento dos direitos sociais precisa ter repercussão prática e estar comprometido com a exigibilidade e a executividade.

De acordo com outra classificação, o diálogo pode ser estabelecido de forma direta ou de forma indireta. O diálogo direto ocorre quando os poderes conversam diretamente e de forma coordenada com os envolvidos ou com os órgãos parceiros, tendo em vista a concretização das normas constitucionais e dos direitos humanos. A comunicação é dirigida diretamente aos envolvidos, e atos e assentos são praticados em conjunto, como ocorre nas audiências, nos acordos de concretização, nos procedimentos promocionais de políticas públicas, quando o Ministério Público atua na concretização de políticas públicas que versem sobre direitos humanos.

No âmbito jurisdicional, essa forma de diálogo é pouco utilizada. Por isso, muitos doutrinadores criticam o uso do termo “diálogo” para descrever os fenômenos relacionais ou de engajamento entre Corte e Parlamento. A forma dialógica direta já foi utilizada nos Estados Unidos e na Colômbia. Nos Estados Unidos, as cortes valem-se de expediente processual para nomear um perito que prepara uma minuta de ordem, o qual é submetido aos envolvidos no conflito para negociação de uma solução. As disputas distributivas pedem mediação em negociação, ao passo que as disputas comutativas podem ser resolvidas por adjudicação judicial (LOPES, 2006, p. 234-235). Na Colômbia, com o que se denominou “ativismo dialógico”, a Corte abriu uma fase de prosseguimento para incentivar a discussão de alternativas de políticas públicas para resolver os problemas estruturais identificados na decisão (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010, p. 54-57).

O diálogo indireto é mais conhecido e trabalhado pela doutrina, pois versa sobre as formas de interação em que não há comunicação direta com o ator constitucional envolvido, a compreensão depende da atuação voluntária do órgão interessado, que, por meio de informações preambulares, razões acessórias (*obiter dicta*) ou outro instrumento indireto qualquer, extrai a comunicação indireta que se estabelece entre os atores constitucionais, como ocorre nas interações entre Corte e Parlamento, no Canadá e no Brasil.

Como citado anteriormente, essa forma dialógica é muito criticada pela doutrina por não haver uma conversa formal direta entre os envolvidos, as comunicações ocorrem por meio de deferências, o que leva alguns a negar essa forma dialógica e chama-la “metáfora do

diálogo”, “abordagem relacional”, “abordagem de conversação”, pois a conversa é mais fluida, com menos estrutura e formalidade (HIEBERT, 2002, p. 50-52 e p. 72). Porém, isso não nega a forma indireta em que o diálogo pode ocorrer. Pesquisas empíricas no Canadá (HOGG; BUSHELL; WRIGHT, 2007, p. 49; MENDES, 2011, p. 155-157) e no Brasil (POGREBINSCHI, 2011, p. 11-12 e p. 120-161) demonstram que cortes e parlamentos respondem às deliberações uns dos outros de forma cooperada e dialógica, ainda que indiretamente.

Segundo a legitimidade do diálogo institucional para tentar enfrentar questões referentes ao *deficit* moral e democrático, o diálogo pode ser procedimental ou substancial, conforme se aborde o *input* (procedimento, como o diálogo ocorre) ou o *output* (resultado ou substância, conteúdo do diálogo). Essas formas não são excludentes e podem ser combinadas com procedimento e substância, para atender ao aspecto moral e democrático simultaneamente. Há a necessidade de filiação moral prévia de cada pessoa à comunidade política, inclusive quanto aos procedimentos majoritários, o que faz a legitimidade da decisão depender de uma combinação de razões procedimentais (*input*) e de razões substanciais (*output*) (MENDES, 2011, p. 20)

Considerando as classificações do diálogo, pode-se dizer que o diálogo ministerial é o diálogo entre atores constitucionais, é um diálogo deliberativo, direto, substancial e procedimental. O Ministério Público é um órgão de representação político-funcional ou poder que tem bases constitucionais, está fundamentado especialmente nos artigos 127 e 129 da CRFB, atua de forma direta com os envolvidos e parceiros para deliberar sobre as questões a ele submetidas – questões substanciais e procedimentais –, valendo-se de sua autonomia constitucional e de instrumentos como acordo, pacto ou compromisso racional e fundamentado.

Nesse contexto, como o Ministério Público tem de dialogar diretamente com os envolvidos ou parceiros, um dos aspectos que precisam ser aprofundados é o aspecto procedimental, pois no diálogo há dimensões substanciais e procedimentais. Na dimensão procedimental, conhece-se o método de barganha posicional, que pode ser afável ou áspero, e o método baseado em princípios, em mérito ou no “metajogo” (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 26).

No método de barganha pessoal áspero, busca-se aumentar a probabilidade de que qualquer acordo seja favorável à posição pessoal, começando-se numa posição extremada e inflexível, iludindo a outra parte quanto às verdadeiras opiniões e fazendo pequenas concessões, apenas para manter a negociação em andamento. O método de barganha pessoal

afável consiste na adoção de medidas-padrão para fazer ofertas e concessões, para confiar no lado oposto, para ser amistoso e para ceder conforme a necessidade, para evitar o confronto<sup>203</sup>. O método, baseado em princípios, busca chegar a um acordo sensato para atender aos interesses legítimos de cada um dos envolvidos na medida do possível, além de buscar resolver imparcialmente os interesses conflitantes e duradouros e de levar em conta os interesses da comunidade (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 22-25).

Harvard tem desenvolvido estudos sobre negociações baseadas em princípios e méritos, cujos resultados têm de ser sensatos, eficientes e amigáveis. Nesses estudos, sugere-se a adoção do método de negociação direta, com base em quatro elementos: pessoas, interesses, opções e critérios. Recomenda-se que se separem as pessoas dos problemas, que se concentre a atenção nos interesses e não nas posições de cada um no diálogo, que se crie uma variedade de possibilidade antes de decidir o que fazer e que se insista em que o resultado tenha por base algum padrão ou critério objetivo (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 28).

As negociações que seguem esse método utilizam todos os elementos acima indicados nas seguintes fases ou etapas procedimentais: na **análise**, que tenta diagnosticar a situação, colhendo, organizando e ponderando informações; no **planejamento**, que busca definir e especificar os problemas das pessoas, os interesses mais importantes, os objetivos mais realistas, as opções adicionais e os critérios objetivos diferenciais para poder decidir; na **discussão (ou melhor, diálogo direto)**, que ocorre quando os interessados comunicam-se entre si em busca de um acordo ou de uma acomodação dos interesses em diálogo (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 31).

Esse estudo foi desenvolvido tendo em vista vários tipos de negociação ou diálogo, mas tem aplicação na atuação ministerial, que pode utilizar essas técnicas e procedimentos para eliminar ou mitigar as indefinições de normas constitucionais e a falta de concretização dos direitos sociais efetivados por políticas públicas.

A teoria do diálogo institucional apresentada por Conrado Hübner Mendes tem uma virtude moderada, porque relativiza a última palavra e demonstra que os argumentos contrários à Corte e ao Parlamento podem coexistir, por meio da rodada procedimental. Essa concepção defende a soberania mediada num contínuo que une a política de curto prazo das

---

<sup>203</sup> Há quem divida as formas de interação pessoal em discussão, debate e diálogo. A discussão ocorre quando o aspecto emocional (paixões, posições, egoísmos) sobrepõe-se ao racional. O debate ocorre em situações de competição, nas quais os interlocutores comportam-se como rivais e necessariamente tem de haver um vencedor, como nas disputas eleitorais. O diálogo adota uma lógica não adversarial, uma lógica cooperativa, colaborativa e complementar, com o objetivo de atingir a comunicação eficaz, em que é preciso ouvir à exaustão determinado tema conflitante para chegar a um consenso (ou acordo). Como diz David Bohm, destacado estudioso da física quântica, acerca da essência do diálogo: “[no] diálogo, não estamos tentando vencer. Todos venceremos se fizermos de maneira correta” (OLIVEIRA, 2011, p. 49-52).

eleições aos ciclos eleitorais de longo prazo. Considera ainda a finitude da rodada procedimental, sendo sempre possível a continuidade da mobilização política (última palavra provisória).

Com efeito, o modelo de diálogo como saída intermediária e conciliatória comporta dois componentes centrais: o desenho institucional e a cultura política. O modelo ideal é o de deliberação institucional dialógica, e não o modelo adversarial. Entretanto, as teorias do diálogo não abordaram direta e concretamente a possibilidade de participação de outras instituições, como o Ministério Público, que poderia atuar de forma concreta perante o Poder Judiciário (atuação jurisdicional ou processual), perante o Parlamento (atuação no processo legislativo) e de maneira extraprocessual ou dialógica, com os instrumentos de que dispõe, como ações de natureza coletiva, participação direta no processo legislativo, recomendações, audiências públicas, inquéritos civis e termos de acordo de concretização de direitos sociais.

#### 4.6 CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DIALÓGICA INSTITUCIONAL PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO

Para construir uma teoria do diálogo institucional para o Ministério Público, é imprescindível verificar como se podem adaptar as características de algumas teorias às rodadas procedimentais dirigida pela instituição.

##### 4.6.1 Jogando com as teorias do diálogo

As concepções teóricas e as experiências concretas ligadas aos casos apresentados demonstram claramente que a tendência mundial é o abandono dos extremos ou da supremacia em favor do diálogo entre os atores para a especificação e a concretização de normas internacionais e constitucionais que versem sobre os direitos humanos por meio de políticas públicas.

Assim, a plasticidade e a maleabilidade do jogo (ganha-ganha) do diálogo produzem decisões diferentes das que seriam tomadas isoladamente. O diálogo representa, pois, uma saída melhor do que o jogo (ganha-perde) de soma zero, em que há um choque frontal entre vontades diametralmente opostas e inconciliáveis de tudo ou nada. Por outras palavras, o jogo de soma zero é aquele em que o resultado pertence integralmente ao vencedor e tem um caráter binário (certo-errado, lícito-ilícito, culpado-inocente, credor-devedor), como, por exemplo, um contrato de compra e venda. Por sua vez, o jogo de soma não zero diz respeito à

situação de cooperação e tem caráter plurilateral, não binário: os envolvidos querem a mesma coisa e por isso se juntam, como, por exemplo, no contrato de sociedade, em que os sócios são simultaneamente devedores da mesma coisa (o capital, o esforço) e simultaneamente credores da mesma coisa (o lucro, o dividendo), e a cooperação criará algo a ser dividido, que pode ser o lucro ou o prejuízo (LOPES, 2006, p. 145-146).

A concepção do Ministério Público como ator político-burocrático no compartilhamento de funções estatais entre os poderes, com competência e autonomia atribuída pela Constituição para viabilizar, em especial, a concretização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, reúne várias características das teorias do diálogo até aqui apresentadas, sem com elas se confundir.

Nesse sentido, o processo real localizar-se-ia numa zona cinzenta entre a imposição da vontade de um só e a constituição puramente igualitária e horizontal da política pública, na qual o Parlamento teria como função primária a conveniência e como função secundária o princípio, enquanto a Corte (e o Ministério Público) teria como função primária o princípio e como função secundária a conveniência. Daí a ideia de gerar decisões mais bem justificadas e moderadas, o que consiste num sistema de divisão das funções estatais entre os poderes desenhado para produzir normas que refletem o balanceamento de diferentes instituições dentro e fora da Corte. Esse processo recebeu várias denominações: distorção das políticas públicas, construção coordenada, negociação, acomodação, compromisso e moderação (MENDES, 2011, p. 137).

De qualquer modo, deve-se notar que as teorias do diálogo, independentemente do número de participantes, só fazem sentido se houver a última palavra, ainda que provisória, sob pena de se cair na teoria da indecisão e macular a hipótese que se deseja defender para avançar na especificação e na concretização dos direitos humanos, especialmente dos sociais.

A atuação do Ministério Público como um dos atores com legitimidade substancial e procedimental para participar do diálogo institucional abre a possibilidade de avançar e de superar muitas críticas às teorias do diálogo, iniciando com as que atacam as virtudes passivas.

Quando se instala o diálogo institucional, a omissão do Poder Judiciário em relação à deliberação sobre os significados constitucionais e a inércia do Parlamento para enfrentar os desacordos morais e políticos são mitigados sobremaneira pela participação com o impulso oficial do Ministério Público, que, tomando conhecimento desses desacordos, tem a missão constitucional de agir e de proteger a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos coletivos, sociais e individuais indisponíveis. Isso ocorreu em todos os casos apresentados.

No caso Estado do Pará, como o processo extraprocessual de negociação fracassou, deu-se início ao processo judicial, que culminou em vários acordos, como iniciativa de lei, proteção da educação dos povos originários, criação de curso superior para educação indígena na UEPA, entre outros.

No caso Alepa, o Poder Legislativo fez um acordo extraprocessual, cumpriu parcialmente o acordo, segundo o qual deveria distratar os contratos irregulares, criar cargos por atos legislativos, destinar verbas para cursos de aperfeiçoamento e inserção de pessoas no mercado de trabalho e evitar editar ato legislativo consolidando a inconstitucionalidade de contratação dos servidores, tudo por força de recomendação e do acordo ministerial. A validade do acordo firmado foi questionada por reclamação constitucional no STF e mesmo assim o acordo foi mantido, o que evidencia certa estabilidade do que foi negociado (última palavra provisória).

Da mesma forma, nos casos Lixão do Aurá e Cachoeira do Piriá, várias negociações levaram à adoção de políticas de erradicação do trabalho infantil e de proteção do trabalho adolescente e jovem, à criação de estrutura para o mesmo fim e à negociação de verbas orçamentárias e de políticas públicas de aparelhamento e proteção do trabalho.

No caso Vila Chocolatão, utilizou-se das virtudes ativas extraprocessuais, judiciais e legislativas para garantir o direito à habitação, à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer aos moradores removidos e prejudicados com a desocupação de terras federais. Nesse contexto, observa-se que as omissões judiciais e as inércias parlamentares podem ser superadas com a atuação ministerial em medidas de concretização dos direitos sociais por meio do diálogo institucional.

O Ministério Público pode enfrentar o desacordo moral e político e a indefinição constitucional nos processos extraprocessuais, judiciais e legislativos, apressando o aprimoramento e a maturidade de tais indefinições rumo à concretização dos direitos prestacionais. Além disso, quando a instituição ministerial defronta-se com situações que entende ser de outro poder, faz acordo ou demanda judicialmente o Parlamento para que edite leis que supra as indefinições, como foi o caso de iniciativa de lei para criação de cargos públicos (casos Alepa e Estado do Pará), para definição de política pública de erradicação de trabalho infantil e proteção do trabalho adolescente (casos Cachoeira do Piriá e Lixão do Aurá) e para formulação de política educacional, de trabalho, de saúde, de lazer e de moradia (caso Vila Chocolatão).

Apesar do pouco aprofundamento teórico, o diálogo institucional conduzido pelo Ministério Público poderia até superar, em certa medida, alguns pontos das teorias das

virtudes passivas de Bickel (1962) e Sunstein (2001), que defendem uma atuação acanhada em políticas públicas e mostram-se superadas, em certa medida<sup>204</sup>. Do mesmo modo, apesar de se cogitar uma atuação mais inquisitiva e proativa, poder-se-ia jogar com as teorias de Katyal (1997)<sup>205</sup>, Stone-Sweet e Mathews (2008)<sup>206</sup>, (COENEN, 2001) e (CALABRESI, 1991)<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> O Ministério Público pode recorrer ao silêncio provocativo, mas em circunstâncias totalmente diferentes, como é o caso de inquérito civil público em que se decide não decidir para que o interessado possa resolver por contra própria as questões que são objeto do diálogo, para que o ator político envolvido possa ter tempo para corrigir o desacordo moral ou político (excesso ou proteção insuficiente). Assim, caso se verifique uma circunstância que permita solucionar o problema em prazo razoável, o presidente do inquérito pode decidir não decidir por um tempo justificado e monitorado pelo Ministério Público para que haja a concretização pretendida. Essa é a diferença entre o silêncio que a instituição ministerial pode adotar e as teorias das virtudes passivas, pois, para o Ministério Público, o silêncio deve ser acompanhado de razões necessárias à resolução de qualquer conflito, no qual há uma certa inércia estratégica enfrentada por meio de um acordo deliberativo, mas sem olvidar a concretização dos direitos sociais em questão e sem deixar ao alvedrio ou à discricionariedade do ator público envolvido o momento em que resolverá o problema social.

<sup>205</sup> Com base em uma concepção mais proativa, o Ministério Público aconselharia, mandando conselhos diretos por meio de recomendações expedidas para as autoridades envolvidas na concretização das normas constitucionais e dos direitos humanos. Nesse instrumento, o Ministério Público não precisa utilizar-se de técnicas de argumentações acessórias, como seria necessário ao Judiciário, visto que a interpretação constitucional aconselhada não é objeto de deliberação nos moldes judiciais, mas é feita por meio do instrumento extraprocessual da recomendação, sendo o diálogo dirigido diretamente ao ramo envolvido, com exigências de respostas e de justificativas acerca da ação ou da omissão questionada, sob pena de se apurar a responsabilidade pelo não acolhimento do conselho.

<sup>206</sup> O Ministério Público tem a possibilidade de utilizar, por meio do acordo de concretização dos direitos humanos, instrumentos como a recomendação, impondo a linguagem do diálogo por meio da proporcionalidade, induzindo os outros ramos a pensar com base nessa proporcionalidade, criando uma linguagem comum de comunicação entre os poderes e permitindo a argumentação sobre a validade dos atos questionados pelo órgão ministerial. Isso foi observado nas negociações para prorrogar os contratos irregulares que cuidavam da educação indígena, no caso Estado do Pará, no qual se ponderaram duas situações constitucionais aparentemente conflitantes: a manutenção de uma ofensa à Constituição no que se refere às regras de concurso público para evitar uma ofensa constitucional ainda maior de prejuízo à educação indígena ou dos povos originários. Nessa situação, permitiu-se a prorrogação de contratos irregulares para garantir a educação indígena, até que se formem profissionais nessa área na Universidade do Estado do Pará (UEPA). A linguagem da proporcionalidade foi utilizada em outros casos que versavam sobre o excesso de cargo em comissão em relação aos cargos efetivos. A instituição recomendou à Câmara Municipal de Belém (Processo Ministerial n.º PAJ 001407.2010.08.000/3 e Processo Judicial n.º 0048819.09.2010.8.14.0301), à Assembleia Legislativa do Estado do Pará (Processo Ministerial n.º PAJ 000002.2011.08.000/3 e Processo Judicial n.º 0047225.25.2010.8.14.0301) e aos tribunais de contas dos municípios (Processo Ministerial n.º PAJ 001008.2014.08.000/7 e Processo Judicial n.º 0037508.95.2014.814.0301) e do Estado do Pará (Processo Ministerial n.º PAJ 001007.2014.08.000/1 e Processo Judicial n.º 0037507.13.2014.814.0301) que se adequassem à quantidade de cinquenta por cento de cargos comissionados em relação à quantidade total de cargos efetivos e que, do total de cargos em comissão, a mesma percentagem fosse provida por servidores de carreira. Apesar do esforço dialógico, todas as demandas foram judicializadas, com outras rodadas procedimentais no Judiciário paraense, abrindo-se oportunidade para novas rodadas procedimentais extraprocessuais, como está ocorrendo no caso Câmara Municipal de Belém, após a concessão de liminar favorável à pretensão ministerial.

<sup>207</sup> Reconhecido na estrutura dos poderes burocráticos constituídos, o Ministério Público, em regime de acordo e com autonomia constitucional para exercer a tutela coletiva extraprocessual, teria a incumbência de dar clareza aos valores constitucionais, de identificar os atores responsáveis pela concretização de determinada política pública e de dar uma segunda oportunidade para que os outros poderes e órgãos apreciem melhor os atos praticados, as inações constatadas e as normas editadas. Porém a atuação ministerial não para por aí, pode ir além desses situações e atender todos os questionamentos e não apenas “o que” e “quem”, mas também o “quando”, “porque”, “como”, “custo”, “onde” e “cominações”.

Obviamente que as teorias do equilíbrio, de Friedman, da parceria, de Hiebert, da construção coordenada e compartilhada do significado constitucional entre os vários ramos do governo, de Whittington, e da rodada procedimental e última palavra provisória, de Mendes, são as que mais se adaptam à atuação ministerial dialógica em políticas públicas, conforme demonstrado, com as devidas ressalvas. Em todas essas teorias, o diálogo envolve a Corte e o Parlamento, abrangendo no máximo o Poder Executivo. Aqui se defende a inserção do Ministério Público nesse diálogo com autonomia constitucional definida.

O Ministério Público valeu-se de conselhos jurídicos, como sugere Hiebert (2002), de vários precedentes judiciais, inclusive do STF (ADI n.º 2.687-9/PA), para embasar seu aconselhamento ou recomendação, evitando litígios sobre a interpretação de normas constitucionais. Isso ocorreu com a expedição da recomendação conjunta dos dois ramos do Ministério Público no caso Alepa. Acolhendo os recados ministeriais, a Alepa absteve-se de aprovar o projeto de Decreto Legislativo n.º 4/2012, que enquadrava os servidores contratados com mais de 10 (dez) anos de serviço no quadro de provimento suplementar em extinção e garantia estabilidade aos servidores contratados sem concurso público após a CRFB.

No mesmo sentido, na rodada procedimental que dirigir, o Ministério Público pode prevenir os riscos de edição de um ato inconstitucional (HIEBERT, 2002), mas com consequências jurídicas mais fortes do que ocorre nos conselhos jurídicos da teoria da parceria, pois o não acolhimento dos conselhos proferidos por recomendação tem, como consequência jurídica, a responsabilização dos sujeitos que se recusaram a cumprir os aconselhamentos, conforme se pode verificar na recomendação editada no caso Alepa, que impediu a inconstitucionalidade que estava prestes a ocorrer com a estabilização de servidores públicos que não atenderam à regra do concurso público<sup>208</sup>.

Em todos os casos apresentados, os direitos humanos – trabalho, educação, saúde, moradia, erradicação do trabalho infantil, proteção do trabalho adolescente, acesso ao mercado de trabalho livre de discriminação e interferências – foram tornados claros, bem como os atores responsáveis pelas medidas de concretização das políticas públicas apresentadas – admissão de pessoal na administração pública, abertura de curso superior para educação de povos originários, remoção de pessoas no caso Vila Chocolate etc. A recomendação exarada no caso Alepa permitiu que o ato não fosse editado, representando uma forma de controle prévio de constitucionalidade, por meio de aconselhamentos.

---

<sup>208</sup> Exemplos como esses estão mais bem explicados e abordados no capítulo referente ao instrumento ministerial da recomendação (subseção 6.3.2).

Com efeito, embora a doutrina do diálogo centre-se no diálogo deliberativo entre cortes e parlamentos, seus argumentos são adaptáveis ao Ministério Público que, com os instrumentos com que o dota a ordem jurídica, pode engajar-se no que diz respeito não só aos significados constitucionais, mas também à concretização dos direitos humanos. A participação ministerial nesse diálogo permite que cada órgão exercite a modéstia de forma que suas conclusões sejam resultado do processo de amadurecimento dialógico. Os diferentes órgãos podem ouvir os demais e aprender com eles, em um processo contínuo de melhoria da efetividade dos direitos que buscam proteger.

Logicamente que, antes que as questões de política e de princípios polarizem-se entre o Parlamento e a Corte, elas poderão ser discutidas, definidas, formuladas, planejadas, executadas e controladas em processos extraprocessuais por instituições políticas ou até nos campos processuais ou legislativos conduzidos e instigados por outros órgãos governamentais, como o Ministério Público, na propositura de demanda coletiva ou na participação no processo legislativo, por meio da utilização de recomendações, por exemplo.

As teorias da construção coordenada e da parceria, juntamente com parte da teoria do equilíbrio, permitem que a instituição ministerial participe da interpretação constitucional, da definição dos significados e da concretização dos direitos humanos por meio de políticas públicas, de forma igualitária e horizontal. Cria-se, assim, um foro para as melhores razões públicas, com os instrumentos existentes na ordem jurídica pátria para a atuação extraprocessual, como o inquérito civil, a audiência pública, a recomendação e o acordo de concretização, além de outros ou com os instrumentos judiciais e legislativos existentes.

Cabe, portanto, ao Ministério Público abrir rodadas procedimentais extraprocessuais tendo em vista a construção e a elaboração de significados constitucionais e a concretização dos direitos humanos, com base no acordo deliberativo<sup>209</sup> estabelecido no procedimento ministerial com os atores públicos ou privados envolvidos na discussão sobre a significação ou a concretização das normas constitucionais e dos direitos humanos. Assim, uma vez definido o significado ou especificado o conteúdo do direito, a razão, o sujeito que o concretiza e o realiza, o custo, as cominações, a forma, o lugar e o prazo de concretização dos direitos humanos sociais, extingue-se uma rodada procedimental de caráter extraprocessual, como última palavra provisória. Entretanto, questionado esse acordo deliberativo em processo

---

<sup>209</sup> O “acordo deliberativo” não deve ser confundido com o instrumento de atuação dialógica ministerial denominado “acordo de concretização dos direitos humanos” (ajuste de conduta), uma espécie do acordo deliberativo, que é gênero. Assim, na resolução das pendências durante o tempo de convencimento ministerial dialógico, o arquivamento do procedimento, o atendimento das recomendações ministeriais, entre outros, são espécies de acordos deliberativos, juntamente com o acordo de concretização dos direitos humanos, que representa a forma mais solene da expressão “acordo deliberativo”.

judicial, legislativo ou até mesmo extraprocessual, o Ministério Público estaria autorizado a atuar de forma dialógica nos processos de deliberação, com base em princípios ou razões públicas e na autonomia que recebe da Constituição para defender o interesse público e as demandas sociais.

Como se verifica, uma das principais características dos direitos sociais é o elevado grau de indefinição ou de generalidade. Por essa razão, para serem exigíveis ou exequíveis, tais direitos precisam submeter-se necessariamente a um processo de especificação, detalhamento, liquidação ou concentração de obrigações por atos legislativos, administrativos, judiciais, ministeriais etc., visto que a indefinição tem implicações diretas na eficácia dos direitos sociais e no custo a ser contemplado no orçamento para atendê-los (SILVA, 2007, p. 117).

Diante da dificuldade de alcançar todos os elementos imprescindíveis à exigibilidade e à executividade, o diálogo institucional presidido ou dirigido pelo Ministério Público deve perseguir, nas rodadas procedimentais, os instrumentos para especificar, liquidar ou concentrar as obrigações genéricas inerentes aos direitos sociais. Isso demonstra que a teoria do diálogo institucional dirigido pela instituição ministerial deve estar conjugada com a teoria da última palavra provisória, para que não se caia na teoria da indecisão e se macule a ideia que se defende para avançar na definição e na concretização dos direitos humanos, especialmente dos sociais.

#### **4.6.2 Elementos de especificação do processo deliberativo dialógico**

Os elementos de especificação dos direitos humanos são necessários para o desenvolvimento de uma teoria da decisão resolutiva que seja aplicada ao diálogo institucional dirigido pelo Ministério Público. Como afirmado, as teorias do diálogo só fazem sentido se inseridas nas teorias da decisão e, no caso desta tese, na teoria da decisão resolutiva. Essa teoria compatibiliza-se com o modelo resolutivo do Ministério Público, que utiliza instrumentos extraprocessuais de resolução ou solução de conflitos de massa, de forma mais efetiva e célere, sem a judicialização da demanda (MACÊDO, 2013, p. 341). A premissa principal desse modelo é envolver todos os participantes do diálogo em uma rodada procedimental para alcançar o acordo de vontades e evitar o processo judicial de substituição volitiva, ainda que essa via seja usada para alcançar um acordo deliberativo e fundamentado na via extraprocessual, visto que a substituição da ação material dos envolvidos pela ação processual do juiz deve ser uma solução racional, humanizada, justa e equitativa, sem que se

possam ter como resultado situações irracionais da ação material humana nos conflitos como escravizar, apropriar-se dos bens e pessoas da família do devedor e matar (SILVA, 2014, p. 46-47).

A teoria da decisão resolutiva, que pode ser aplicada a uma concepção prospectiva ou retrospectiva, tem como fim último responder às questões básicas do processo deliberativo dialógico ministerial – a identificação de todos os elementos essenciais e acidentais, que se resumem em saber **o que, por que, onde, quando, quem, como** e o **custo** da tomada decisão e da concretização e realização dos direitos humanos sociais<sup>210</sup> –, ainda que a deliberação resolutiva seja decidir não decidir de forma fundamentada, monitorada e condicionada ao prazo para a concretização. A essa teoria, deve-se acrescentar ainda a estipulação de cominações para o caso de descumprimento.

As teorias até aqui abordadas preocupam-se em responder parcialmente a tais questionamentos com a definição de **“quem decide”** (povo, parlamentos, cortes, fórum deliberativo por acordo dirigido pelo Ministério Público), **“o que se decide”** (direitos e políticas), **“como se decide”** (procedimento de uma decisão válida e legítima e os instrumentos de concretização – rodada procedimental e negociação baseada em princípios), **“quando se decide”** (o prazo ou lapso temporal dos efeitos da decisão – retrospectivo, prospectivo ou ambos e o tempo de validade da decisão) e o **“por que se decide”** (razões procedimentais e substanciais que devem ser expostas na decisão). Entretanto, para se alcançar maior especificação (liquidação ou concentração) dos direitos sociais, devem-se adicionar outros questionamentos: **“onde se decide”** (o lugar em que a decisão será proferida, concretizada e cumprida), **“quanto custa a decisão”** (o custo para concretizar e realizar os direitos sociais, que deve constar das legislação orçamentária, se for o Estado) e **“quais as cominações da decisão”** (as consequências jurídicas pelo descumprimento da decisão ou para recomposição do bem lesado). Há uma reformulação do “quem decide”, pois as rodadas procedimentais dirigidas pela instituição ministerial tiram o foco do Parlamento, do Judiciário

---

<sup>210</sup> Essas questões são conhecidas pela sigla em inglês 5W2H ou diagrama de árvore, que representam os elementos necessários de um plano de ação. São 5W: *what* (o que), *why* (por que), *where* (onde), *when* (quando) e *who* (quem). E são 2H: *how* (como) e *how much* (quanto custa) (FERREIRA; PEREIRA; REIS, 2001). A essas questões, deve ser acrescida a cominação (*commination*), e a sigla passaria a ser 5W2H1C. Embora possam haver outras preocupações, esses questionamentos podem ser adaptados à teoria do diálogo institucional dirigido pelo Ministério Público. Assim, para cada uma das soluções priorizadas, a equipe estabelece metas de melhoria a serem alcançadas, permitindo explicitar o nível de resultado esperado, como também programar as atividades para a implementação da melhoria. Essas questões levam à definição do objeto, da razão, do responsável, do custo, do modo, do tempo e do local em que se concretizam e realizam os direitos sociais. Além desses questionamentos, no diálogo institucional ainda se devem definir as cominações necessárias para a pressão psicológica e jurídica no sentido de concretizar os direitos e de imputar responsabilidades pela sua não concretização ou realização.

e do Executivo para centrar-se numa deliberação conjunta e dialogada, que servirá de última palavra provisória, por meio de um acordo deliberativo e fundamentado envolvendo todos os atores políticos responsáveis pela concretização dos direitos sociais. Cabe ao Ministério Público a responsabilidade de dirigir tal procedimento e tornar efetivos tais direitos.

Esses elementos questionadores são necessários para que se possam delimitar com a maior clareza possível as obrigações que decorrem dos direitos sociais, de tal sorte que o procedimento dialógico institucional conduzido pelo Ministério Público atenda-os da forma mais precisa possível, especificando-os.

O primeiro impacto da teoria do diálogo institucional na construção coordenada do significado dos direitos humanos sociais conduzida pelo Ministério Público refere-se ao “**quem decide**”. Enquanto as demais teorias concentram-se no Parlamento, na Corte ou, mais raramente, no Executivo como fonte de deliberação com base em princípios de um ramo do governo para posterior reação do outro, no diálogo ministerial, a decisão é construída conjuntamente em rodadas procedimentais por meio de acordos deliberativos e fundamentados, que servirão de decisão provisória, com a participação dos envolvidos na solução do problema a ser resolvido. Há, portanto, um fórum deliberativo dialógico plurilateral por meio de acordo, dirigido pelo Ministério Público.

O questionamento sobre “quem decide” serve para conferir legitimidade substancial e procedimental ao Ministério Público na condução da rodada procedimental rumo à decisão dialógica e pactuada com os envolvidos. A legitimidade também tem relação com a autoridade. Em uma concepção jurídica, o objetivo é seguir uma norma e o seu sentido (proibir, permitir e obrigar), o que implica o respeito pela igualdade na aplicação de tipos e padrões, pois a igualdade requer que, em casos iguais, sejam adotados iguais padrões ou normas (LOPES, 2006, p. 272-273, nota n.º 9). Nesse contexto, as normas internacionais, constitucionais e legais da ordem jurídica brasileira<sup>211</sup> conferem autoridade e legitimidade ao Ministério Público para iniciar, provocar e forçar o diálogo institucional em rodadas procedimentais com o fim de alcançar decisões resolutivas provisórias para a concretização dos direitos humanos, em especial, dos direitos sociais.

A legitimidade substancial é concebida pela atuação ministerial com base em precedentes da Corte e com base na exposição, na persuasão e na deliberação racional e fundamentada dos participantes com base no fórum de princípio, com a preocupação de

---

<sup>211</sup> O fundamento jurídico da atuação ministerial consta de vários dispositivos, especialmente dos artigos 127 e 129 da CRFB, da Lei Complementar (LC) n.º 75/93, da Lei n.º 8.625/93 e de várias normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro que impõem a tutela jurídica dos direitos humanos, como as Convenções n.º 111 e n.º 169 da OIT, da Convenção Americana de Direitos Humanos etc.

alcançar a melhor resposta ou o acerto moral momentâneo na decisão que busca concretizar os direitos sociais.

A legitimidade procedimental é alcançada com base na tutela jurídica extraprocessual promovida pela instituição ministerial – que defende o interesse público e as demandas sociais (POGREBINSCHI, 2011, p. 165) e tem fundamento nas normas internacionais, constitucionais e legais –, associada a atores políticos que têm representação política por meio do voto popular e participam da rodada procedimental dialógica promovida pelo Ministério Público. Assim, como no procedimento dialógico institucional dirigido pela instituição ministerial são levados em consideração os atos volitivos dos participantes e não o regime de substituição judicial, a responsabilidade pela decisão resolutiva provisória é de todos os envolvidos que assumem compromisso ou fazem acordo de concretização com o Ministério Público. Trata-se, então, não de um acordo bilateral ou comutativo, mas de uma versão plurilateral da negociação, que tem a função de proteger os bens indivisíveis ou permitir uma apropriação individual de tais bens de forma igualitária e com critérios objetivos que alcancem a justiça da distribuição de bens, rendas, ônus e responsabilidades.

O “quem” na roda procedimental extraprocessual dirigida pelo ministério público também se volta ao responsável por outras decisões, como o acordo ou a recomendação para que se editem outros atos normativos, e é responsável pelo desenvolvimento dos atos materiais de realização dos direitos sociais, como o caso Estado do Pará em que o ente público foi o responsável pela edição de lei criando cargos e cursos para educação indígena. A responsabilidade não se exaure apenas na deliberação, mas adentra a fase pós-deliberativa, com a formalização da decisão e com a efetivação social do direito humano protegido<sup>212</sup>. O questionamento sobre “quem” também é suscitado na teoria do diálogo institucional para dar conta das regras centradas no processo. Com efeito, a Corte tem o poder de obrigar os demais ramos do governo a esclarecer ou a determinar quais são os atores (burocráticos ou democráticos) que devem ser responsáveis pela concretização de determinada política que envolva valores constitucionais (COENEN, 2001, p. 1773-1805), após a especificação dos próprios valores ou das normas constitucionais. Essa mesma obrigação de tornar claros os atores responsáveis pela concretização dos direitos sociais também poder ser objeto da rodada procedimental extraprocessual conduzida pelo Ministério Público.

---

<sup>212</sup> Esse questionamento é abordado nos capítulos 5 e 6 com o fim de demonstrar a autoridade e a legitimidade ministerial funcional para atuar na concretização e na realização dos direitos sociais e das políticas públicas envolvidas, com foco exclusivamente no Ministério Público.

O conteúdo da decisão é a resposta ao questionamento sobre “**o que se decide**”. A definição do conteúdo da decisão que versa sobre direitos tem forte impacto na exigibilidade e na executividade do direito, visto que um direito indefinido não tem como ser efetivado. Obviamente que, no diálogo institucional promovido pelo Ministério Público, o conteúdo da decisão tem muita afeição pela proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, visto que os direitos civis e políticos, no aspecto subjetivo, têm bons elementos de definição para o seu exercício, apesar de alguns casos se revelarem altamente indefinidos.

Como esta tese tem o foco na atuação ministerial em políticas públicas por meio do diálogo institucional resolutivo, o esforço argumentativo concentra-se nos direitos sociais e nas políticas públicas que visam concretizá-los e realizá-los (direitos sociais e políticas públicas). A questão dos direitos sociais foi enfrentada no Capítulo 3, quando se abordou sua definição e seu fundamento, o que envolve a definição de bens indivisíveis, a forma de apropriação coletiva e individual de tais bens, o fundamento para atender as necessidades humanas que eles buscam suprir e a estrutura jurídica para entender o grau de exigibilidade e de executividade dos direitos para enfrentar os obstáculos de sua especificação (liquidação, individuação ou concentração).

A especificação do objeto da decisão provisória é, para Coenen (2001, p. 1773-1805), o fundamento do diálogo institucional como procedimento capaz de obrigar os demais ramos de governo a esclarecer ou a especificar os valores ou normas constitucionais substantivos indeterminados ou que não estejam claros nas leis ou nos julgamentos políticos, para posterior definição dos sujeitos responsáveis pela concretização e pela realização dos direitos sociais. Tudo para que se possa caminhar na exigibilidade ou na executividade de tais direitos ou das políticas públicas que os concretizam. Na STA 175, o STF assentou o entendimento de que o problema no direito à saúde era a falta de execução das políticas públicas já definidas e não a falta de especificação de tal direito.

Como o critério de definição dos direitos sociais, quase sempre, é fluido e flexível, por estar condicionado a fatores e condições prospectivas ou futuras que, apesar de previsíveis, podem sofrer alteração, a aplicação da última palavra provisória também atende a concretização dos direitos, sem que se enfrentem grandes desgastes na alteração ou na nova especificação dos direitos sociais.

A legitimidade ministerial funcional ou a sua autonomia constitucional também provém dos passos, procedimentos e instrumentos adotados nas rodadas presididas pelo Ministério Público para responder ao questionamento sobre “**como se decide**”. De fato, na concretização dos direitos sociais, é preciso chegar a uma decisão ou a um acordo válido e

legítimo no que diz respeito não só ao conteúdo ou à substância da decisão (*output*), mas também ao aspecto procedimental ou formal (*input*) e consequencialista (*a posteriori*), visto que a efetividade dos direitos sociais provoca um grau acentuado de desacordo que impõe um dimensão procedimental justa<sup>213</sup> para se fazerem as escolhas que atendam o acordo que se busca conseguir (MENDES, 2011, p. 56). Assim, a rodada procedimental tem o condão de permitir que se alcance um procedimento justo, por comportar a exposição das razões de todos os envolvidos e por chegar a uma decisão cujo conteúdo resulta da participação de todos, de forma que haja uma identificação de todos os participantes com o conteúdo da decisão por ter participado da rodada procedimental e da deliberação tomada dialogicamente, que também se legitima em razão das consequências constatadas posteriormente na defesa do interesse público primário e das demandas sociais. Os instrumentos procedimentais que mais tem aptidão para responder a esse questionamento são o inquérito civil público, a recomendação e o procedimento promocional de políticas públicas.

O questionamento sobre o “como” se decide também abrange os procedimentos de negociações baseadas em princípios e méritos, para que no diálogo institucional se separe as pessoas dos problemas e os interesses das posições pessoais, criando-se uma variedade de possibilidade antes de decidir com base em algum padrão ou critério objetivo. Para isso o procedimento deve contar com a análise ou o diagnóstico da situação, o planejamento dos recursos mais importantes como pessoas, interesses, objetivos e opções e a discussão (ou melhor, o diálogo direto) para alcançar o acordo com o envolvido que acomode os interesses dialogados (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 28 e 31).

A dimensão formal do diálogo institucional busca a justiça procedimental para que se tome uma decisão válida e legítima por meio de instrumentos de concretização dos direitos humanos, que possam permitir o alcance da justiça material. Por meio do diálogo institucional, busca-se minimizar a tensão entre forma e substância para que se tenha um bom *input* e se alcance o melhor *output* ou resultado possível para se alcançar a definição de um procedimento dialógico justo.

---

<sup>213</sup> A definição de processo justo compreende um procedimento que concretize os direitos humanos e atenda às garantias processuais fundamentais, à interpretação e à aplicação correta da norma e à apuração verdadeira dos fatos da causa que servem de suporte para a análise da questão (TARUFFO, 2012, p. 141-142). A preocupação com o processo justo também vem da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2012, 2011, 2009, 2008 e 2001), conforme apontado anteriormente. A dimensão de processo justo pela via consensual e o que se refere à interpretação e aplicação correta da norma e à apuração verdadeira dos fatos da causa também são uma preocupação do CPC de 2015, que prevê, entre outras medidas, a possibilidade de os demandantes delimitarem de forma consensual questões de direito e de fato e a necessidade de audiência para sanear consensualmente questões de fato e de direito complexas, em regime de cooperação dos demandantes, nos termos do artigo 357, parágrafos 2.º e 3.º.

Em virtude da importância desse questionamento, na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n.º 175, o STF assentou o entendimento de que, na dimensão objetiva do direito à saúde, que é um dos direitos sociais, estaria compreendido o direito à prestação, à organização e ao procedimento.

Examinando as prestações entregues pelo Estado, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 188-206) divide as prestações em direito à proteção<sup>214</sup>, prestações em sentido estrito ou *status positivus socialis*<sup>215</sup> e direito de participação na organização e no procedimento<sup>216</sup>. Entretanto, o principal relevo da dimensão objetiva dos direitos sociais encontra-se nos dois últimos tipos, visto que os direitos sociais são aqueles cuja concretização e cuja realização dependem de providências estatais: a criação e a conformação de órgãos (quem) e de procedimentos (como) indispensáveis a sua efetivação. Isso é necessário para que não haja a desvalorização funcional da Constituição em virtude da inércia. Com efeito, a não materialização das exigências constitucionais seria um inaceitável gesto de desprezo pela Carta constitucional e revelaria um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelos significados da Constituição, conforme orientado pelo STF na STA 175.

A necessidade de procedimento não significa apego a um formalismo exacerbado. O procedimento deve garantir a participação de todos os envolvidos e a realização de um diálogo em rodada procedimental em que se possam apresentar, expor, apreciar e avaliar os argumentos com racionalidade para alcançar bons acordos fundamentados, atendendo à justiça substancial com aferição da legitimidade procedimental e substancial *a posteriori* ou consequencialista no acerto moral provisório em defesa dos direitos sociais. Um formalismo exagerado deixa de lado a preocupação com a justiça material, por não permitir, pela forma, o acesso à justiça, a razoável duração do procedimento e a preocupação com o resultado obtido (*output*) ou sua consequência (*a posteriori*), podendo servir até para violar um direito humano<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> São posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que ele o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais (SARLET, 2001, p. 195).

<sup>215</sup> Objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e de uma igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado (SARLET, 2001, p. 202).

<sup>216</sup> Constitui o direito à emissão de determinadas normas procedimentais e a determinada interpretação e aplicação das normas sobre procedimento (SARLET, 2001, p. 198), o que demonstra o direito à organização ministerial e ao procedimento dialógico dirigido pelo Ministério Público para que se efetivem os direitos sociais.

<sup>217</sup> A dicotomia entre procedimento e substância também tem reflexo na natureza das normas jurídicas, que podem ser normas de conduta e normas de organização: as primeiras seriam exigíveis, porque estabelecem alguma ordem, proibição ou permissão, e as segundas não seriam, porque só tratariam de procedimento, organização e competências. Porém, esse dogma deve ser afastado, pois “a razão de ser das normas de organização é dar garantia e efetividade às normas de conduta, já que em todo ordenamento jurídico há, ao lado das normas de conduta, as normas de estrutura ou de competência, de tal sorte que se negar exigibilidade a estas,

No direito processual, a crise do formalismo exacerbado levou parte da doutrina a livrar-se de amarras processuais para defender a adequação da relação processual ao direito material. Preconizou-se a superação do formalismo exacerbado em prol de um formalismo valorativo, diante da justiça do caso concreto, para que se alcancem resultados que atendam ao direito material ou à justiça substancial (OLIVEIRA, 2010), para que o bem comum tenha seu aspecto procedimental voltado à concretização dos direitos humanos, especialmente os direitos sociais, permitindo que se alcancem objetivos razoáveis de forma que todos colaborem uns com os outros, por meio de um procedimento que seja justo.

Assim, a dimensão procedimental (como) do diálogo institucional dirigido pelo Ministério Público tem a preocupação de adaptar-se às exigências do direito humano social pela flexibilidade que tem nos passos seguidos e nos instrumentos utilizados, permitindo a apreciação não só de razões, mas também de atos materiais que garantem a justiça formal e material das deliberações resolutivas tomadas mediante acordos políticos de concretização de direitos humanos, ainda que provisória.

A legitimação ministerial por meio dos procedimentos e instrumentos será abordada nos capítulos 5 e 6, em que se demonstrará a aptidão não só da instituição, mas também de todos os meios que a ordem jurídica coloca à disposição do Ministério Público para promover a rodada procedimental de maneira justa no campo formal e substancial.

O questionamento sobre “**quando se decide**” busca definir o momento em que os efeitos da decisão são sentidos, o tempo de validade de uma deliberação fixar ou planejar o prazo ou lapso temporal dos efeitos da decisão, seja numa visão retrospectiva (voltado para o passado<sup>218</sup>), seja numa visão prospectiva (voltada para o futuro<sup>219</sup>), seja numa visão que combine ambas as visões, pois muitos direitos sociais necessitam de padrões de concretização

---

é o mesmo que negar exigibilidade àquela. Elas são, pois, interdependentes, as primeiras estabelecendo a conduta e as segundas fornecendo a forma pela qual a conduta será exercida” (SILVA, 2007, p. 167-168).

<sup>218</sup> Os direitos individuais homogêneos e os direitos denominados “difusos e coletivos”, quando voltados para a reparação do dano ou a recomposição do bem lesado, têm essa conotação pretérita, a fim de apurar a existência do dano, do nexu etiológico e do quanto de dano cabível para cada beneficiário individual ou coletivo. Para essa circunstância, as indefinições dos direitos estão basicamente preocupadas com a lesão a direitos e a falta de liquidação, com o dano e o nexu; não há preocupação com a indefinição para o futuro, como ocorre quando se trata de fixar padrões de fruição dos bens indivisíveis no futuro, no campo processual ou no campo extraprocessual. No controle de constitucionalidade, a visão retrospectiva tem a intenção de retirar todos os efeitos do ato impugnado, salvo se houver alguma modulação dos efeitos para conservar as consequências geradas ou permiti-las até um certo momento no futuro.

<sup>219</sup> A preocupação com o momento de aplicação dos efeitos da decisão voltada para o futuro envolve diretamente os direitos difusos e coletivos com fundamento na ameaça a direitos ou na necessidade de definição de critérios justos e objetivos de apropriação de bens coletivos e indivisíveis que atingem a todos coletiva ou difusamente, considerados de forma prospectiva, momento em que o planejamento e o acordo deliberativo e fundamentado ganham importância.

e de aplicabilidade no futuro, mas outras situações evidenciam a necessidade de apropriação de bens referentes ao passado.

A dimensão temporal da decisão, portanto, exige normas que podem olhar para o passado para avaliar o que foi feito ou qualificar os fatos e, nesse caso, julgá-los, para dizer se foram bons, justos ou eficientes. Mas a mesma dimensão temporal exige normas que podem voltar-se para o futuro, permitindo fazer planos e imaginar resultados e, nesse caso, pensar sobre os resultados da ação, tendo como base as normas técnicas, morais ou jurídicas como norteadoras e condutoras da ação. Nesse contexto, observa-se que o direito tem uma relação com o pretérito de imputação, em que se qualifica o que ocorreu como proibido, permitido e obrigatório, avaliando-o como certo ou errado, bom ou mau, julgando os fatos e condutas de maneira contrafactual (para que se possam ajustar os fatos às prescrições normativas). Na relação com o futuro, o direito propõe normas para criar tipos contratuais, tipos de cláusulas-padrão, tipos penais etc., com o objetivo de criar classes de atos e condutas que serão obrigatórias, proibidas ou permitidas (LOPES, 2006, p. 274-275)<sup>220</sup>.

Nessa dimensão temporal da decisão resolutiva provisória, o planejamento ganha importância porque requer duas atividades audaciosas: de um lado, levantar as circunstâncias e os fatos do passado; de outro, levantar as tendências presentes e futuras. Com base nesses fatos, circunstâncias e tendências, é possível conduzir os acontecimentos futuros para o setor público e recomendá-los ao setor privado, de tal sorte que o planejador não tenta prever o futuro, mas tenta fazer com que ele aconteça exatamente como foi idealizado, ressalvada a possibilidade de revisá-lo de acordo com o curso dos acontecimentos. Entretanto, como não é possível prever todas as variedades de fatos e circunstâncias que podem ocorrer, o planejado é, em regra, diferente daquilo que será efetivamente executado, razão pela qual o planejamento deve ser adaptável aos acontecimentos econômicos e financeiros futuros, sem que isso o torne desprovido de juridicidade, de proteção jurisdicional (SILVA, 2007, p. 121-122), bem como de proteção ministerial.

Outro aspecto importante relacionado ao “quando se decide” é o rol dos efeitos de atos normativos pretéritos eivados de inconstitucionalidade. No processo de concretização dos direitos sociais, independentemente do grau de indisponibilidade<sup>221</sup> do conteúdo dos direitos

---

<sup>220</sup> Para Lopes (2006, p. 274-275, nota de rodapé n.º 13), a tensão entre passado e futuro submete-se à retórica aristotélica, pois, enquanto a deliberação forense precisa de provas dos fatos passados ou de provas específicas para saber o que houve para então julgar o réu, a deliberação política da assembleia precisa de provas que permitam a previsão de eventos futuros para saber o que é melhor fazer dali para frente.

<sup>221</sup> Como afirmado, a indisponibilidade deve ser revisitada a fim de mitigar dogmas que impedem a imediata, contínua e gradual concretização dos direitos sociais, sendo defendida quando o argumento é de retrocesso em tais direitos, visto que, nesse campo, a indisponibilidade mostra-se inflexível, salvo por autorização

negociados, o Ministério Público pode, à semelhança da modulação dos efeitos de inconstitucionalidade feita pelo STF, modular, por meio do diálogo e do acordo deliberativo e fundamentado, os elementos integrantes do direito, como o prazo, o modo, o lugar e as cominações necessárias à concretização e à realização dos direitos, por expressa autorização, constante do artigo 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/85, que permite ao Ministério Público, no campo extraprocessual, fazer os interessados assumirem o compromisso de concretização de direitos humanos, mediante cominações, com eficácia de título executivo. Isso pode facilmente ser comparado ou, em certa medida, equiparado ao teor do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, que permite ao STF, no campo processual, modular os efeitos de um ato inconstitucional em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, tal como ocorreu no caso Estado do Pará, em que se permitiu a manutenção de servidores sem concurso público até a total concretização da educação indígena.

A exigência da exposição das razões fundamentadas tem base no questionamento sobre “**por que se decide**”. Esse questionamento incide sobre as razões ou os motivos procedimentais e substanciais que fundamentam a decisão para alcançar maior especificação dos direitos sociais. Para compreender melhor a razão, o motivo ou o sentido de uma ação, é necessário explicitar os conceitos de propósito e de sentido, que ajudam a responder à questão sobre o porquê. Propósito é o comportamento que envolve alguma escolha ou intenção, para demonstrar que comportamento humano não é resultado puro e simples de uma reação cega; sentido pressupõe que a pessoa possa dar razões para sua ação. Assim, as razões de uma decisão podem compreender:

- a) a explicação histórica, que expõe a intenção concreta de um sujeito determinado em circunstâncias determinadas;
- b) a generalização empírica, que explica as ações levando em consideração o que as pessoas normalmente fazem;

---

constitucional em sentido contrário. Esse é o sentido das normas da tutela coletiva que permitem que as deliberações judiciais ou extraprocessuais beneficiem a esfera individual, mas impedem a aplicação no sentido de prejudicar os direitos subjetivos, com exceção de algumas hipóteses constitucionais que permitem certa disponibilidade *in pejus* no plano individual, respeitados a ampla participação e o princípio do não retrocesso, seja com medidas compensatórias, seja com medidas mitigadoras, impeditivas ou extintivas do mal comum, como decidiu o STF no RE n.º 590.415/SC, de 30 de abril de 2015, ao afastar a exigência do artigo 477, § 2.º, da CLT, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas e admite a quitação geral e sem especificação de verbas de rescisão contratual trabalhista em programas de dispensa incentivada prevista em acordo coletivo de trabalho, permitindo que os sindicatos profissionais dispusessem dos direitos individuais dos trabalhadores previstos em lei, com base na interpretação do artigo 7.º, VI, XIII e XXVI, da CRFB e das Convenções n.º 98/1949 e 154/1981 da OIT, por ser um acordo vantajoso e com ampla participação. Esse raciocínio gradual do dogma da indisponibilidade dos direitos humanos também permite a modulação dos efeitos de tais deliberações judiciais e extrajudiciais para garantir a segurança jurídica e a concretização dos direitos sociais.

- c) o tipo-ideal, que toma o agente não como uma pessoa que realmente existe ou com base em generalizações, mas como tipos que explicam as ações humanas pela interpretação dos sentidos<sup>222</sup> (LOPES, 2006, p. 268), de tal sorte que, de acordo com as diretrizes do tipo-ideal, mudam-se as razões.

Por outro lado, deve-se observar que os motivos de uma ação humana deliberativa também podem ser demonstrados pelo poder informacional. Obtém-se esse poder falando com pessoas, ensinando, explicando, argumentando, discutindo, perguntando, respondendo, por meio dos padrões existentes, com disposição para tornar o conhecimento acessível aos outros, pois as influências são mais duradouras quando se compreende, clara e logicamente, o “que” e “por que” se decide (DEUTSCH; GERARD, 1955, p. 629-636). O poder informacional é também o poder do *expert* ou do especialista (ou de uma instituição burocratizada), criada especialmente para fornecer informações que possam influir na tomada de decisão por meio da apresentação de razões que levam o outro a compreender a força dos motivos em virtude do conhecimento especializado que se tem (FRENCH; RAVEN, 1959, p. 267)<sup>223</sup>.

Nesse sentido, os fundamentos de uma decisão deliberativa dialógica podem assumir razões de explicação histórica, de generalização empírica, do tipo-ideal e do poder

---

<sup>222</sup> No aspecto econômico, o tipo-ideal é uma racionalidade que explica e interpreta as ações do ponto de vista do custo-benefício (LOPES, 2006, p. 269).

<sup>223</sup> French e Raven (1959, p. 263-267) dividem o poder de influência em cinco espécies. A primeira é o poder da recompensa, que envolve a habilidade para estimular alguém a fazer algo mediante a promessa de uma paga ou de uma recompensa. O exemplo mais comum desse poder é a oferta de uma comissão aos trabalhadores de uma fábrica como um incentivo para o aumento de produção. A segunda espécie é o poder da coerção, que se utiliza de ameaças e repreensões para influenciar o outro, principalmente com a expectativa de que o sujeito a ser influenciado possa ser punido em razão de alguma falha pelo não atendimento dos interesses forçados. O exemplo que ilustra isso é a designação de alguém para fiscalizar e pressionar de corpo presente os trabalhadores para que atinjam as metas sob a ameaça de serem punidos. A diferença entre o poder de recompensa e o poder coercitivo reside no fato de que o primeiro é psicologicamente positivo, enquanto o segundo é negativo. A terceira espécie é o poder legítimo, que tem como fundamento a utilização de uma posição, um papel ou um cargo para influenciar as pessoas relacionadas com aquele poder formalmente criado. Esse poder vale-se de normas internas, prescrições de funções ou papéis e expectativas. O poder legítimo pode seguir alguns critérios que a sociedade reconhece como passíveis de influenciar os seus integrantes, que pode ser sexo, idade, estrutura organizacional hierárquica ou alguma função pública, como juiz ou processo de delegação de funções públicas etc. A quarta espécie é o poder referente, segundo o qual o comportamento de outros grupos serve de exemplo a ser seguido ou suscita o desejo de associar-se a esses grupos, como é o caso da motivação para fazer parte ou ser membro de alguma instituição associativa. Assim, as concepções de um grupo de referência e a sugestão de que participar desse grupo representa a obtenção de prestígio podem ser tratadas como instâncias do poder referente. Por outro lado, é possível que o poder seja percebido negativamente, alguém não querendo fazer parte daquele grupo. Finalmente, a quinta espécie é o poder do *expert*, pelo qual se impõe a força dos argumentos e conhecimentos de especialistas ou de quem detém o conhecimento técnico, utilizando-o para convencer outros. O poder do *expert* é considerado um poder informacional. Esse poder também tem força legitimadora para o Ministério Público, que se utiliza de razões públicas com base na ordem jurídica, no diálogo institucional e em precedentes da Corte para concretizar os direitos sociais. O poder legítimo também consagra o MP pelas normas do art. 127 e 129, pelos procedimentos e instrumentos de detém para a proteção do interesse público primário e para o atendimento das demandas sociais.

informacional. Assim, o Ministério Público, por ser uma instituição burocrática, constituída constitucionalmente, com *expertise* para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais, com poder de representação funcional, pode, no diálogo institucional, utilizar-se das razões produzidas em rodadas procedimentais para defender o interesse público e as demandas sociais, de maneira que a instituição e os demais partícipes devem fundamentar os acordos deliberativos firmados, tendo em vista a exposição das razões que levaram às deliberações dialogadas de concretizar determinado direito social.

O questionamento sobre “**onde se decide**” concerne à determinação do lugar em que a decisão será proferida, concretizada e cumprida com eficácia. Usualmente o local de deliberação resolutiva provisória de concretização ou de cumprimento está intimamente vinculado ao local da lesão ou da ameaça aos direitos sociais protegidos. A determinação da competência jurisdicional para a proteção dos direitos sociais (coletivos ou difusos) tem como fundamento a fixação da competência no local do dano ou de sua abrangência local, regional ou nacional, nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 7.347/85 e do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>224</sup>. No âmbito ministerial, a atribuição é definida geograficamente pelas procuradorias regionais, municipais e geral, dependendo do juízo ou tribunal em que a instituição pode atuar. O diálogo institucional pode, então, ser objeto de rodadas procedimentais no local do dano, da ameaça ou nos locais que forem atingidos pelos efeitos da lesão ou da ameaça aos direitos sociais.

A fixação da competência no local do dano ou de sua abrangência local, regional ou nacional tem suma importância no desenvolvimento das rodadas procedimentais, especialmente por facilitar a colheita e a admissão de provas utilizadas ou manejadas para firmar o convencimento dos participantes do diálogo institucional por meio da persuasão racional com o objetivo de alcançar o acordo sobre a concretização dos direitos sociais. Da mesma forma, a facilidade de participação dos atores políticos e privados no diálogo institucional é uma das respostas alcançadas pelo questionamento sobre “onde se decide”, visto que a proximidade com o dano ou ameaça ou com o âmbito de sua abrangência permite

---

<sup>224</sup> A racionalidade do artigo 93 do CDC ocupa espaço importante na definição do juízo competente na tutela coletiva. Levaram em consideração o âmbito de abrangência do dano tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (AgRg na MC n.º 13660/PR e CC n.º 112235/DF), quanto o TST, que editou a Orientação Jurisprudencial (OJ) SDI-II n.º 130, cuja ementa está assim verbalizada: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI 7347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTIGO 93. I – A competência para a ação civil pública fixa-se pela extensão do dano. II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinge cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma vara do trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a ação civil pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho. IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída”.

que tais atores estejam munidos, graças ao poder informacional, de boas razões fáticas e jurídicas para convencer os demais participantes, em especial quando se trata de uma perspectiva prospectiva ou para o futuro com base em índices e metas para alcançar o tipo-ideal.

A dimensão geográfica também é importante para a realização dos direitos sociais ou para o cumprimento da deliberação plurilateral alcançada por meio de acordo político racional e fundamentado, pois a proximidade ou o contato com a ameaça ou a lesão aos direitos sociais permite maior agilidade e força para a convicção tratada na persuasão racional para a realização do acordo e para a prática de atos materiais necessários ao cumprimento da decisão pactuada sobre o direito social que se buscava atender.

O questionamento sobre o “**quanto custa a decisão**” ou o custo para concretizar e realizar os direitos sociais é tema bastante controvertido nos tribunais e nas rodadas procedimentais dialógicas conduzidas pela instituição ministerial, sobretudo em razão das teorias da reserva do possível e da impossibilidade de cumprir decisões que não levam em consideração o que é econômica e financeiramente possível de acordo com a lei orçamentária, sem olvidar o atendimento do mínimo existencial, que deve ser harmonizado com as teorias limitadoras da efetividade dos direitos sociais no aspecto fático, financeiro ou orçamentário ou ter prevalência sobre elas (SILVA, 2007, p. 182-192).

O questionamento sobre o custo concerne a uma dimensão econômica e não exclusivamente jurídica. Por isso, não pode ser compreendido integralmente como tipo-ideal do direito (legalidade) que tem a preocupação de condicionar o comportamento humano de cumprimento da norma. Para compreender a dimensão econômica, deve-se considerar o custo e o benefício, pois tais conceitos econômicos (o preço ou o custo e os benefícios esperados) são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico. Por outras palavras: o tipo-ideal na economia, diferentemente do direito, é uma racionalidade que explica e interpreta as ações do ponto de vista econômico ou sob a ótica do custo ou do benefício (LOPES, 2006, p. 269).

A dimensão econômica de uma deliberação resolutiva provisória deve ser avaliada ou criticada também à luz da eficiência ou do custo-benefício (LOPES, 2006, p. 271)<sup>225</sup>, sem olvidar o tipo ideal jurídico para o cumprimento da ordem constitucional. Por essa razão, manda a CRFB, em seu artigo 37, que a administração pública direta e indireta de qualquer

---

<sup>225</sup> Deve-se observar que os atos de natureza econômica dos gestores públicos são avaliados pelo princípio da eficiência (custo-benefício) por mandamento constitucional. Inicialmente essa determinação constitucional tinha fundamento no artigo 74, II, da CRFB, passando a constar também do artigo 37, *caput*, por meio da EC n.º 19/1999.

dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedeça, entre outros, aos princípios de legalidade e de eficiência. Do mesmo modo, de acordo com os artigos 70 e 74 da CRFB, o sistema de controle externo e interno ou integrado dos poderes constituídos devem comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à economicidade, à eficácia e à eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração pública.

O foro em que a dimensão econômica das deliberações resolutivas tomadas em rodadas procedimentais tem mais relevância é o planejamento, em especial, o das leis orçamentárias, que têm a função de tornar jurídico o tipo-ideal econômico. Na aprovação do orçamento, a *receita* é formada pelo feixe dos deveres jurídicos centrípetos (IR), em que o Estado volta-se para todas as pessoas que podem gerar ingressos públicos, e a *despesa* é formada pelo feixe dos direitos jurídicos centrífugos (VIR), em que o Estado é o foco de todas as prestações das pessoas que são detentoras dos direitos sociais oponíveis ao poder público (BECKER, 1998, p. 233)<sup>226</sup>.

No que concerne às despesas públicas, que viabilizam as prestações materiais relacionadas com os direitos coletivos, a lei orçamentária representa, de forma geral ou abstrata, o montante de recursos públicos disponíveis para cumprir as obrigações de pagamento (obrigações-meio) que devem ser assumidas pela administração pública na concretização e no atendimento dos direitos sociais (obrigações-fim). Ressalvam-se algumas situações, como o precatório e as despesas de exercícios anteriores, que são uma obrigação individual e concreta em benefício de quem consta da decisão judicial ou administrativa. Assim, com a fixação da despesa, o Estado divulga quanto se propõe a despender com a organização e o funcionamento de cada um dos serviços ou o atendimento dos direitos sociais e, com a previsão das receitas, conhece-se a participação ou o contributo dos meios de financiamento (SILVA, 2007, p. 115-119). As obrigações fim e meio são exigências de políticas públicas para resolver problemas coletivos e reivindicações de benefícios sociais ou individuais coletivamente fruíveis (saúde, educação etc.), que exigem um fazer contínuo, ininterrupto, impessoal atendido por serviços públicos (obrigações estatais fim), que, por sua vez, exigem meios como receita para custeio, pessoal e material para sua execução, o que

---

<sup>226</sup> Convém aqui lembrar que a Lei Orçamentária Anual (LOA) é de natureza jurídica formal e material, cabendo dela extrair deveres jurídicos de atendimento aos direitos sociais, ainda que outras leis infraconstitucionais sejam omissas, bastando ter fundamento nas normas internacionais e constitucionais que versam sobre direitos humanos. A natureza material da LOA decorre de mandamento constitucional, que permite a apresentação de emendas ao projeto de lei orçamentária, define o conteúdo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), especialmente a alteração na legislação tributária, veda alteração parlamentar no projeto de lei orçamentária (art. 166, § 3.º, II, e art. 100 da CRFB) e impõe a aprovação obrigatória da LDO, nos termos preconizados pelo artigo 57, § 2.º, da CRFB (SILVA, 2007, p. 155-172) etc.

pode ser reconhecido como uma obrigação de dar ou entregar alguma coisa ou alguma quantia em dinheiro (obrigações estatais meio) (LOPES, 2006, p. 120).

Por outro lado, analisando diretamente as técnicas de retorno ao *status quo* ou de compensação da lesão perpetrada, constata-se que as indenizações e compensações cobradas do infrator-pagador, destinadas especialmente aos fundos especiais, são utilizados como principal instrumento de recomposição dos danos feitos aos direitos coletivos, como ocorre com o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos<sup>227</sup>, à semelhança da jurisprudência estadunidense, que responsabiliza o causador do dano. Dessa forma, o dinheiro arrecadado tem destinação específica (a recomposição dos direitos sociais), uma vez que o direito é difuso ou coletivo (bem comum), pertencendo à coletividade de forma indivisível, e não a um sujeito individualmente considerado (MARINONI, 2006, p. 736).

O Ministério Público estipula, de forma dialógica, a definição das políticas públicas e a destinação de verbas públicas para a concretização dos direitos sociais. Nos casos apresentados, ficou evidente a atuação ministerial na formulação de políticas públicas – infância (Lixão do Aurá), educação (Estado do Pará e Vila Chocolate) e recrutamento de servidores (Estado do Pará e Alepa) – e na destinação direta dos recursos oriundos de multas e de indenizações para aplicação no bem comum – trabalho (Alepa).

Entretanto, a técnica de recomposição do dano não atende sozinha às infinitudes de situações, nem à celeridade necessária para dar uma resposta à lesão sofrida pela sociedade. É necessário o desenvolvimento de outras técnicas que garantam a volta ao *status quo* ou a compensação do bem coletivamente lesado. Ademais, cabe observar que a recomposição do dano e a execução de multa permitem uma nova rodada procedimental para especificação e concretização dos direitos humanos.

A dimensão econômica torna os atores políticos integrantes do diálogo institucional responsáveis pela análise e pela apreciação das fontes de financiamento e pelos recursos materiais para a viabilização dos direitos sociais. É necessária a fixação da despesa pública no orçamento para que a concretização do direito efetivamente ocorra.

A ordem constitucional determina a observância das políticas públicas ou o atendimento dos direitos sociais segundo o tipo-ideal jurídico e econômico, visto que a eficiência não pode ser o critério primeiro ou último de uma decisão jurídica e deve ser conjugada com outros fatores, particularmente o jurídico, que está consagrado na Constituição, nas leis e nas leis orçamentárias.

---

<sup>227</sup> Artigo 13 da LACP e artigo 100, parágrafo único, do CDC.

O último questionamento acerca das apreciações e avaliações necessárias à tomada de decisão em rodadas procedimentais dirigidas pelo Ministério Público está relacionado às “**cominações da decisão**”, que representam as consequências jurídicas pelo descumprimento da decisão, que não se confunde com a definição de sanção ou penalidade: os três termos estão correlacionados, a cominação é uma espécie do gênero sanção, enquanto penalidade é uma espécie de cominação. Assim, as cominações da decisão podem ser penalidades, multas cominatórias, fiança bancária, seguro, hipoteca, penhor, declaração de nulidade do ato celebrado em contrariedade ao acordo, suspensão de atividades, cassação de alvará, nulidades de atos eivados de vícios desde a origem ou qualquer outra consequência que imponha responsabilidade pelo atendimento dos direitos sociais, pela inibição de violação, pela recomposição do bem violado etc. A previsão normativa para que isso ocorra vem do artigo 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/85, que autoriza o Ministério Público a fazer acordo de concretização de direitos humanos sociais, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, mediante cominações.

Assim, a menção ao termo “cominações” constante do artigo 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/85, sem especificar o tipo de consequência jurídica a que se submete o descumprimento da concretização dos direitos sociais, compatibiliza-se com o ambiente negocial e dialógico da rodada procedimental dirigida pelo órgão ministerial.

Diferentemente ocorre com a aplicação de cominação específica no processo judicial, como são as hipóteses do artigo 11, da Lei n.º 7.347/85 e do artigo 645 do CPC de 1973<sup>228</sup>, que estipulam a cominação de multa diária para o caso de descumprimento das obrigações pactuadas (GAVRONSKI; MENDONÇA, 2013, p. 814-815). Porém, o regime de substituição de vontades dos envolvidos pelo juiz no processo judicial também tem dispositivos que deixam ao juiz a faculdade de utilizar a cominação mais adequada à resolução do problema, como ocorre com o rol exemplificativo de cominações de que tratam o § 5.º do artigo 461 do CPC e o § 5.º do artigo 84 do CDC.

Cominação é toda medida coercitiva indireta destinada a atuar na vontade do compromissário como forma de compeli-lo a cumprir as prestações a que se obrigou no acordo (GAVRONSKI; MENDONÇA, 2013, p. 814), caso não concretize e realize os direitos sociais voluntariamente pactuados, motivo pelo qual devem os participantes do diálogo, sob a condução ministerial, identificar a cominação mais adequada para assegurar o cumprimento

---

<sup>228</sup> O artigo 814 do CPC de 2015, cuja vigência terá início em 2016, contempla a mesma redação do artigo 645 do CPC de 1973.

das obrigações ou a realização dos direitos sociais juridicamente concretizados pelo acordo deliberativo.

Há quem afirme ser dispensável o questionamento da cominação no compromisso firmado entre os participantes da negociação (ou no acordo deliberativo no regime dialógico de concretização dos direitos sociais), em razão do teor do artigo 645 do CPC, que autoriza ao juiz fixar de ofício multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual seria tal cominação devida, o que tornaria atualmente a executividade do compromisso de ajustamento de conduta independente das cominações negociadas (GAVRONSKI; MENDONÇA, 2013, p. 816).

Entretanto, essa possibilidade deve ser tomada em regime de exceção por várias razões: em primeiro lugar, a executividade do título a que se submete o acordo de concretização dos direitos humanos, por qualificá-lo como título executivo extrajudicial, é uma cominação legal prevista no próprio § 6.º do artigo 5.º da Lei n.º 7.347/85, que sujeita o descumprimento do acordo à cominação do processo ou à fase de cumprimento jurisdicional das obrigações pactuadas, sem precisar do processo de cognição judicial; em segundo lugar, o cumprimento judicial de uma obrigação advém de um regime de substituição da vontade originária dos envolvidos por um terceiro imparcial denominado juiz, de tal sorte que é possível afirmar que o poder do juiz equivale ao poder que os envolvidos originariamente têm na fase negocial, razão pela qual se mostra imprescindível o atendimento desse quesito, ainda que pelo regime de substituição judicial de vontades; em terceiro lugar, a utilização, na fase de persuasão racional, da hipótese de fixação judicial tardia de multa cominatória, no cumprimento judicial de que trata o artigo 645 do CPC, só faz sentido se for a forma de cominação mais adequada ao processo dialógico de concretização dos direitos sociais, revelando-se sem razoabilidade e desproporcional o uso indiscriminado desse meio substitutivo da vontade dos partícipes para a fixação da cominação pelo descumprimento das cláusulas pactuadas e sem que se apresentem os motivos que indiquem ser essa a forma de cominação mais adequada à resolução do problema, visto que esse quesito deve ser enfrentado na rodada procedimental dialógica.

A possibilidade de prescindir da cominação voluntária na rodada procedimental dialógica é excepcional e só se revela admissível se atendidas algumas condições, quais sejam: se a multa for a única fonte de resistência para finalizar o acordo deliberativo, se houver significativo avanço na tutela específica dos direitos coletivos protegidos, se as circunstâncias levarem à conclusão persuasiva de que o compromissário tenha autêntica disposição em cumprir o acordo, se a cominação legal (executividade) e a judicial (art. 645 do

CPC) forem as mais adequadas à resolução do problema por meio de acordo deliberativo e se tais circunstâncias forem motivadas.

Essas são as razões que demonstram a necessidade de se dialogar persuasivamente sobre a cominação mais adequada à resolução do problema da falta de concretização dos direitos sociais.

Usualmente esse quesito tem-se revelado uma das melhores formas de promover a destinação dos valores oriundos de cominações para a recomposição do bem lesado ou ameaçado, funcionando como uma forma de apropriação coletiva ou individual dos bens indivisíveis natural ou artificialmente criados.

Além de evidenciar a importância teórica do diálogo institucional e da elevada carga prática que se observa, que permitem ao Ministério Público atuar dialogicamente na definição de políticas públicas com a condução de rodadas procedimentais rumo a uma deliberação pactuada provisória –, o questionamento sobre as cominações estipuladas na atuação ministerial leva à possibilidade de destinar verbas públicas ou recursos diretamente para a concretização dos direitos humanos, por meio dos recursos oriundos de multas, recomposições de bens lesados, indenizações e de outras cominações que são estipuladas na atuação ministerial em políticas públicas, que deve submeter-se aos ditames dos artigos 70 a 74 da CRFB.

Com o descumprimento dos acordos firmados de forma racional e fundamentada, a aplicação das cominações pactuadas tem paulatinamente permitido a abertura de outras rodadas procedimentais que culminam em novos acordos para que sejam destinadas mais verbas à tutela dos direitos de acesso ao mercado de trabalho, da infância e da juventude ou de outras políticas de atendimento dos direitos humanos. Isso permite que os demais entes da federação façam o remanejamento de verbas orçamentárias, em vez de determinar seu recolhimento aos fundos especiais para a tutela de tais direitos, visto que não há garantia de que o recurso recolhido seja destinado aos bem lesado na situação discutida perante o Ministério Público ou na questão demandada em juízo, quando e se ocorrer o descumprimento. Essa é uma das formas de concretizar os direitos em conflito ou de forçar a abertura de novas rodadas procedimentais de natureza extraprocessual ou ministerial.

A destinação de recursos para a concretização dos direitos sociais também pode ser feita de forma indireta, com a participação do Ministério Público em fundos ou conselhos para opinar sobre a destinação de recursos oriundos de dano moral coletivo, indenizações, multas e outras cominações apuradas em descumprimento de acordo de concretização de direitos humanos, cujo fim precípua é a apresentação de projetos para recompor bens jurídicos que

sofreram lesão de natureza coletiva. Nesse mesmo sentido, o Ministério Público tem decidido pela destinação direta dessas verbas para instituições relacionadas com a proteção das normas trabalhistas e entidades voltadas para a recomposição dos direitos sociais do trabalhador<sup>229</sup>.

O Ministério Público, uma instituição político-burocrática que tem competência ou atribuição para defender o interesse público e as demandas sociais, com *expertise* para concretizar os direitos sociais, tem autorização constitucional para destinar verbas – oriundas de multas, danos morais, indenizações e outras cominações advindas da violação pós-acordo – à tutela coletiva protegida como direitos humanos. Por outras palavras, com a nova divisão das funções estatais entre os poderes, com apoio nas teorias do diálogo institucional e na estrutura constitucional da ordem jurídica brasileira, o Ministério Público tem autorização constitucional para destinar verbas oriundas de indenizações, recomposições e cominações advindas da tutela coletiva e para firmar acordo de concretização dos direitos sociais em políticas públicas, com o objetivo de evitar demandas judiciais dessa natureza. Ademais, isso revela que o membro do Ministério Público, como agente político que é e com independência funcional e administrativa da instituição, está autorizado a atuar em políticas públicas.

Esses questionamentos devem ser objeto de análise e de preocupação nas rodadas procedimentais e nas deliberações resolutivas provisórias de forma direta ou indireta, para garantir a efetividade dessas deliberações. Com efeito, de nada adianta chegar a uma deliberação se são mantidas as indefinições nos elementos que garantem o sucesso do atendimento do direito em conflito: não se sabe quem é o responsável ou a quem atribuir a obrigação (quem – dimensão institucional); o direito ou o conteúdo não está especificado (o que – dimensão jurídica); tampouco estão especificados o prazo estipulado (quando – dimensão temporal), as razões discutidas e fundamentadas (por que – dimensão racional), a forma da decisão e da concretização do direito (como – dimensão procedimental), o lugar de decisão e o local onde o cumprimento pode ocorrer (onde – dimensão geográfica), o custo da decisão e do atendimento dos direitos (quanto custa – dimensão econômica), nem estão previstas as consequências jurídicas necessárias para pressionar o atendimento das normas ou para o caso de descumprimento (cominações – dimensão cominatória).

De todo modo, cabe observar que os direitos, deveres e fins sociais estão estabelecidos na Constituição. Como consequência, resta ao Legislativo e ao Executivo a obrigação

---

<sup>229</sup> Registra-se que as ideias aqui defendidas não eliminam os fundos especiais que são utilizados como um dos principais instrumentos de recomposição dos danos feitos aos direitos sociais. Entretanto, a técnica de recomposição do dano por meio de fundos especiais só não atende às infinidades de situações e à celeridade necessária para dar uma resposta à lesão sofrida pela sociedade, sendo necessário o desenvolvimento de outras técnicas que garantam a volta ao *status quo* ou a compensação do bem coletivamente lesado ou ameaçado. A destinação direta de tais recursos pode ser uma dessas técnicas de recomposição do lesado ou ameaçado.

imediate, contínua e gradual de adoção de meios possíveis para alcançar um nível mínimo de satisfação dos fins sociais previstos constitucionalmente, de forma que o “como” e o “quando” como normas que prescrevem fins do Estado exercem uma coação imediata sobre os poderes públicos. A inatividade absoluta é inconstitucional (PULIDO, 2008, p. 153 e p. 157), e a atuação ministerial de forma dialógica, autorizada.

A desconsideração de qualquer um desses questionamentos leva invariavelmente à ineficácia social dos direitos prestacionais, salvo se, de alguma forma, o responsável pela concretização do direito tenha como responder ao questionamento sobre a inclusão em orçamento, a definição do conteúdo, do responsável etc. Portanto, o enfrentamento desses questionamentos nas rodadas procedimentais e a apreciação das respostas nas deliberações facilitam os atos jurídicos e materiais para que seja alcançada a plena eficácia dos direitos sociais e seja evitada a instauração de novas rodadas procedimentais extraprocessuais – se algum questionamento foi desprezado – ou iniciada a judicialização da demanda – quando constatado o descumprimento do acordo firmado.

Todos os questionamentos acima indicados têm importância para o desenvolvimento das rodadas procedimentais, seja na seara extraprocessual, seja na seara judicial, seja na combinação das duas, visto que a sistemática do diálogo institucional não exclui a possibilidade de dialogar sem submeter-se ao Judiciário. Essas zonas de influências interconectam-se e podem funcionar como estímulos e influências mútuas para que as rodadas procedimentais extraprocessuais ministeriais ocorram em busca de acordos, pactos ou compromissos que viabilizem a concretização dos direitos sociais.

As rodadas procedimentais alternadas entre a seara judicial e a seara extraprocessual ocorreram em quase todos os casos concretos apresentados; alguns iniciaram no campo extraprocessual e migraram para o judicial, e vice-versa. Nos casos Alepa, Lixão do Aurá e Cachoeira do Piriá, as concretizações começaram no campo extraprocessual.

No caso Vila Chocolate, que teve origem em processo judicial, a negociação ocorreu inteiramente na via extraprocessual, pois o objeto da demanda (reivindicação de terras da União) não tinha correlação direta com as cláusulas negociadas (garantia de direitos sociais), submetidas, porém, à homologação judicial.

Apenas o caso Estado do Pará teve início diretamente em processo judicial, por causa do fracasso das negociações na via ministerial, apesar de ter culminado em conciliação judicial na primeira audiência judicial. Esse caso não deixou de ser um acordo de concretização de direitos sociais envolvendo o Judiciário, que o homologou. Porém, após a negociação judicial, todas as demais rodadas procedimentais ocorreram no campo

extraprocessual, com posterior homologação judicial sem qualquer ressalva, o que evidencia a eficiência do diálogo fora do Judiciário, embora houvesse uma ligação com ele.

Embora de forma invertida, a judicialização de demanda também ocorreu no caso Alepa, em que houve uma rodada procedimental extraprocessual que chegou a um termo de acordo de concretização, ratificado pelo indeferimento da reclamação constitucional pelo STF – Rcl n.º 4.290/PA, que manteve a última palavra provisória extraprocessual entabulada pelo Ministério Público e a Alepa. Posteriormente, houve nova rodada com a judicialização da execução do acordo. Obteve-se novo acordo, encerrando-se a rodada procedimental com nova deliberação ou última palavra provisória, agora com a homologação judicial, determinando-se o distrato de todos os contratos irregulares ainda existentes e a destinação de verbas públicas para a inserção de desempregados no mercado de trabalho.

Cabe observar que a última palavra provisória tomada em processos extraprocessuais pelo Ministério Público com base nos acordos fundamentados e na autonomia constitucional só pode ser desfeita, anulada ou desconsiderada caso haja algum vício de vontade, como erro, dolo, coação etc. ou algum vício de proporcionalidade em relação às normas constitucionais, no que se refere à dimensão institucional (sujeito), jurídica (conteúdo), racional (razões apresentadas), temporal (tempo), procedimental (modo) e geográfica (lugar de concretização). Por esse motivo, as deliberações tomadas em tais processos gozam de certa estabilidade, apesar da provisoriedade da decisão e das novas rodadas procedimentais com base no acordo e na autonomia constitucional.

Assim, caso a rodada procedimental instaurada pelo Ministério Público fracasse, cabe à instituição ministerial iniciar o processo judicial para a construção e a elaboração de significados constitucionais ou de concretização dos direitos humanos, agora não mais com base no acordo deliberativo e na autonomia constitucional, mas com base no regime de substituição jurisdicional, em que o juiz, substituindo-se aos envolvidos em suas vontades objetivas, após a exaustão do diálogo institucional dentro do processo judicial, elabora o significado e determina a concretização da norma controvertida ou do direito humano reclamado<sup>230</sup>.

A tese aqui exposta não influi no procedimento idealizado por Bateup – a fusão das teorias do equilíbrio e da parceria e de início e condução do processo dialógico pelo

---

<sup>230</sup> Porém, se houver muita indeterminação ou necessidade de participação parlamentar, a decisão judicial daria início ao processo legislativo, até em regime de urgência, se fosse o caso (com a participação do Ministério Público em todos os processos de diálogo), ou seja, o Ministério Público poderia presidir o processo extraprocessual e poderia participar do processo jurisdicional e do processo legislativo (SILVA, 2007, p. 219). Para fins de corte metodológico, essa situação não será aqui aprofundada, pois a tese aqui defendida desenvolve a teoria do diálogo institucional com relação ao Ministério Público apenas no campo extraprocessual.

Ministério Público –, mas revela outra possibilidade procedimental: a participação do Ministério Público nos diálogos instaurados pelo Parlamento ou pela Corte, no sentido de expor e defender em nova rodada procedimental dialógica as conclusões resultantes do processo ministerial ou extraprocessual de sua titularidade, como inquérito civil, por exemplo. Além disso, o Ministério Público pode iniciar o processo dialógico com a mesma finalidade de construção de significado e de concretização de direitos, principalmente nos casos de omissões legislativas e jurisdicionais ou em caso de atividades excessivas do Parlamento ou do Executivo.

O Ministério Público pode conduzir o diálogo nas searas ministerial, judicial ou legislativa para construir significados e concretizar direitos sociais viabilizados por políticas públicas. Na seara ministerial, a instituição tem instrumentos que permitem a construção e a concretização das normas constitucionais e internacionais na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, dialogando diretamente com os setores públicos ou privados envolvidos, em uma rodada procedimental.

Por outro lado, caso o diálogo fracasse ou haja algum questionamento sobre o resultado concluído como última palavra provisória após a conclusão de uma rodada procedimental, pode-se, como afirmado acima, abrir outra rodada procedimental, agora envolvendo o Judiciário, para que o significado possa ser construído e o direito, concretizado.

De outra forma, caso seja necessário o diálogo em um processo legislativo, outra rodada procedimental envolvendo outros atores pode ser iniciada em busca de uma nova decisão provisória. Essas tentativas também não impedem que se instaure outra rodada procedimental ministerial ou extraprocessual, como ocorre em várias situações em que o processo judicial é suspenso para buscar uma solução dialogada. Essas questões afastam a crítica de que não há definição do ramo do governo que estaria apto a dialogar e a construir o significado constitucional, visto que os diferentes ramos atuam em procedimentos próprios que se coordenam e se integram de forma complementar, sem qualquer anarquia no processo de concretização constitucional dos direitos sociais ou prestacionais.

Deve-se observar que a CRFB também traz várias formas de rodadas procedimentais coordenadas em um único procedimento ou em procedimentos distintos que demonstram a possibilidade de realização do diálogo institucional, sem que isso implique qualquer processo anárquico.

Na coordenação de um único procedimento, há o exemplo da iniciativa exclusiva do processo legislativo pelo Executivo, pelo Judiciário ou, em alguns casos, pelo Ministério Público. Submetido à discussão e à aprovação pelo Parlamento, o processo é encaminhado

posteriormente ao chefe do Executivo para sanção, promulgação e publicação ou veto, mas com a possibilidade de superação do veto pelo Parlamento brasileiro, o que representa mais uma fase da rodada procedimental legislativa. Assim, a natureza coordenada e única do processo legislativo permite a participação, em momentos determinados, de vários atores políticos no processo de concretização dos direitos sociais. O mesmo ocorre no processo legislativo orçamentário, no qual os poderes constituídos dialogam com o Executivo sobre a proposta de suas verbas, programas e políticas; o Executivo consolida a proposta orçamentária e encaminha o projeto de lei ao Parlamento, que discute e aprecia, aprovando ou rejeitando parcialmente, e o Executivo sanciona integralmente ou veta parcialmente alguma despesa<sup>231</sup>.

Da mesma forma, também é uma rodada procedimental dialógica coordenada e única o julgamento por crime de responsabilidade de algumas autoridades pelo Congresso Nacional, sob a presidência do presidente do STF. Trata-se de um processo dialógico construído constitucionalmente de forma única e coordenada para fins de concretização das normas constitucionais, sem que se possa falar em qualquer processo anárquico.

Os atores políticos que podem concretizar os direitos sociais também podem atuar de forma coordenada em procedimentos distintos, como no controle de constitucionalidade dos atos normativos editados pelo Parlamento e pelo Executivo, o qual se forma de maneira separada e independente do processo normativo que criou a norma, mas não deixa de ser um processo coordenado. Assim, o Parlamento pode discutir e aprovar algum ato normativo em um procedimento separado, por exemplo, e posteriormente a Corte, por iniciativa de outro ator político em procedimento distinto, inicia e delibera sobre a manutenção ou a retirada da norma da ordem jurídica, sem que isso também implique qualquer processo anárquico de concretização das normas constitucionais que versam sobre direitos sociais.

No mesmo sentido de coordenação de procedimentos distintos, segue o procedimento ministerial dialógico de concretização dos direitos humanos, especialmente dos sociais, que tem iniciativa inquisitiva pela instituição: envolve todos os atores implicados para buscar alcançar uma solução negociada ou um acordo político, deliberativo e fundamentado de

---

<sup>231</sup> Fala-se em rejeição ou em veto parcial das leis orçamentárias porque os direitos sociais, segundo a ordem constitucional brasileira, por dependerem de outras deliberações e leis orçamentárias para serem concretizados e realizados, impõem que a lei orçamentária seja de iniciativa vinculada do Executivo, de apreciação parlamentar obrigatória e, em alguns casos, de aprovação também obrigatória, ainda que parcialmente, sendo necessariamente regulados pelas leis financeiras anualmente, admitindo-se apenas a rejeição parcial, mas nunca a rejeição integral do projeto de lei orçamentária. De fato, a regra constante do artigo 57, § 2.º, da CRFB, juntamente com a que suprime o poder de alteração do orçamento, utilizando-se de verbas de pessoal e encargos, serviços da dívida, transferências tributárias constitucionais (art. 166, § 3.º, II, da CRFB) e de precatórios (art. 100), não admitem que as leis orçamentárias possam ser rejeitadas em sua integralidade, sob pena de inviabilizar o funcionamento mínimo do Estado, uma vez que constituem o núcleo pétreo das propostas orçamentárias (SILVA, 2007, p. 194-196).

concretização de tais direitos sociais, sem que isso impeça que se inicie uma nova rodada procedimental para renegociação do que fora acordado de natureza ministerial, para realização do direito pela execução judicial de título executivo por inadimplemento das condições pactuadas ou para oposição do que foi acordado por algum tipo de vício na formação do que foi deliberado ou pactuado, cuja natureza será judicial cognitiva. Essa observação demonstra que as rodadas procedimentais dialógicas presididas pelo Ministério Público são coordenadas em procedimentos distintos, logo porque os instrumentos de atuação ministerial têm foro constitucional direto ou indireto por meio da teoria dos poderes implícitos, que autoriza o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional ou internacional que verse sobre direitos humanos.

O compartilhamento da função estatal entre os poderes de concretização dos direitos humanos, com a distribuição de forma igualitária entre os ramos do poder, diminui o problema do *deficit* democrático dos poderes burocráticos e o problema do *deficit* moral dos poderes democráticos ou de representação político-eleitoral. Porém, uma das críticas a essa teoria é que foca, somente, as interações institucionais dos ramos do governo, deixando de lado a abordagem mais orientada para a participação popular das teorias do equilíbrio. Mas tal questão pode ser harmonizada, sem que isso tenha implicação direta na defesa do Ministério Público como um dos atores político-burocráticos da ordem jurídica brasileira, que pode institucionalmente dialogar com os outros órgãos e poderes governamentais.

A proposta aqui defendida não busca refutar as teorias do equilíbrio, que são utilizadas apenas para reforçar que a Corte não pode ter a última palavra definitiva, mas evidenciar, por meio das teorias da parceria, da construção coordenada e partilhada do significado constitucional e da última palavra provisória alcançada em rodada procedimental, que o Ministério Público é um ator político-burocrático com representação funcional e essencial para, mediante o diálogo, atuar em políticas de concretização dos direitos humanos, especialmente dos direitos sociais, além dos individuais indisponíveis.

O Ministério Público, por ser legitimado política e burocraticamente, possui autonomia constitucional para negociar e estabelecer a concretização das normas constitucionais que versam sobre direitos humanos, em um diálogo com instituições governamentais, órgãos públicos, entidades coletivas, pessoas jurídicas etc., estipulando responsabilidades, especificando conteúdo, custo, razões, prazos, lugar, cominações e modo de atendimento das normas constitucionais e internacionais incorporadas à ordem jurídica brasileira, que garante a efetividade dos direitos sociais.

A autonomia dialógica do Ministério Público advém do arcabouço constitucional que o elege como protetor do interesse público e das demandas sociais ou como protetor da ordem jurídica, do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis, colocando-o como guardião de tais direitos sociais (conhecidos sob a denominação de difusos, coletivos e individuais homogêneos), ao exigir sua participação em qualquer demanda judicial ou incidente de resolução de demandas repetitivas iniciados por outro legitimado (art. 5.º, § 1.º, da Lei n.º 7.347/85, art. 92 do CDC e art. 976, § 2.º, do CPC de 2015<sup>232</sup>) e ao conferir-lhe instrumentos para esse fim, como o inquérito civil, a recomendação, o acordo de concretização etc.

Entretanto, a autonomia constitucional ministerial encontra óbice na renúncia de direitos e nos direitos indisponíveis, que encontram seu fundamento na própria dignidade da pessoa humana e nas normas constitucionais. Porém, essa situação é contornada por meio do sistema de proteção da tutela coletiva brasileira, que só permite a deliberação no plano individual para beneficiar, nunca para prejudicar, salvo hipóteses constitucionais de mitigação da indisponibilidade de direitos. Além disso, o axioma de indisponibilidade do interesse deve ser revisto, visto que os conflitos distributivos requerem negociações, cumprimentos e acompanhamentos graduais e progressivos, por dependerem de metas, objetivos e resultados a curto, médio e longo prazo (LOPES, 2006, p. 234).

A atuação ministerial por meio do diálogo envolve, portanto, a autonomia constitucional e o acordo deliberativo e fundamentado, sempre tendo em vista a resposta aos questionamentos suscitados como elementos identificadores dos direitos sociais, uma vez que as razões que serão manejadas para fins de convencimento da necessidade de interpretação das normas constitucionais são levantadas em diálogos diretos entre os atores políticos e sociais que participam da rodada procedimental.

Deve-se observar que o acordo deliberativo e fundamentado é a tônica de qualquer aplicação da norma, pois até mesmo o Judiciário que atua em regime de substituição de vontades no possível acordo razoável que deveria existir entre os envolvidos sobre a controvérsia constitucional, decide com base na vontade concreta da norma, caso as pretensões dos sujeitos não fossem resistidas originariamente por consciência dos envolvidos na questão.

A jurisdição, mesmo na teoria dualista, “consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes [envolvidos], mas de todos os cidadãos,

---

<sup>232</sup> O CPC de 2015 foi aprovado pela Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, cuja vigência ocorrerá 1 (um) ano após a data de sua publicação oficial.

pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou inexistente uma vontade concreta da lei [Constituição] em relação às partes [aos atores]” (MARINONI, 2010, p. 35).

Daí se infere que o juiz atua em substituição à vontade dos demandantes ou atores envolvidos na controvérsia constitucional, quando se revelam incapazes de assumir responsabilidades, para impor a norma do ordenamento jurídico constitucional que os litigantes deveriam ter aplicado. Por isso, o juiz usualmente não pode decidir nada além, aquém ou fora do que foi pedido. Extrai-se daí a conclusão lógica de que o poder do juiz não pode ser maior do que o poder que os litigantes teriam natural, original e racionalmente, se não estivessem em litígio e se fossem capazes de assumir responsabilidades, sem pretensão ou oposição de resistências infundadas.

Com efeito, o juiz, ao se substituir aos demandantes ou aos atores envolvidos e verificar que um deles ou ambos não estão ajustados à ordem jurídica, reconhece tal patologia por meio do processo ou da fase de conhecimento; posteriormente ajusta, no próprio processo de conhecimento (decisão declaratória ou constitutiva) ou no processo ou na fase de cumprimento de decisão judicial (decisão condenatória), a conduta do infrator ao ordenamento jurídico constitucional. Assim, a atuação do juiz não passa de um ajustamento de conduta dos demandantes à ordem jurídica, em regime de substituição aos demandantes ou às suas vontades<sup>233</sup>, o que representa a substituição da decisão do juiz por um possível acordo deliberativo.

Ora, se o juiz atua naquilo que os demandantes ou envolvidos poderiam fazer sem a intervenção judicial em regime de substituição, aplicando a norma ao caso concreto, pode o Ministério Público, defensor do interesse público (ordem jurídica e regime democrático) e das demandas sociais (direitos sociais e individuais indisponíveis), além de outras incumbências constitucionais nos termos dos artigos 127 e 129 da CRFB, dialogar com os atores envolvidos para esse fim, o que é mais original e genuíno que o sistema judicial de substituição, por considerar as razões de todos os participantes e não de um terceiro imparcial, que julga substituindo-se aos envolvidos.

Deve-se registrar que há questões em que a atribuição para construir ou elaborar o significado constitucional é do Ministério Público. Exemplo disso é a definição de interesse público para fins de intervenção ministerial em processo judicial, em razão da natureza da lide

---

<sup>233</sup> Não a propósito, o principal instrumento de concretização das normas constitucionais utilizado pelo Ministério Público para a correção da ordem jurídica denomina-se “termo de **ajustamento** de conduta” (ou melhor, “termo de acordo de concretização dos direitos humanos”), mas tal ajustamento ou concretização far-se-á de forma direta e por meio da autonomia constitucional e do acordo deliberativo e fundamentado, com base na vontade original dos participantes, e não em regime de substituição de tais vontades, como ocorre na função jurisdicional.

ou da qualidade da parte na proteção dos interesses sociais ou individuais indisponíveis, quando a lei não é clara ou utiliza conceitos jurídicos indeterminados.

O Ministério Público tem uma atuação dialógica forte na deliberação das instituições judiciais<sup>234</sup> e legislativas ou constituintes<sup>235</sup>, com claros exemplos de proteção dos direitos humanos, porém há casos em que esse diálogo foi mitigado ou restrito<sup>236</sup>.

A instituição do Ministério Público também pode dialogar nos processos extraprocessuais que promove, visto que ela dialoga com governos e poderes em todas as esferas, com representantes de interesses coletivos em sentido estrito, tais como associações, partidos políticos e sindicatos, utilizando-se de instrumentos dialógicos, como audiências públicas, inquérito civil público, recomendações, notificações e condução coercitiva de testemunhas e investigados (ou melhor, interessados), para dialogar sobre o significado constitucional e a concretização dos direitos sociais ou coletivos, além de outros.

O resultado desse diálogo é a celebração de um acordo de concretização de direitos humanos (ACDH), quando for construído entre os envolvidos o acordo deliberativo e fundamentado sobre o significado constitucional, o responsável pela concretização –

---

<sup>234</sup> A instituição tem forte atuação quando se trata de convencer magistrados a revogar súmulas e precedentes prejudiciais à proteção dos direitos fundamentais. Um exemplo dessa atuação é a recente alteração da OJ n.º 130, do TST, que determinava a competência no Distrito Federal de todas as lides coletivas, se a extensão do dano fosse nacional. Com a alteração, provocada pelo Ministério Público, a demanda pode ser ajuizada em qualquer das capitais do Estado da Federação, o que facilita o acesso ao Poder Judiciário para a proteção da tutela coletiva. Em outro exemplo, o Pleno do TST alterou a redação da OJ n.º 350, também por provocação ministerial, para passar a admitir que o MPT questione a nulidade de contrato de trabalho por ausência de concurso público mesmo quando a parte – ente público – não tenha contestado o tema na defesa. Veda, porém, a dilação probatória, ou seja, o aumento do prazo concedido às partes para produzir provas. Antes a redação da referida orientação vedava a manifestação ministerial que questionasse tal nulidade, caso o ente público não tivesse alegado em matéria de defesa, deixando uma porta aberta a conluios e fraudes nessas questões.

<sup>235</sup> O exemplo mais debatido e criticado de diálogo entre a instituição ministerial e o Parlamento ou o poder constituinte garantiu o perfil inovador e moderno à instituição, que iniciou em 1985, com grandes avanços até 1993. Porém, tal processo dialógico foi objeto de duras críticas pela doutrina: os avanços foram atribuídos ao “voluntarismo político” ministerial, pelo qual os integrantes do Ministério Público teriam conferido a si próprios o papel de defensores da sociedade, desenvolvendo ações além de suas atribuições regulares, com o intuito de transcender as fronteiras do sistema de justiça *stricto sensu* e de invadir o mundo da política (ARANTES, 2000, p. 15). Na verdade, o papel do Ministério Público é produto de uma forte atuação ministerial em todos os momentos históricos constituintes e parlamentares, nos quais foram definidas as atribuições ministeriais de tutela coletiva. A ordem constitucional definiu a atual natureza burocrática da instituição, sua atuação como *expert*. Tudo com a concordância parlamentar e do poder constituinte, que, na rodada procedimental constitucional ou legislativa, debateram o tema e concordaram com o conteúdo das normas que erigiram a instituição como *custos juris* e *custos societatis* em defensora do interesse público e das demandas sociais, cabendo-lhe a proteção do regime democrático, da ordem jurídica, dos direitos sociais, além do zelo pelos poderes e pelos serviços garantidores dos direitos constitucionais.

<sup>236</sup> É o caso da recente posição do STF que negou legitimidade aos membros de MPU para propor reclamação constitucional, sob o argumento de que essa atribuição é de exclusividade do Procurador-Geral da República, numa clara limitação da atuação ministerial dialógica e difusa perante a Corte Suprema em sede de reclamação constitucional, como se a legitimação para a propositura de reclamação constitucional estivesse adstrita a quem tem legitimidade para atuar perante a Corte (STF. Rcl 5381/AM. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 20 maio 2009. DJe-157. DIVULG 20-08-2009, PUBLIC 21-08-2009, EMENT VOL-02370-02, PP-00371).

dimensão institucional, o custo – dimensão econômica, a razão – dimensão racional, bem como sobre a forma – dimensão procedimental, o lugar – dimensão geográfica, a cominação – dimensão cominatória e o prazo – dimensão temporal para a concretização dos direitos sociais violados ou ameaçados. Entretanto, evidenciada a falta de acordo sobre a concretização dos direitos humanos, a consequência lógica é a judicialização da falta de acordo, para que o Judiciário possa, em regime de substituição aos contendores ou envolvidos, participar do diálogo outrora frustrado na seara extraprocessual. Passa-se, então, após a frustração do diálogo extraprocessual, a discutir a intervenção judicial em políticas públicas ou na concretização dos direitos humanos, especialmente dos prestacionais<sup>237</sup>.

Da análise das teorias do diálogo e da apresentação de exemplos práticos, conclui-se pela viabilidade da participação do Ministério Público nos diálogos institucionais para a concretização de direitos humanos: o Ministério Público é um ator político-burocrático com representação funcional, legitimidade substancial e procedimental e com competência para dialogar com outros ramos do poder para concretizar os direitos humanos; a instituição é dotada de meios que viabilizam o diálogo institucional; a criação de novos procedimentos permite à instituição participar ativamente das deliberações políticas e principiológicas inerentes à instituição legislativa e jurisdicional.

---

<sup>237</sup> A tese que se advoga é a possibilidade de a decisão judicial ter a função de iniciar o processo legislativo, quando o caso tiver grande indefinição e incerteza factual ou moral, que demonstre a necessidade de ampliação do diálogo envolvendo o Parlamento, para que se possa tentar ajustar democraticamente ou amadurecer factual e moralmente a questão debatida. Porém, por razões metodológicas, a tese aqui vai até a atuação institucional dialógica extraprocessual do Ministério Público na elaboração de significados e na concretização dos direitos humanos.

## 5 LEGITIMAÇÃO SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Após discorrer sobre a normatividade e os principais elementos definidores e caracterizadores dos direitos sociais, bem como sobre as teorias do diálogo aplicáveis ao procedimento de concretização dos direitos humanos nos dois últimos capítulos, mostra-se imprescindível abordar a legitimidade substancial e procedimental do responsável pela direção da rodada procedimental que busca concretizar os direitos sociais – o Ministério Público (quem – dimensão institucional). Esse ator político-burocrático goza de autonomia constitucional para desempenhar a função de protetor da ordem jurídica (*custos juris*) e do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis (*custos societatis*), seja de forma direta, em sua atuação processual ou extraprocessual, seja de forma indireta, em seu zelo pelos poderes públicos e pelos serviços de relevância pública que têm a incumbência de garantir a efetividade dos direitos constitucionais. Por outras palavras, o Ministério Público tem poder atribuído constitucionalmente para defender o interesse público e as demandas sociais. Esta abordagem completa-se com a apresentação dos aspectos procedimentais e a releitura dos instrumentos ministeriais de atuação dialógica em políticas públicas no último capítulo.

### 5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGITIMIDADE SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A visão histórica é importante para que se possa analisar mais detalhadamente como o o Ministério Público surgiu e passou de comissário do rei e acusador público, em sua acepção mundial, a protetor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos e individuais indisponíveis no Brasil, com um enorme cabedal e instrumentos de investigação, de instrução e de diálogo para a concretização dos direitos humanos, inclusive quando viabilizados por políticas públicas. Assim, a defesa da legitimação substancial e procedimental do Ministério Público como instituição burocrática e política começa por uma explicação etimológica e histórica.

O termo “ministério” tem origem na língua latina: vem de *ministerium*, que significa “mister”. No final do século XVII, “ministério” passou a designar uma profissão, um encargo, um emprego ou um serviço a Deus, ao público ou a qualquer particular. Porém, como o serviço a Deus era encargo dos eclesiásticos, o serviço público, definido como função estatal

ou de interesse público, era responsabilidade de um ministério “público”, considerado como instituição na França a partir do século XVIII (CARBASSE, 2000; CARELLI, 2011, p. 122).

Há quem assevere que o Ministério Público, como instituição autônoma encarregada de atuar judicialmente para defender a sociedade ou aplicar a regra de direito é uma invenção da Idade Média, não se encontrando qualquer registro histórico mais antigo (LEYETE, 2000, p. 24). Outros defendem que a origem da instituição remonta ao século XIV, na França, onde há uma instituição organizada e com garantias para fins de defesa do interesse público (CARBASSE, 2000, p. 9). Entretanto, para outros, a história da instituição tem início no ano de 1790 (século XVIII), também na França, com a criação de duas magistraturas ministeriais: o “comissário do rei”, que tinha a incumbência de velar pela aplicação da lei e pela execução das decisões proferidas, e o “acusador público”, que tinha a função de sustentar a acusação diante dos tribunais (MAZZILLI, 2007, p. 39)<sup>238</sup>. Esse desenho institucional era necessário, visto que o rei precisava controlar as atividades dos magistrados em relação à ordem estabelecida e aos interesses do reino.

Esse panorama histórico permite a rápida verificação das semelhanças e diferenças entre a atuação dos juízes e a atuação dos membros do Ministério Público. Por isso, na França, a estrutura de cargos inerentes à aplicação judicial do direito passou a compreender os *procureurs du roi* (que defendiam os interesses particulares do rei) (CARBASSE, 2000, p. 11), a *magistrature debout* (magistratura de pé), *les gens du roi* (as pessoas do rei, que funcionavam como procuradores do monarca) e a *magistrature assise* (magistratura sentada) (MAZZILLI, 2007, p. 39). A palavra “magistrado”, do latim *magistratus*, deriva de *magister* e significa o maior, o líder (REZENDE FILHO apud GARCIA, 2005, p. 7).

Com essa aproximação das funções estatais, não demorou muito para que os procuradores do rei adquirissem a condição de magistrados, primeiro tendo a prerrogativa de

---

<sup>238</sup> Apesar do forte registro francês no surgimento do Ministério Público, há quem encontre origens mais remotas para a instituição, com as magistraturas que representavam e defendiam os interesses dos soberanos e detentores do poder em geral. No Egito antigo, havia a figura dos *magiaí*, que cumulativamente defendiam os interesses do faraó, denunciavam os infratores e protegiam os cidadãos pacíficos. Esses magistrados egípcios tinham deveres bastante próximos de algumas funções ministeriais, da advocacia pública e da defensoria atuais, tais como: ser a língua e olhos do rei, castigar os rebeldes e os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos dos homens justos e verdadeiros, perseguir o malvado e o mentiroso, ser o marido da viúva e o pai do órfão, fazer ouvir as palavras de acusação, indicando as disposições legais aplicáveis a cada caso e tomar parte nas instruções para descobrir a verdade (LYRA, 2001, p. 17). Na Grécia antiga, havia uma magistratura denominada tesmotetas ou desmotetas, cuja função era velar pela correta aplicação da lei. Do mesmo modo, em Roma, havia os *advocatus fisci* e os *procuradores Caesaris*, que defendiam os interesses dos céasares e do tesouro romano (GARCIA, 2005, p. 8). Como se constata, as funções ministeriais de proteção dos interesses do soberano e da sociedade são encontradas no passado, ainda que de forma incompleta e rudimentar, pois o foco inicial era a defesa do soberano e da Coroa, bem como o controle dos julgadores. Em Roma, por exemplo, qualquer do povo poderia realizar acusação penal, por meio do instituto *cuivis ex populo*, enquanto na Grécia as acusações penais eram formalizadas pela vítima ou por familiares. Porém, como essa origem remota é muito contestada, a maioria da doutrina contenta-se com a origem histórica francesa (CARELLI, 2011, p. 122-123).

assento sobre o assoalho (em francês, *parquet*<sup>239</sup>) e depois passando a ter assento sobre o estrado, ao lado da magistratura sentada, que representa a jurisdição.

Embora remonte ao século XVIII a estrutura funcional francesa é a mais próxima do que se pode atualmente chamar “ministério público”. É claro que o Ministério Público francês mostra-se insuficiente para explicar boa parte das nuances ministeriais existentes, pois tinha inicialmente funções eminentemente jurisdicionais de proteção do rei ou da Coroa, passando a assumir, desde o século XIII, a função penal ou de acusador público, sob o argumento da defesa do interesse público<sup>240</sup>. Portanto, o avanço constado nessa época é o fato de que os membros da instituição passaram de guardiões do rei a fiadores da paz e da ordem pública (CARBASSE, 2000, p. 11), o que demonstra a necessidade de se avançar na história para perceber mais claramente a fase atual da instituição.

Com o passar do tempo, a instituição assume também um papel importante na resolução dos conflitos entre particulares (jurisdição cível), como é o caso dos hipossuficientes (*miserabiles personae*), dado o prestígio que tinha na França (CARBASSE, 2000, p. 13).

A influência do *Parquet* chegou a Portugal no século XIV, com os procuradores do rei e os procuradores da justiça da Casa de Suplicação. No século XV, as Ordenações Afonsinas cunharam os “procuradores dos nossos feitos”, cuja função era atuar em todos os feitos da justiça envolvendo as viúvas, os órfãos, os miseráveis etc. As Ordenações Manuelinas, no século XVI, também consagraram as duas magistraturas, para fazer a persecução penal e buscar a justiça civil nos feitos (GARCIA, 2005, p.15).

No Brasil colônia, seguiram-se as mesmas condições de Portugal, aplicando-se as Ordenações Manuelinas e depois as Filipinas. Porém, só em 1609, foram criados os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco e de Promotor de Justiça com a instalação do primeiro tribunal, à época, denominado “Relação”, na Bahia. Essas mesmas funções foram criadas no Rio de Janeiro em 1705. O período monárquico contava com um promotor em cada tribunal ou comarca, que tinha basicamente a função de acusação penal. Em 1838, havia uma diferença entre os curadores, que eram os advogados do monarca, e os promotores, que eram fiscais da lei (CARELLI, 2011, p. 126; LYRA, 2001, p. 32-23).

---

<sup>239</sup> *Parquet* significa assoalho em francês e até hoje é utilizado para fazer menção ao Ministério Público, apesar das muitas críticas ao termo.

<sup>240</sup> A defesa do interesse público, juntamente com a tutela das demandas sociais, é um dos pilares para a legitimação procedimental de uma instituição burocrática ou não eleita, como é o caso do Ministério Público, o que evidencia a importância histórica da legitimação substancial e moral da instituição, visto que essa característica de guardião da ordem jurídica e dos direitos sociais é muito forte na ordem jurídica brasileira.

Na primeira república, é editado o Decreto n.º 1.030, de 14 de novembro de 1890, segundo o qual o Ministério Público é organizado como o advogado da lei, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asilados e dos mendigos para requerer o que for bem da justiça e dos deveres da humanidade<sup>241</sup>. Com o Decreto n.º 16.273, de 1923, o Ministério Público ganha independência junto aos poderes públicos, com garantias e responsabilidades, o que representa um passo histórico importante rumo à legitimidade substancial e procedimental e à autonomia da instituição, ainda que seja na ordem infraconstitucional.

A Constituição de 1934 traz um grande avanço, com a concessão de importantes garantias aos membros do Ministério Público, como a estabilidade, e situando a instituição no capítulo dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais<sup>242</sup>, juntamente com o Tribunal de Contas da União (TCU). Além disso, a nomeação do procurador-geral da República (PGR) é livre, com os mesmos requisitos estabelecidos para os ministros da Corte Suprema, submetida, portanto, à sabatina do Senado. Em 1937, a instituição ministerial foi desconstitucionalizada, restando apenas os requisitos de nomeação do procurador-geral e a possibilidade de manejar recurso perante o STF. Porém, o CPC de 1939 regulou a atuação judicial ministerial na área cível e o Código de Processo Penal (CPP) de 1941, na área penal (CARELLI, 2011, p. 126-127).

A Constituição democrática de 1946 constitucionaliza novamente o Ministério Público e concede a seus membros as garantias da estabilidade, da inamovibilidade e da necessidade de concurso público para ingresso na carreira<sup>243</sup>, além de dar a representação judicial da União aos procuradores da República, com a possibilidade de repassá-la ao Ministério Público estadual. Essa ideia foi acompanhada pela Lei n.º 1.341/51 (lei orgânica), que conferiu à

---

<sup>241</sup> Na versão histórica brasileira da instituição, essas funções mostram claramente a aptidão da instituição ministerial para defender as demandas sociais que, ao lado da defesa do interesse público, é um dos pilares da legitimação procedimental e da representação político-funcional. O Ministério Público é, de fato, uma instituição político-burocrática com autonomia constitucional para atuar em políticas públicas por meio de rodadas procedimentais dialógicas envolvendo outros atores políticos, incluindo os de representação eleitoral, com a finalidade de defender a ordem jurídica, democrática e social. Essa visão legitimadora de instituição burocrática que defende o interesse público e as demandas sociais confere uma espécie de representação política ao Poder Judiciário e a qualquer instituição que atue nessa defesa pública e social (POGREBINSCHI, 2011, p. 10-13 e p. 165 et seq.).

<sup>242</sup> “Cooperação” é um termo extremamente feliz, que não foi cunhado nas outras constituições. Feliz porque representaria a atuação do Ministério Público em atividade extraprocessual e em regime de cooperação, colaboração ou diálogo nas atividades governamentais, que podiam compreender atividades legislativas, executivas e judiciais. As disposições da Constituição de 1946 também trouxeram outra inovação: as garantias conferidas aos membros. Deu-se, assim, mais um passo rumo à convicção de que o Ministério Público é um poder burocrático constituído e com autonomia constitucional.

<sup>243</sup> Com a inclusão da regra do concurso público para ingresso na carreira, ao lado das garantias dos membros e da autonomia da instituição, o Ministério Público brasileiro torna-se mais forte ainda como um poder burocrático, que tem independência institucional, funcional e autonomia constitucional para proteger o interesse público e as demandas sociais ou para ser compreendido como *custos juris* e *custos societatis*.

instituição ministerial a defesa da União e da Fazenda Nacional<sup>244</sup>. A Constituição de 1967 inseriu a instituição ministerial no capítulo do Poder Judiciário e vinculou-a ao Poder Executivo, mas essa inconsistência foi resolvida em 1969, com o retorno do Ministério Público ao capítulo atinente ao Poder Executivo (CARELLI, 2011, p. 127), apesar de representar outra incoerência na organização e divisão das funções estatais entre os poderes.

A Lei de Organização Nacional n.º 40/1981 trouxe a previsão de que o Ministério seria a instituição permanente e essencial à função da justiça de atuação perante o Judiciário, regida pelos princípios da unidade, da indivisibilidade e da autonomia funcional, além de conferir à instituição autonomia administrativa e financeira, apesar de estar inserida no capítulo atinente ao Poder Executivo. Em 1985, foi editada a Lei n.º 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública (LACP)<sup>245</sup> – que inovou com a instituição do inquérito civil público, procedimento administrativo (ou melhor, ministerial) investigatório, com a função única de instrumentalizar a propositura da ação civil pública, conforme prescreviam as considerações do anteprojeto de lei.

Cabe registrar que, de acordo com a evolução da instituição, o Ministério Público no mundo e no Brasil assumia uma atuação exclusivamente processual, sem que se concebesse uma atuação extraprocessual na resolução de conflitos e na definição, formulação, planejamento, execução e controle de políticas públicas que viabilizem a concretização de direitos humanos. A nova concepção ministerial, que prevê a atuação extraprocessual, resolutiva, guardiã da ordem jurídica e social, independente do Poder Judiciário, começou a germinar com a instituição da Lei n.º 7.347/85 e marcou a Constituição de 1988; mas só em 1990, com o CDC, a nova atuação teve início, quando foi criada legalmente a instituição do TAC (acordo de concretização dos direitos humanos) como mais uma forma, agora extraprocessual, de assegurar a efetividade da tutela coletiva. Em 1993, com a edição da LC n.º 75/93, foi criada a recomendação, que também permite a atuação fora do processo judicial para concretizar os direitos humanos. Isso está consolidado atualmente, especialmente, pela superação do caráter pré-processual do inquérito civil, por meio da Resolução (Res.) n.º 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que, no artigo 1.º, define-o como um instrumento de preparação para o exercício das atribuições inerentes às funções institucionais do Ministério Público, o que inclui, obviamente, a atuação extraprocessual.

---

<sup>244</sup> Essa atribuição de representação judicial da Fazenda da República lembra e traz à tona as origens mais remotas da instituição quando havia a função de proteger o imperador (César) e a Coroa, situação resolvida na Constituição de 1988, que atribui tal função à advocacia pública e veda seu exercício pelo Ministério Público (art. 129, IX, *in fine*).

<sup>245</sup> A ação civil pública foi prevista pela primeira vez no artigo 3.º, III, da Lei n.º 40/81, mas nunca foi efetivamente regulamentada até a vigência da Lei n.º 7.347/85.

## 5.2. LEGITIMAÇÃO SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONFERIDA PELA AUTONOMIA CONSTITUCIONAL

A defesa do Ministério Público como instituição político-burocrática, com representação político-funcional, autonomia constitucional, legitimidade substancial e procedimental, tem fundamento não apenas nas normas constitucionais e nas teorias do diálogo institucional, mas também na sua missão e na sua atuação em defesa dos interesses públicos e das demandas sociais. Daí a necessidade de uma abordagem teórica além do diálogo institucional para afirmar que o Ministério Público tem poderes burocráticos e legitimidade substancial e procedimental para desempenhar sua missão institucional e constitucional.

### 5.2.1 Contextualização da legitimação procedimental e substancial do Ministério Público

Após 1990, o inquérito civil deixou de ser, à semelhança do inquérito penal, um instrumento pré-processual, visto que de sua instauração pode resultar o arquivamento do procedimento, o acordo de concretização resolutivo, a recomendação com aconselhamento de autorresolução pelo próprio interessado ou o ajuizamento de ação civil pública, além de outros instrumentos, tudo para garantir a tutela jurídica, especificando as normas constitucionais e as políticas públicas que concretizam os direitos humanos, em especial, os prestacionais, sem precisar recorrer ao Judiciário, ao Legislativo ou a ambos.

Para uns, a atuação ministerial, nessa nova perspectiva, faz da instituição organizada um órgão extrapoder, situado estrategicamente fora da estrutura dos (outros) poderes da República (CARELLI, 2011, p. 127). Essa posição parece pouco esclarecedora, pois a classificação do Ministério Público como um extrapoder encerra um grau de indefinição maior do que a tentativa de inseri-lo na estrutura dos outros poderes, visto que não revela a natureza e a posição ocupada pela instituição na estrutura constitucional brasileira, deixando-o em certo limbo classificatório ou de definição. Assim, parece mais esclarecedora a definição segundo a qual a instituição ministerial é um poder constituído ou um ator político-burocrático com representação funcional que goza de autonomia constitucional para dialogar institucionalmente com os demais poderes constituídos e com a iniciativa específica para a defesa do interesse público e das demandas sociais, que estão consagrados constitucionalmente nas funções de *custos juris* e de *custos societatis*. Convém, portanto, incumbir-lhe o papel de guardião da ordem jurídica, do regime democrático, dos direitos

sociais e individuais indisponíveis, bem como do efetivo respeito dos poderes públicos e serviços de relevância pública que garantem os direitos assegurados na Constituição (*ombudsman*), dotando-o de instrumentos processuais e extraprocessuais efetivos para a realização de sua missão maior, com ações de caráter coletivo, inquérito civil, notificações, procedimentos administrativos, controle externo da atividade policial, diligências investigatórias, além de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Por outras palavras, a grande novidade apresentada pela Constituição foi a independência do Ministério Público em relação aos políticos<sup>246</sup>. Dotada de poucos mecanismos de prestação de contas (*accountability*)<sup>247</sup>, a instituição ministerial conta com instrumentos extraprocessuais eficientes para garantir a tutela coletiva (KERCHE, 2002 apud CARELLI, 2011, p. 131), o que confere à instituição, ao lado da perspectiva procedimental dialógica, a representação político-funcional.

A outra missão dada ao Ministério Público é a defesa dos interesses primários da sociedade. Enquanto o interesse público secundário está vinculado aos desejos do administrador, do arrecadador, do executor das tarefas públicas, o interesse primário está ligado ao interesse da sociedade e da comunidade como um todo ou do bem geral (ALESSI apud MAZZILLI, 2002, p. 43). Essa classificação faz sentido, pois antigamente havia os comissários do rei e da Coroa, numa clara indicação de diferenças entre esses interesses.

Antes da CRFB, o perfil traçado para o Ministério Público pelo CPC confundia a defesa dos interesses públicos primários e secundários pois era permitido aos membros do Ministério Público exercer a defesa e a consultoria jurídica do Estado e a defensoria pública. Isso não mais é permitido pela Constituição vigente, que incumbe à instituição ministerial a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além do zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública encarregados de assegurar os direitos previstos na Constituição.

---

<sup>246</sup> Essa novidade confirma os mandamentos constitucionais que conferem à instituição autonomia funcional, orçamentária e financeira, independente dos poderes. Aos integrantes da carreira, são asseguradas as garantias de vitaliciedade, de inamovibilidade e de irredutibilidade de subsídios (CRFB, art. 128, § 5.º, I, alíneas “a” a “c”) além das vedações constitucionais que garantem a imparcialidade dos membros da instituição (CRFB, art. 128, § 5.º, II, alíneas “a” a “f”).

<sup>247</sup> A isso se soma a independência funcional dos membros, que advém da organização da instituição sem hierarquia, podendo manifestar livremente seu entendimento jurídico, vinculando-se apenas à argumentação com base na Constituição e na ordem jurídica de forma imparcial e fundamentada, para que permita o exercício do controle interno, judicial ou popular.

O novo perfil do Ministério Público brasileiro<sup>248</sup> – *instituição independente*, detentora de instrumentos judiciais (e extrajudiciais) e de plenas garantias de autonomia para a execução de suas funções, entre as quais a defesa do *interesse público primário*, ou seja, a proteção dos interesses que a sociedade escolheu como mais importantes<sup>249</sup> – não tem paralelo exato nos países como França (apesar da história), Espanha, Portugal, Alemanha, Itália, Argentina e Estados Unidos. Nesses países, dependendo das características de cada um, o *Parquet* ora não detém independência funcional, ora tem as funções limitadas à seara penal ou a atividades exclusivamente perante o Poder Judiciário, ora defende os interesses primários e secundários, com a defesa do governo (CARELLI, 2011, p. 133-137).

Nesse sentido, a melhor explicação é a opção parlamentar ou do constituinte pelo novo modelo do Ministério Público, por levar a sério a visão da sociedade e do papel do Estado, que permitiu a existência de uma organização independente com amplos poderes para responsabilizar-se pela defesa da sociedade (e do interesse público primário), dada a hipossuficiência da sociedade ante os novos desafios das demandas de massa (KERCHE, 2002 apud CARELLI, 2011, p. 141). Desconsidera-se, assim, uma visão maniqueísta de “voluntarismo político”, que tenta empregar parte da doutrina, conforme Rogério Bastos Arantes (2000).

Disso se conclui que a transformação do papel do Ministério Público inicia-se com a preocupação generalizada dos constituintes (e do Parlamento) acerca da existência de mecanismos que assegurassem a efetiva concretização das normas da Carta, de forma a que o

---

<sup>248</sup> Esse perfil inovador e moderno, esboçado em 1985, aperfeiçoado em 1988 e 1990 e acabado em 1993, com a edição da LC n.º 75/93, foi objeto de duras críticas pela doutrina, que atribuiu o avanço ao “voluntarismo político” decorrente de um processo de reconstrução institucional com fortes traços endógenos. Segundo a doutrina, os próprios integrantes do Ministério Público atribuíram-se o papel de defensores da sociedade, desenvolvendo ações além de suas atribuições regulares, com o intuito de transcender as fronteiras do sistema de justiça *stricto sensu* e de invadir o mundo da política (ARANTES, 2000, p. 15). Assim, o novo perfil foi produto de intenso *lobby*, que ocasionou grandes conquistas, como é o caso da independência (ARANTES, 2000, p. 54-61). Verifica-se de forma clara a existência de premissas equivocadas nas críticas ao novo perfil ministerial: 1) considerar a ingenuidade dos parlamentares ou dos constituintes, que, na realidade, devem proferir suas decisões de forma consciente, apesar dos *lobbies* para convencê-los em todos os sentidos; 2) desconsiderar o *lobby* contrário ao Ministério Público e as cisões de grupos organizados representativos do Ministério Público, visto que a perda da representação judicial dos entes federativos não era compatível com o *lobby* dos integrantes da carreira ministerial; 3) tentar distorcer a vontade parlamentar ou constituinte, que aceitou as razões dos membros do Ministério Público para imprimir-lhe o novo perfil, sob o suposto argumento de uma possível manobra da instituição para ocupar espaço, sem cogitar qualquer preocupação com a defesa dos novos direitos que se apresentavam desprotegidos; 4) superestimar o *lobby* das instituições representativas do Ministério Público, no cenário político parlamentar e constituinte (KERCHE, 2002 apud CARELLI, 2011, p. 140-141).

<sup>249</sup> Essa função está bem delineada na Lei n.º 4.717/65 (Lei da Ação Popular (LAP)), que protege o interesse público, e nas Leis n.º 7.347/1985 (LACP) e n.º 8.078/90 (CDC), que protegem os interesses coletivos ou indisponíveis da sociedade. Essas leis determinam que o Ministério Público atue em todos os feitos judiciais como sujeito interveniente, sendo vedado defender o ato impugnado no primeiro caso, conforme dispõe o artigo 6.º, § 4.º, da Lei n.º 4.717/65, o artigo 5.º, § 1.º da Lei n.º 7.347/85 e o artigo 92 da Lei n.º 8.078/90. Caso haja desistência ou abandono da demanda, cabe ao Ministério Público assumir a demanda, conforme prescrevem o artigo 9.º da LAP e o artigo 5.º, § 3.º, da LACP, com redação dada pelo CDC.

processo de redemocratização pudesse assegurar mais que uma democracia formal, ao garantir um regime em que os direitos civis, políticos e sociais ganhassem concretude material, na forma de bens juridicamente sindicáveis judicialmente (e extrajudicialmente<sup>250</sup>) (CASAGRANDE, 2008, p. 103).

O certo é que o contexto constitucional atual insere o Ministério Público no que se pode denominar “soberania complexa”, que combina as duas formas de representação – a representação eleitoral e a funcional – em um movimento de expansão da participação e da influência da sociedade no processo político e no contexto da modernidade. Assim, não se pode acusar o Ministério Público de substituir o papel do Poder Judiciário, do Poder Legislativo ou da sociedade, quando atua fortemente na via extrajudicial, visto que forma um espaço complexo que agrega esforços àqueles realizados pelo Judiciário ou pelo Legislativo, bem como realiza uma atuação preventiva, a fim de formar mais um espaço privilegiado de atuação da “soberania complexa”. Soma-se, então, a instituição ministerial aos demais órgãos estatais de representação para proteger a sociedade, por meio da representação funcional (CARELLI, 2011, p. 144-145; ROSANVALLON, 2000, p. 431-432), representação que se compatibiliza com a ideia de poder burocrático da legitimação substancial e procedimental e da autônoma constitucional da instituição para integrar o quadro dos poderes constituídos na Constituição e participar da divisão das funções estatais entre os poderes para a concretização dos direitos humanos.

É esse o contexto em que a Constituição e a vontade popular inserem o Ministério Público como um dos mais importantes agentes de vontade política transformadora, incumbindo-lhe a tarefa de definir e de participar de ações político-jurídicas modificadoras da realidade social, com o objetivo de atender à construção do projeto constitucional de democracia com uma sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento socioeconômico e cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos (GOULART, 2007, p. 713).

Esse contexto constitucional de perspectiva dialógica e de representação funcional da instituição ministerial corresponde ao ideal dos federalistas de ocupação do espaço público da estrutura de poderes constituídos, em que cada ramo de governo pode atuar de acordo com a participação, no sentido de que haja reatividade política, acomodação prudencial e flutuação

---

<sup>250</sup> Nesse cenário, inclui-se, por óbvio, a tutela jurídica extraprocessual promovida pelo Ministério Público em vários campos de atuação, que busca a especificação e a concretização das normas constitucionais e das políticas públicas que versam sobre direitos humanos, em especial, os sociais.

na legitimidade institucional, para que se possa instituir um sistema que seja resistente ao retrocesso, que redistribua os limites institucionais da estrutura de poder e que tenha legitimidade social oscilante (MENDES, 2013, p. 214) para a defesa dos direitos humanos.

### 5.2.2 A gradual legitimidade procedimental para a defesa dos direitos sociais

Os argumentos legitimadores da atuação ministerial em rodadas procedimentais têm forte assento nas teorias do diálogo institucional, especialmente nas teorias da parceria e da construção do significado constitucional fora da Corte, bem como na adaptação da teoria da rodada procedimental e da última palavra provisória, conforme demonstrado no capítulo 4. Entretanto, o diálogo não é o único argumento de legitimação ministerial como ator político que pode interagir com os demais poderes para a concretização dos direitos sociais.

Nesse contexto, adere-se aos fundamentos teóricos do diálogo institucional, à perspectiva político-funcional ou burocrática da instituição como reforço claro da legitimidade procedimental do Ministério Público ao ampliar a definição de ato político<sup>251</sup> por compreender a defesa do interesse público e das demandas sociais. Não se deve olvidar que a representação eleitoral ou política ou o governo representativo, que tem fundamento nos princípios da delegação, da legitimidade e da prestação de contas dos atos delegados (*accountability*), foi criado como democracia representativa em clara oposição ao conceito de democracia, entendida em sua concepção direta, ou como ideia antidemocrática no final do século XVIII. Atualmente a concepção de um governo representativo assume quase por completo a definição de democracia, o que deve ser evitado, para que se possa tê-lo como um dos exemplos de ampliação da legitimidade procedimental e não como ideia que se opõe à democracia. Assim, a democracia representativa, apesar de estranha em razão de sua origem, atualmente compõe parte principal da definição de democracia (POGREBINSCHI, 2011, p. 169-170), de tal forma que o ícone máximo do regime democrático ou da vontade popular é o Parlamento. Isso não impede, porém, que a definição de legitimação procedimental possa

---

<sup>251</sup> Thamy Pogrebinski (2011, p. 165) defende a Corte constitucional como instituição que detém representação política por defender o interesse público e as demandas sociais, evidenciando a necessidade de ampliação do conceito de democracia e de representação política, que hoje se resumem às instituições cujos membros são eleitos pelo voto popular como instrumento de delegação do poder do povo ou de democracia indireta. Para isso, a autora propõe a ressignificação do instituto da representação, a reconfiguração das instituições representativas e o fortalecimento da democracia para compreender na representação política as instituições que defendem o interesse público e as demandas sociais. Essa perspectiva de representação da sociedade é percebida num contexto de soberania complexa, como representação funcional do Ministério Público, que, ao lado da representação eleitoral, permite a participação e a influência da sociedade no processo político e no atendimento ao interesse público e às demandas sociais por meio de rodadas procedimentais dialógicas que alcançam o acordo deliberativo como última palavra provisória.

abrançar outras situações e instituições que inicial e usualmente não são concebidas como democráticas ou representação política delegada ou indireta, como as instituições não eleitas no cenário político para a defesa dos direitos sociais e do interesse público, como é o caso do Ministério Público, em clara representação político-funcional da sociedade no desempenho de suas funções, especialmente quando atua em rodadas procedimentais para alcançar um acordo deliberativo, que atua como última palavra provisória na concretização gradual dos direitos sociais.

É preciso que a concepção de instituição política seja estendida não apenas a atores não eleitos, que, contudo, detém legitimidade para agir em nome do interesse público; é também necessário que sejam considerados atores políticos todos aqueles que legitimamente satisfazem, por meio de suas atividades e do diálogo institucional, as demandas sociais com consequências políticas aceitas pela sociedade, visto que certo consequencialismo (*output*) pode ser benéfico à teoria da democracia, propiciando compreensões e interpretações mais realistas do comportamento das instituições e dos atores políticos (*accountability*) (POGREBINSCHI, 2011, p. 180), em constante movimento de expansão da participação e da influência da sociedade no processo político e no contexto da modernidade, denominado de representação funcional (ROSANVALLON, 2000, p. 431-432). Esse é, sem dúvida, o caso das competências e habilidades institucionais e constitucionais atribuídas ao Ministério Público brasileiro. De fato, a instituição encontra-se em processo de transformação; além disso, afirmou-se como ator político expressivo; estreitou laços com a população, e sua atuação tem produzido efeitos positivos na implementação dos direitos que compõem a cidadania, evidenciando o grau de carência da população, a litigiosidade contida e o espaço existente para a transformação de problemas em demandas judiciais (e extrajudiciais), nas quais a participação ministerial legitima-se democraticamente a cada dia perante a sociedade, como instituição fundamental do sistema de justiça que controla as demais instituições públicas, defende a cidadania (SADEK, 2000, p. 15, p. 27 e p. 37) e atua dialogicamente para a concretização dos direitos humanos.

Sabe-se que a concepção atual de democracia, vinculada quase exclusivamente aos representantes políticos que recebem delegação de poder pelo voto popular, está pautada pela noção de legitimidade *ex ante* (*input*), que tem assento nas regras de eleição, de maioria e de igualdade política formal. Entretanto, o regime democrático precisa experimentar modos de apreciação no plano *ex post* (*output*) ou no consequencialismo, que representa a desejabilidade e a aceitabilidade (social e institucional ou funcional) das consequências ou resultados que devem servir de parâmetro para mensurar, justificar e legitimar o regime

democrático no plano concreto (*accountability*) por meio da defesa do interesse público e das demandas sociais (POGREBINSCHI, 2011, p. 180) em rodada procedimental dialógica, sem que essa consideração consequencialista ou de resultado implique uma desconsideração da legitimidade procedimental, visto que o gradualismo inserto na teoria do diálogo busca compatibilizar os dois extremos (substância e procedimento), para que se possa alcançar um procedimento valorativo que alcance resultados justos por meio de rodadas procedimentais em que se conseguem acordos deliberativos e fundamentados – com a participação de todos os atores envolvidos –, que servirão de última palavra provisória.

A postura realista e prática da concepção consequencialista (ou da representação funcional) integra-se a uma concepção de experimentalismo democrático e institucional (e a uma concepção institucionalmente dialógica), que tem a pretensão de estender a instituições não majoritárias e a atores não eleitos a compreensão do que sejam atores políticos (legitimidade procedimental), com base no caráter representativo da sociedade que tais instituições políticas podem assumir em função da desejabilidade, da aceitabilidade e da viabilidade das consequências provocadas por decisões políticas de cortes constitucionais (tomadas por meio de acordo em procedimentos dialógicos ministeriais) ou por práticas participativas e deliberativas da sociedade civil, sem que isso implique a eliminação das instituições e dos procedimentos legitimadores da democracia existentes, por meio das regras de eleição, de maioria e de igualdade formal. Com efeito, a definição atual de representação política por delegação só pode ser superada se forem preservadas as instituições e os procedimentos que lhe servem de suporte (POGREBINSCHI, 2011, p. 181-182), o que se compatibiliza com o gradualismo (e com as teorias do diálogo institucional), no sentido de compor com os extremos para adotar a noção de medida ou de grau de democracia<sup>252</sup>, compreendendo a representação política representativa por delegação e a funcional, com a inserção da instituição ministerial aos demais poderes estatais de representação para proteger a sociedade (CARELLI, 2011, p. 144-145).

---

<sup>252</sup> As cortes constitucionais (com o regime de substituição de vontades), como o Ministério Público (com o regime original de acordo com a expressão consciente da vontade política, por meio do diálogo institucional) devem ser, na democracia contemporânea, instâncias de fortalecimento da representação política ou funcional (legitimidade procedimental e substancial graduais), convalidando ou aperfeiçoando o trabalho do Parlamento e do Executivo – embora seus membros não sejam eleitos e sejam contramajoritários, em certa medida ou grau –, ressignificando e revendo os conceitos de delegação, legitimidade e *accountability* para ampliar a definição de representação política ou funcional e conferir cunho e argumento normativo a essa nova ideia de legitimidade democrática, como pensam alguns doutrinadores (CARELLI, 2011, p. 144-145; POGREBINSCHI, 2011, p. 183; ROSANVALLON, 2000, p. 431-432). Nesse mesmo sentido funciona a legitimidade procedimental e substancial do Ministério Público, que confere argumento normativo à instituição ministerial para atuar de forma participativa e dialógica nas rodadas procedimentais, que podem envolver todas as instituições burocráticas e eleitorais para chegar a um acordo deliberativo e fundamentado.

Ademais, no aspecto do *deficit* moral da decisão, parece falsa a relação direta Parlamento-majoritário e Corte-contramajoritária, pois nem o Legislativo é irresponsável moralmente em suas decisões majoritárias, nem a Corte cumpre de forma tão robusta a sua competência contramajoritária, necessitando de mais atores extraprocessuais para concretizar as normas constitucionais e internacionais que versam sobre direitos humanos, em especial, os prestacionais.

A defesa dos direitos sociais tem importância crucial na legitimação procedimental, especialmente sob a perspectiva dialógica, conforme abordada no capítulo anterior; de forma interligada e conectada, tal defesa tem importância de mesma envergadura na legitimação substancial da instituição ministerial, que pode ser entendida, em seu conjunto, numa definição de soberania complexa com a representação funcional da instituição no cenário político da sociedade.

### **5.2.3 A gradual legitimidade substancial para a defesa dos direitos sociais**

O Ministério Público tem legitimidade procedimental gradual conferida tanto pelas teorias do diálogo institucional como pela representação político-funcional da instituição, como se viu acima, visto que se revela impraticável não perceber a influência gradual da legitimidade substancial no mesmo viés. Assim, de forma gradual, integrada e complementar a essa legitimidade procedimental, a instituição ministerial também tem legitimidade substancial para atuar dialogicamente na esfera extraprocessual, como um poder burocrático criado especialmente para a defesa da sociedade e dos direitos humanos. O Ministério Público, com os instrumentos de concretização dialógica de que dispõe, tem a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os direitos sociais e individuais indisponíveis, o zelo pelos poderes e pelos serviços públicos relevantes que devem garantir os direitos constitucionais, o que demonstra mais uma faceta da representação funcional.

Com efeito, a Constituição conferiu ao Ministério Público uma forma e uma estrutura que o dotam de profissionalismo, especialização ou corpo burocrático idealizado como um poder ou como instituição complexa de poder para cumprir a missão constitucional de concretizar os direitos humanos, como instituição que tem independência e integridade para combater a corrupção e com autonomia orçamentária, com membros detentores de altos salários, proteção de irredutibilidade, autonomia orçamentária etc. (ACKERMAN, 2000, p. 692-694). Essas são condições oferecidas ao Ministério Público para exercer seu papel constitucional em situação de igualdade com os poderes estatais por ele fiscalizados

(ALMEIDA, 2013a, p. 34), bem como para funcionar como garantia de concretização dos direitos humanos de forma desinteressada, impessoal e compartilhada, de forma a alcançar a melhor resposta, sob o aspecto moral, sem descurar do aspecto democrático.

O Ministério Público é, pois, uma instituição burocrática com argumentos para discutir, em igualdade de condições, com os interessados e envolvidos e buscar o convencimento sobre a melhor racionalidade para alcançar, em rodadas procedimentais, um acordo deliberativo fundamentado que atenda à justiça, ainda que provisoriamente, em razão do atendimento gradual dos direitos sociais. As rodadas procedimentais serão dirigidas por profissionais capacitados, que dispõem de instrumentos hábeis para avaliar dialogicamente as demais decisões políticas (legislativas, administrativas etc.), em um controle de substância à luz dos precedentes da Corte e das convicções formados no diálogo, no que se refere aos direitos sociais, ao conteúdo de justiça e à democracia.

O Ministério Público protege todos e não só os que votam e são votados. Por esse motivo, a análise sucinta de sua missão ou sua função constitucional demonstra a justiça em suas atuações dialógicas, especialmente no campo extraprocessual, mas são as preocupações ou as atuações processuais que trazem os primeiros elementos da legitimação substancial do Ministério Público.

Mauro Cappelletti viveu nos Estados Unidos e estudou o fenômeno da judicialização dos conflitos sociais a partir da coletivização do processo para reparar danos (*class action for damages*) ou solucionar litígios de interesses públicos (*public interest litigation*). Essa judicialização busca assegurar às minorias ou a pessoas em posição de hipossuficiência a observância dos direitos constitucionais ou sociais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). No Brasil, Barbosa Moreira (1977) foi o precursor dos estudos sobre a coletivização do processo (CASAGRANDE, 2008, p. 68-69)<sup>253</sup>.

O dever de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis impõe a imparcialidade à instituição ministerial, bem como a permanente atuação fiscalizatória em toda ação promovida pelo Ministério Público, em juízo ou fora dele, sob o risco de omissão das responsabilidades constitucionalmente delegadas aos seus membros pela sociedade (SILVA, 2009, p. 6).

---

<sup>253</sup> Histórica e tradicionalmente, a atuação judicial do Ministério Público é classificada segundo a posição que ocupa no processo, podendo ser como *dominus litis* e *custos legis*, ou seja, como autor da demanda ou como interveniente para a proteção dos interesses públicos primários. Entretanto, cabe destacar que a função institucional do Ministério Público, desde a CRFB/88, não aceita mais a divisão em sujeito imparcial (*custos legis*) e sujeito parcial (*dominus litis*) em razão de sua atuação nos diversos processos, visto que a imparcialidade é inerente à atuação ministerial em qualquer representação funcional que desenvolva (SILVA, 2009).

Por isso, as tradicionais expressões “dono da lide” e “fiscal da lei” estão a merecer uma nova reflexão, na medida em que a atual Constituição de 1988 define o Ministério Público como defensor da ordem jurídica, quer dizer, do ordenamento jurídico que, como é sabido, abrange as leis, os princípios, os costumes, os valores e objetivos fundamentais da República e da sociedade, quando envolve o regime democrático e a defesa dos direitos coletivos.

Na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*), para assumir, pelas razões expostas, o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e, fundamentalmente, o papel de guardião do próprio direito (*custos juris*) (ALMEIDA, 2013a, p. 39-41; SOUTO, 1997, p. 84-87).

A nova visão da atuação ministerial – exercício da função de *custos juris*, com a possibilidade de empreender a defesa jurídico-prática da democracia, e da função de *custos societatis*, a fim de defender os direitos fundamentais da sociedade – representa, além de uma conquista efetivamente democrática da sociedade brasileira, uma autêntica ruptura com o positivismo do direito liberal que, desde o século passado, sustentou, “nos termos da lei”, as bases oligárquicas do poder social, econômico e político no país (MACHADO, 1999, p. 198).

Assim cabe reforçar que a referência às expressões “custos legis” e “dono da lide” não é apropriada para definir a posição e a natureza jurídica da atuação ministerial na tutela jurídica extraprocessual e na tutela jurisdicional coletiva, porque o Ministério Público deve ser, obrigatório e necessariamente, tratado como um sujeito atuante e não meramente como um sujeito parecerista ou opinativo, pois sua posição é considerada naturalmente como o exercício da autonomia constitucional na defesa da sociedade, do regime democrático (*custos societatis*) e da ordem jurídica (*custos juris*)<sup>254</sup>. Com efeito, essa configuração abrange não só a atividade processual, mas também a função extraprocessual como guardião da sociedade e do próprio direito, pois não se pode confundir o acesso ao Judiciário com o acesso à justiça, que compreende a tutela jurídica jurisdicional, legislativa, administrativa e ministerial.

Na perspectiva ministerial o acesso à justiça tem tratamento especial com a Resolução nº 118/2014, do CNMP, que institui a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, por meio da participação, do diálogo e do consenso com o

---

<sup>254</sup> Atuando como *custos juris*, isto é, como fiscal do ordenamento jurídico ou da ordem jurídica, muito além de mero fiscal das leis ou de mero sujeito opinativo, o Ministério Público age processualmente, como autor, réu ou interveniente, devendo ser considerado um sujeito processual imparcial, que pode emendar a inicial, requerer e produzir provas e exercer a representação da autonomia coletiva (*custos societatis*). Como não é objeto de estudo desta tese, não se examinarão os instrumentos processuais de proteção da ordem jurídica e da sociedade, como a ação direta de inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação civil pública, a ação civil coletiva etc.

objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação institucional por meio de mecanismos de autocomposição, como a negociação<sup>255</sup>, a mediação<sup>256</sup>, a conciliação<sup>257</sup>, o processo restaurativo ou as práticas restaurativas<sup>258</sup> e as convenções processuais<sup>259</sup>, sendo a negociação o instrumento de diálogo mais trabalhado numa concepção ministerial resolutiva, visto que provém de atuação ministerial direta como ator político na defesa dos direitos sociais.

Essa mudança na visão do Ministério Público veio da preocupação com a atuação judicial da instituição como atuação demandista<sup>260</sup> (processual), em detrimento da atuação resolutiva<sup>261</sup> (extraprocessual), pois as atribuições processuais acabam por consumir a atividade do órgão ministerial, sem que lhe reste tempo suficiente para envolver-se na resolução das violações e ameaças de direitos apreciados no campo extraprocessual.

---

<sup>255</sup> **Art. 8º** A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte (sujeito) 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). **Parágrafo único.** A negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.

<sup>256</sup> **Art. 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. **Parágrafo único.** Recomenda-se que a mediação comunitária e a escolar que envolvam a atuação do Ministério Público sejam regidas pela máxima informalidade possível.

<sup>257</sup> **Art. 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. **Art. 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.

<sup>258</sup> **Art. 13.** As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o (s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos. **Art. 14.** Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

<sup>259</sup> **Art. 15.** As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. **Art. 16.** Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. **Art. 17.** As convenções processuais devem ser celebradas de **maneira dialogal e colaborativa**, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta (acordo de concretização de direitos humanos). (Grifo nosso).

<sup>260</sup> O modelo demandista caracteriza-se pelo uso das demandas judiciais cíveis e criminais (como sujeito imparcial demandante ou interveniente) (MACÊDO, 2013, p. 341).

<sup>261</sup> O modelo resolutivo caracteriza-se pela utilização de instrumentos extraprocessuais de resolução ou solução de conflitos de massa de forma mais efetiva e célere, sem a judicialização da demanda (MACÊDO, 2013, p. 341), de forma a priorizar o regime de acordo de vontades em detrimento do regime de substituição volitiva, ainda que se recorra à via judicial para chegar a um acordo deliberativo e fundamentado.

A atuação resolutiva do Ministério Público é uma forma de efetivação do acesso à justiça, uma tentativa de esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas ou extrajudiciais de resolução das questões que lhe são postas como soluções negociadas (GOULART, 2001, p. 27; MIRANDA, 2010, p. 373), para que a instituição cumpra os compromissos constitucionais perante a sociedade e amplie a legitimidade social, por meio do diálogo e do acordo na resolução dos conflitos sociais (ou distributivos) (ALMEIDA, 2013a, p. 65-66), para bem desempenhar sua representação político-funcional.

Nessa perspectiva, defende-se um Ministério Público resolutivo, com autonomia funcional para desempenhar o papel de guardião dos direitos sociais e considera-se a instituição ministerial como um efetivo agente político de representação funcional. Supera-se, portanto, a concepção meramente processual ou demandista de sua atuação (GOULART, 2013, p. 201), para inserir a instituição no contexto de um ministério público social, cujo objetivo é a promoção da justiça social, não só como justiça pública, estatal e oficial, mas como justiça que dá primazia aos benefícios pertencentes aos mais necessitados, a ordem jurídica adaptando-se aos dramas contemporâneos<sup>262</sup> e atendo à distribuição de renda ou ao regime de apropriação do bem comum ou coletivo, considerando os parâmetros da justiça distributiva que são inerentes aos direitos sociais.

Essa perspectiva atende aos três horizontes de ampliação do acesso à justiça que defendem Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31-73): assistência judiciária aos pobres, representação dos interesses difusos e concepção mais ampla do acesso à justiça, em que se questiona a formalidade, a justiça das decisões e a necessidade de participação de outros atores para garantir o acesso à justiça, o que inclui o Ministério Público com uma atuação dialógica institucional<sup>263</sup>.

Para alcançar a base de legitimidade substancial, as atividades ministeriais têm de ter assento na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis, bem como no zelo pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância incumbidos de garantir a efetividade dos direitos assegurados na constituição (art. 127 e art. 129 da CRFB). Essa legitimidade substancial é pautada numa concepção de justiça

---

<sup>262</sup> Roberto Lyra, Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco, defendia, já em 1952, um Ministério Público Social. Disponível em: <[http://siteantigo.mppe.mp.br/index.pl/dicas\\_mp](http://siteantigo.mppe.mp.br/index.pl/dicas_mp)> . Acesso em: 22 set. 2014. O mesmo texto pode ser consultado em Costa (2013, p. 504-505).

<sup>263</sup> Não se deve confundir acesso à justiça com acesso ao Judiciário, que é espécie do gênero. O acesso à justiça é um direito humano que deve ser garantido por um Estado que efetivamente assegure direito a todos, com alcance aos direitos individuais e sociais, que pode ser obtido tanto pela via jurisdicional formal, quanto pela via extraprocessual de solução de conflitos (MIRANDA, 2010, p. 377) ou de promoção de políticas públicas. Por outras palavras, o acesso à justiça pode ser atendido por qualquer tutela jurídica, seja ela legislativa, jurisdicional, administrativa ou ministerial.

distributiva dos bens coletivos ou comuns para atender ao conteúdo dos direitos sociais, tendo em vista os fundamentos da República Federativa do Brasil da soberania – entendida de forma complexa –, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político, que tem como objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 1º e 3º, da CRFB).

Com efeito, essa diretriz constitucional deixa claro que a legitimação substancial do Ministério Público para atuar dialogicamente em políticas públicas vem da defesa efetiva dos direitos humanos, em especial dos prestacionais, de forma que a proteção de tais direitos promove a justiça distributiva com a apropriação de bem comum ou coletivo, legitima substancialmente o órgão ministerial e atende à legitimidade procedimental dialógica, pela defesa do interesse público e das demandas sociais, o que caracteriza a representação político-funcional da instituição.

A forma de atuação dialógica do Ministério Público, que compreende o acordo e seu cumprimento, permite, com os questionamentos identificadores do responsável, do conteúdo e dos resultados, que se faça uma análise da norma que transcenda o simples exame da norma e do procedimento, para abordar analiticamente três aspectos ou dimensões: o problema da necessidade social que algum setor do direito terá a incumbência de resolver, a resposta ou solução prevista normativamente para a questão e os resultados que deverão ser produzidos concretamente no âmbito da sociedade, no plano social, econômico, político etc. (CAPPELLETTI, 1991, p. 146).

A legitimidade substancial do Ministério Público também tem fundamento nos argumentos jurídicos trazidos às rodadas procedimentais, com base nas normas constitucionais e internacionais e nos precedentes das cortes nacionais e internacionais que aplicam os direitos humanos, no sentido concretizador, o que revela uma clara preocupação com o certo ou a justiça distributiva da deliberação tomada que aplica os direitos humanos, em especial, os prestacionais.

Única na ordem mundial, a atuação ministerial na órbita constitucional após 1988 tem várias atribuições: persecução penal, ouvidoria do povo (*ombudsman*), defesa dos direitos e interesses sociais (difusos e coletivos), defesa da constitucionalidade de leis e atos normativos, representação interventiva, defesa judicial dos direitos e interesses da população indígena, controle externo da atividade policial etc. (GOULART, 2013, p. 168). Todas têm

fundamento preciso nos artigos 127 e 129 da CRFB e devem estar em consonância com os fundamentos e os objetivos da República Federativa brasileira (art. 1.º e art. 3.º), o que demonstra a aptidão ministerial para ter legitimidade substancial para atuar dialogicamente em rodadas procedimentais para atendimentos das necessidades humanas que são objeto dos direitos sociais e das políticas públicas, de forma justa socialmente.

Ao conferir legitimação substancial à atuação dialógica do Ministério Público em políticas públicas como instituição burocrática, a Constituição dota-o de forma e estrutura especializada como corpo burocrático que goza de autonomia constitucional com garantias pessoais e institucionais para cumprir a função de concretização dos direitos humanos. Essas garantias visam a conferir à instituição independência, imparcialidade e integridade para combater a corrupção, resistir às pressões políticas e sociais ou de grupos desprovidas de acerto moral e concretizar os direitos humanos de forma desinteressada, impessoal, imparcial e compartilhada.

As garantias institucionais previstas na Constituição asseguram autonomia orçamentária, funcional e administrativa (CRFB, art. 127, §§ 2.º a 6.º), para que o Ministério Público possa autogerir-se, eleger seus dirigentes, realizar a missão constitucional, tomar decisões e deliberações, ainda que dialógicas e provisórias. Para assegurar a autonomia funcional de atuação, são consideradas as garantias e vedações pessoais segundo os mandamentos constitucionais. Assim, aos integrantes da carreira, são conferidas as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (CRFB, art. 128, § 5.º, I, alíneas “a” a “c”). Por outro lado, há as seguintes vedações: receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, exercer a advocacia, participar de sociedade comercial, na forma da lei, exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei, e receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei (CRFB, art. 128, § 5.º, II, alíneas “a” a “f”) (SILVA, 2009, p. 4).

Para que a instituição desincumba-se do dever-poder ou da representação funcional que lhe é conferida, a Constituição especializou o Ministério Público ou burocratizou-o em duas esferas federativas – União e estados – e, na esfera federal, em dois ramos especializados e dois gerais. Nesse sentido, a Constituição estabeleceu que, tendo em vista a concretização e a realização dos direitos sociais, o Ministério Público abrange: I) o da União, que compreende a) o federal, b) o do trabalho, c) o militar e d) o do Distrito Federal e territórios; II) os dos Estados (art. 128, incisos I e II).

Com essas normas garantidoras, essa estrutura e essa forma, que conferem legitimidade procedimental, a Constituição incumbiu o Ministério Público a legitimidade substancial de proteger o interesse público primário e as demandas sociais, como *custos juris* e *custos societatis*, nos aspectos demandista e resolutivo, com ênfase no segundo. O artigo 127, *caput*, e o artigo 129, III, da CFRB prescrevem ao Ministério Público o poder-função de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os direitos sociais e individuais indisponíveis, o zelo pelos poderes públicos e pelos serviços de relevância pública incumbidos de garantir os direitos previstos na Constituição (*ombudsman*, defensor do povo). Assim, o resultado consequencialista e substantivo (*output*) da função constitucional de proteção das demandas sociais legitima a instituição gradual e substancialmente como ator político importante no cenário da divisão das funções estatais entre os poderes.

Esse cenário constitucional confere ao Ministério Público, como poder burocrático, autonomia constitucional e representação funcional suficiente que lhe garante legitimidade substancial para realizar, isolada ou dialogicamente, processual ou extraprocessualmente, a justiça distributiva na partilha dos bens comuns ou coletivos e no regime de apropriação individual de tais bens, com base em critérios objetivos, simultâneos, universais e iguais, de forma a evitar a distribuição predatória ou carona de benefícios, rendas, ônus, responsabilidades etc.

Nos casos práticos apresentados, o Ministério Público dialogou, permitindo igualdade na participação, na persuasão sobre as racionalidades reivindicadas, para alcançar o convencimento dos atores em diálogo e um compromisso fundamentado, por meio de acordos de concretização de direitos humanos, recomendações e judicializações, com o intuito de concretizar vários direitos sociais, entre os quais o acesso ao mercado público e privado de trabalho, o direito a moradia, saúde, educação, lazer, os direitos da criança e do adolescente. E de forma consequencialista, na maioria dos casos apresentados, o resultado (*output*) foi a concretização e a realização dos direitos sociais tutelados de forma dialógica pelo Ministério Público

Usando-se um raciocínio gradualista, infere-se daí que defender uma instituição majoritária não significa dizer que todas as suas deliberações sejam tirânicas, imorais, inconstitucionais ou contraminoritárias. Pelo contrário, pesquisas empíricas demonstram que existem mais afinidades e encontros entre as instituições ditas majoritárias e contramajoritárias do que repulsas e desencontros, e bem pequena é a proporção deliberativa que invalida a decisão uma da outra. Do mesmo modo, defender uma instituição contramajoritária não significa afirmar que todas as suas deliberações têm de invalidar as

deliberações das instituições eleitas e majoritárias, tampouco significa que as cortes têm de invalidar leis para se afirmar como contramajoritárias, o que mostra o gradual acerto moral das deliberações parlamentares e o gradual acerto democrático das deliberações da corte, evidenciando-se que a legitimidade procedimental e substancial não se afirmam sozinhas, necessitando do gradualismo e interação entre substancia e forma entre vários poderes para alcançar a concretização dos direitos sociais.

Nesse contexto, observa-se que há mais disposições parlamentares que são moral e democraticamente defensáveis do que o inverso, e há mais deliberações jurisdicionais de confirmação do que de invalidação das normas questionadas, o que mais uma vez evidencia o uso de um raciocínio gradual. Com efeito, a existência de instituições majoritárias e eleitas, de um lado, e outras contramajoritárias e não eleitas, de outro, demonstra que as instituições agem em regime de exceção para conter os abusos e inconsistências morais e democráticas, e não para atuar em regime de normalidade. Assim, o Parlamento pode proteger as minorias, como fez em leis de proteção do consumidor, do trabalhador, da infância etc., como a Corte pode representar politicamente a maioria, como fez em todas as decisões que não declararam a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, sem que haja acusação de não cumprimento de sua função constitucional, democrática ou burocrática, pois os dois podem convergir em determinado julgamento moral ou divergirem, sem que se macule sua natureza política e constitucional, bem como podem convergirem e divergirem funcional ou democraticamente na representação política da sociedade, sem que se possa acusar um ou outro poder de democrático ou antidemocrático.

Hoje muitos estudos empíricos buscam explicar os fenômenos concretos e induzir os raciocínios abstratos, mas deve-se ter cautela, para que tais estudos sejam mais um elemento de avaliação e de definição de institutos, ajudando a entender e a resolver problemas sociais e normativos, e não o único parâmetro de definição e de significação das instituições, de justiça, da moral, dos procedimentos e das deliberações, sob pena de privilegiar o ser em detrimento do dever ser, numa clara ideia de conformação das constatações empíricas em detrimento de soluções ideais que possam ajudar a melhorar a vida humana no campo teórico.

Ademais, a competição extremada entre aqueles que têm a última palavra, sem uma proposta de acomodação, afasta a discussão sobre a missão ou função burocrática e democrática de proteção dos direitos humanos e foca as brigas formais e eternas entre centros de competências, esvaziadas de conteúdo moral e democrático, por deixar em segundo plano a defesa substancial do interesse público e das demandas sociais ou, por outras palavras, por deixar em segunda plano a consideração das consequências desejáveis e aceitáveis da

sociedade como bons parâmetros para avaliar as instituições, procedimentos, deliberações e missões sob o aspecto substancial e procedimental, que conferem representação político-funcional à instituição no contexto constitucional de “soberania complexa”, que combina as duas formas de representação – a representação eleitoral e a funcional ou de defesa do interesse público e das demandas sociais.

Por força dos argumentos levantados, observa-se que o Ministério Público tem representação funcional pela legitimidade procedimental, em razão de sua autonomia constitucional e das teorias do diálogo a ele aplicáveis, e pela legitimidade substancial, em virtude de sua aptidão burocrática para proteger os direitos humanos de forma consequencialista, ou pelos resultados, conforme a ordem constitucional, o fórum de princípio e os precedentes judiciais, de forma a decidir de forma moralmente correta, numa concepção gradual de procedimento justo.

Considerada a retirada da atribuição de defesa do Estado e dos necessitados em juízo do Ministério Público, que ocorreu após 1988, e considerada, ainda, a ampliação de atribuições ministeriais no que se refere à defesa, à fiscalização da administração pública, à guarda do interesse público e coletivo e à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na esfera processual e extraprocessual, cabe aprofundar essas áreas de atuações, para abordar a legitimação substancial e procedimental no processo de concretização dos direitos humanos, para só depois examinar os instrumentos de atuação extraprocessual, que viabilizam o diálogo institucional, tendo o Ministério Público a incumbência de ser um grande patrocinador e participante do diálogo para concretizar os direitos sociais.

## **6 PROCEDIMENTOS E INSTRUMENTOS DIALÓGICOS DE ATUAÇÃO EXTRAPROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Enfrentadas as questões inerentes ao diálogo institucional, à autonomia constitucional e ao poder burocrático que tem a instituição ministerial na órbita constitucional brasileira, bem como demonstrados o enquadramento e a releitura do Ministério Público na realidade nacional nas teorias dialógicas, resta demonstrar como os procedimentos e instrumentos de atuação ministerial extraprocessual podem ser enquadrados e relidos nessa concepção dialógica, funcional, substancial e procedimental para fins de provocar e até forçar o início do diálogo, tendo em vista a concretização dos direitos humanos de forma participativa, preventiva e corretiva, conforme as normas constitucionais e os direitos humanos sociais e individuais indisponíveis.

### **6.1 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

O procedimento de concretização dos direitos sociais envolve uma série de questões que precisam ser apreciadas para fins de releitura dos instrumentos da atuação dialógica do Ministério Público. A primeira questão versa sobre a necessidade de mudar o paradigma interpretativo por meio da subsunção para um método criativo ou construtivo; a segunda trata da necessidade de garantir a participação dos envolvidos diretamente ou indiretamente por uma instituição que detém a representação político-funcional, como é o caso do Ministério Pública; a terceira questão importante aborda os limites materiais e formais das técnicas extraprocessuais no procedimento concretizador dos direitos humanos; a quarta questão trata das fases do procedimento dialógico de concretização dos direitos sociais, quando tal procedimento é dirigido pela instituição ministerial.

#### **6.1.1 Interpretação construtiva do procedimento de concretização dos direitos sociais**

Para defender a tutela jurídica extraprocessual pelo Ministério Público na materialização dos direitos sociais, devem-se enfrentar duas questões preliminares, a saber: a possibilidade e os limites de concretização (interpretação e criação) do direito fora do binômio Parlamento-Corte em sede de tutela coletiva e, como consequência, a dissociação entre aplicação voluntária do direito e aplicação coercitiva do processo judicial, evidenciando a

prescindibilidade do juiz e do processo judicial para a concretização do direito. Apesar das cautelas que se devem ter, essa possibilidade e essa dissociabilidade são frutos da evolução hermenêutica tradicional fundada na interpretação-subsunção para a concretização do direito, que valoriza as peculiaridades da situação concreta no processo extrajudicial de construção da solução jurídica específica (GAVRONSKI, 2010, p. 116 et seq.).

Para adotar essa interpretação-concretização, faz-se necessário mudar o paradigma atual da hermenêutica do direito com base em duas frentes: substituição da interpretação-subsunção pela interpretação-concretização do direito e aplicação de métodos e critérios de controles racionais da legitimidade para evitar arbítrio, de forma que a aplicação coercitiva do direito representa a última fase da concretização, em que é possível fazer uso da força, quando se recorre ao Judiciário. Assim, só na aplicação do direito com o uso da força é que há a necessidade do Poder Judiciário, prescindindo-se dele quando a aplicação não envolver essa medida coercitiva, o que evidencia claramente que outros atores políticos, e não apenas os juízes, podem concretizar o direito. Seguindo esse raciocínio, os legitimados coletivos não dependem de atribuição ou competência específica para concretizar e aplicar voluntariamente o direito (GAVRONSKI, 2010, p. 120-121).

A concretização do direito é um processo complexo e amplo, que inclui os critérios hermenêuticos tradicionais, com a atribuição semântica aos termos escritos, mas também significa elementos constitutivos da normatividade, parte integrante da norma de decisão (TAVARES, 2006, p. 58-63). Assim concretizar compreende interpretar e criar o direito a partir do caso concreto (ALMEIDA, 2013a, p. 26; LOPES, 2006, p. 124-125) mediante uma operação valorativa, fática e material, que faz dilatar os conteúdos constitucionais, exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos no decurso do tempo e no compasso das mudanças ocorridas na sociedade (BONAVIDES, 2004a, p. 604-608), de forma que a especificação e a determinação encerrem a atividade de concretização (ENGISCH, 1968, p. 178).

Concebida a interpretação construtiva no procedimento de concretização dos direitos sociais, resta adentrar no aspecto participativo de tal procedimento, como forma de demonstrar a necessidade e a aptidão procedimental para compreender a participação de todos os que se sentem de alguma forma envolvido e, direta ou indiretamente, na contínua e gradual concretização dos direitos sociais, como forma de alcançar um acordo deliberativo em rodadas procedimentais.

### 6.1.2 Dimensão participativa do procedimento de concretização dos direitos sociais

A concretização, a aplicação ou a realização do direito não é tarefa exclusiva do Poder Judiciário, do Poder Executivo ou de qualquer órgão de governo, pois os particulares e as instituições, em sua vida cotidiana, por um ato volitivo, criam, concretizam, aplicam e violam direitos todos os dias no exercício de suas ações materiais, sem necessidade de qualquer intervenção oficial ou aplicação do regime de substituição da vontade humana por um terceiro imparcial permitida pela ação processual.

A utilização do monopólio da jurisdição, quando falham as tutelas extraprocessuais, condiz melhor com o pluralismo da sociedade moderna complexa, uma vez que negar aos grupos potencialmente atingidos pela norma ou àqueles que a lei elegeu como seus representantes adequados, como o Ministério Público, a oportunidade de participar ativa e resolutivamente da concretização do direito empobrece a justiça e afasta o direito da sociedade, diminuindo-lhe a legitimidade substancial e procedimental no fórum de princípio e de utilidades.

Há quem defenda a participação aberta da sociedade no procedimento de concretização dos direitos humanos, e outros que limitam a participação da sociedade, sob o argumento de ser inaplicável tal participação aberta em sociedades subdesenvolvidas, com subcidadanias e democracia instável<sup>264</sup>.

Entretanto, essa crítica não parece adequada, ao menos no que se refere à tutela coletiva, porque os legitimados – associação civil, o Ministério Público, a Defensoria Pública – supririam essa subcidadania pela *expertise*, pela incumbência que receberam da ordem constitucional para a defesa desses direitos (GAVRONSKI, 2010, p. 126-128) e pelo diálogo institucional em rodadas procedimentais que permitam a participação de todos os envolvidos na resolução do problema social.

A participação de instituições como forma de suprir a suposta subcidadania da sociedade decorre de exigência processual, especialmente no que se refere à instituição

---

<sup>264</sup> Peter Häberle (1997, p. 152-167) concebe a possibilidade de concretização do direito por órgãos não oficiais e confere importância à participação para a legitimidade. Paulo Bonavides (2004a, p. 516) critica o aproveitamento do pensamento de Häberle em uma sociedade menos desenvolvida, uma vez que o método concretista da constituição aberta demanda uma base social estável, pressupostos institucionais firmes e consenso democrático sólido, o que não ocorre no Brasil, em virtude da subcidadania ou do subdesenvolvimento. À semelhança da teoria de Friedman, utilizada com o objetivo de quebrar o paradigma da supremacia judicial e abrir a oportunidade para outros intérpretes da Constituição, aqui se usa a teoria de Häberle no sentido de reforçar a necessidade de considerar outros atores políticos capazes de concretizar as normas constitucionais, as políticas públicas e os direitos humanos. Mas a semelhança entre as teorias limita-se apenas ao aproveitamento da abertura de intérpretes, sem qualquer outra pretensão acadêmica, visto que não é objetivo da tese trabalhar com o referido autor.

ministerial, que, se não iniciar a demanda coletiva ou o incidente de resolução de demandas repetitivas, deverá obrigatoriamente atuar como sujeito imparcial interveniente (*custos juris* e *custos societatis*) ou como sujeito imparcial demandante em regime de litisconsórcio ou em regime de assunção de titularidade, em caso de abandono ou de desistência de quem iniciou a demanda, para a proteção dos direitos coletivos, conforme preceituam o artigo 5.º, § 1.º, da Lei n.º 7.347/85, o artigo 92 do CDC e o artigo 976, § 2.º, do CPC de 2015. Além disso, cabe ao Ministério Público a incumbência de ser guardião da tutela coletiva extraprocessual, conforme as atribuições constitucionais.

Ao permitir a participação dos grupos potencialmente atingidos pela norma ou dos que têm representação social do grupo afetado, abre-se o direito à realidade concreta, à pluralidade social e à transdisciplinaridade, aumentando-se o poder de integração e de ordenação social, utilizando-se de formas definidas de mediação pública e pluralista com participação direta, em especial, dos sujeitos que são formalmente objeto ou destinatário da norma (GAVRONSKI, 2010, p. 125), reforçando-se a legitimidade procedimental ou democrática pela participação da sociedade e dos interessados.

A via não oficial engloba os cidadãos que vivenciaram o problema e os legitimados coletivos, de natureza pública ou privada, escolhidos pela lei como adequados defensores dos direitos coletivos. Disso decorrem duas funções dos legitimados coletivos, como forma de inclusão social, por meio do direito como fenômeno cultural<sup>265</sup>: ampliação da participação dos diretamente atingidos pela norma, por meio de instrumentos de informação – audiência pública, inquérito etc.; participação direta na concretização do direito por meio de instrumentos a ela destinados – ACDH, recomendação, acordos coletivos, persuasão racional etc. Isso revela o consenso (ou melhor, o acordo) e a participação como condicionantes da legitimidade da tutela extraprocessual (GAVRONSKI, 2010, p. 130) – no campo procedimental, pela participação, e, no campo substancial, pela possibilidade de exercitar a persuasão racional acerca dos melhores argumentos para atender o interesse público e as demandas sociais.

No que concerne à legitimidade procedimental, a participação da sociedade e das instituições públicas ou privadas envolvidas, que têm representação funcional ou eleitoral, em todas as fases das rodadas procedimentais (*input*) demonstra a cautela com os princípios

---

<sup>265</sup> O direito por meio de várias técnicas, particularmente por meio das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, constitui um fenômeno cultural de inclusão social. De fato, a cidadania das pessoas e dos grupos sociais tende a ser resgatada se o direito e tais técnicas forem assimilados pela população, permitindo a concretização do direito pela via não oficial e pela via estatal (GAVRONSKI, 2010, p. 129), na qual se inclui a tutela extraprocessual promovida pelo Ministério Público.

democráticos da solução pactuada, independentemente do argumento de defesa do interesse público e das demandas sociais apresentadas ao Ministério Público. Por outras palavras, a representação política eleitoral (democracia indireta), a participação direta da comunidade (democracia direta) e a participação dos entes legitimados coletivamente (representação funcional) conferem legitimidade procedimental aos instrumentos de diálogo e, por via de consequência, ao Ministério Público. No mesmo sentido legitimador, milita a incumbência ministerial de defender o regime democrático, que culmina com a participação da instituição ministerial em todo o processo eleitoral, o que faz da instituição um agente da cidadania.

De outra banda, quanto à legitimidade substancial, os argumentos desenvolvidos de forma sincera com base na justiça distributiva do bem comum para a defesa do interesse público e das demandas sociais preocupada com o resultado ou consequência (*output*) da deliberação tomada dialogicamente como última palavra provisória conferem legitimidade substancial aos instrumentos de atuação e à instituição ministerial.

A legitimação pela participação requer o engajamento dos atores extraprocessuais na construção do significado constitucional, o que demonstra a necessidade de reconsiderar onde a deliberação constitucional toma lugar, como a Constituição deve ser construída e como o significado constitucional é estabilizado (WHITTINGTON, 2001a, p. 208-209). No diálogo institucional defendido para a atuação ministerial em políticas públicas, o envolvimento é mais que um engajamento, visto que a instituição tem instrumentos de iniciativa, de provocação e até de coerção, para fazer os envolvidos sentarem à mesa de negociação, mas respeitando a autonomia de vontade para deliberar. O diálogo é direto e provocado pelo Ministério Público, mas, de qualquer maneira, o engajamento é necessário para que as deliberações tomadas no diálogo sejam bem-sucedidas no sentido do cumprimento das obrigações e das responsabilidades assumidas.

Para a legitimação coletiva extraprocessual, sobretudo dos órgãos governamentais, como o Ministério Público, que tem autonomia constitucional, é suficiente, além do acordo deliberativo, da racionalidade persuasiva e da participação igualitária, a previsão na ordem jurídica e o reconhecimento dos instrumentos extraprocessuais que permitam o diálogo institucional com a participação dos envolvidos. Nesse sentido, consagra-se a hermenêutica da interpretação-concretização e a participação no processo de concretização, bem como a inserção das técnicas extraprocessuais para provocar, informar e deliberar dialogicamente sobre a concretização do direito, havendo conseqüentemente a ampliação e a integração da realidade no processo de concretização, pois o destinatário da norma e os *experts* no assunto são participantes ativos do processo de concretização voluntária, sem que isso implique

qualquer exclusão ou a pretensão de se fazer um rol taxativo de participantes (GAVRONSKI, 2010, p. 122-124).

Entretanto a participação de todos os envolvidos, que consagra a legitimidade procedimental só faz sentido se o processo de concretização do direito estiver comprometido com a aplicação da justiça distributiva às demandas sociais, como forma de garantir a legitimidade substancial, o que revela a gradual legitimidade de ambos os aspectos na atuação ministerial em sua função constitucional.

### **6.1.3 Mitigações dos limites materiais e formais das técnicas extraprocessuais no procedimento de concretização dos direitos sociais**

Após discorrer sobre os aspectos da interpretação construtiva e da participação no procedimento extraprocessual de concretização dos direitos prestacionais, cabe abordar os limites das técnicas extraprocessuais na concretização e na criação do direito.

Há quem afirme que a concretização promovida pelos legitimados por meio de técnicas extraprocessuais não se revelaria suficiente por três razões principais, quais sejam: as técnicas extraprocessuais carecem de legitimidade jurisdicional (processo não judicial)<sup>266</sup>; os legitimados atuam na defesa de direito dos quais não são titulares (indisponibilidade); os legitimados não podem contar com o uso da força, motivo pelo qual precisam de consenso para realizar o direito e garantir a efetividade (GAVRONSKI, 2010, p. 131-132). Porém tais óbices não retiram a legitimidade procedimental e substancial que os atores políticos extraprocessuais têm para concretizar os direitos humanos de forma pactuada, por meio do diálogo institucional, visto que tais razões podem ser repensadas, mitigadas ou superadas em certa medida ou grau.

O primeiro limite é a impossibilidade de execução forçada dos instrumentos extraprocessuais de concretização e de criação do direito sem recurso à via judicial (GAVRONSKI, 2010, p. 158-160). Essa ideia faz surgir o conceito processual de ação, que consiste na contrapartida natural da proibição da tutela privada, do exercício arbitrário de suas próprias razões ou da “justiça de mão própria” (MARINONI, 2010, p. 161-162). A denominada “ação material do envolvido por vontade própria” demonstra claramente o caráter substitutivo da ação processual pela esmagadora maioria das hipóteses tuteláveis pela ação

---

<sup>266</sup> Há mais liberdade de criação na via extraprocessual que na judicial, visto que as principais dificuldades são a condição econômica do obrigado (ou do responsável pela concretização ou pela realização dos direitos humanos) e a habilidade de negociação do legitimado em construir o consenso (GAVRONSKI, 2010, p. 133-134).

material<sup>267</sup>, salvo algumas hipóteses em que ainda resta a possibilidade de uso da ação material sem que se caracterize crime, como é o caso do desforço imediato, da legítima defesa etc. Porém, esse limite é inerente ao regime de atuação ministerial dialógica e pactuada, que deve contar obrigatoriamente com a persuasão racional para convencer da melhor medida de concretização, separando as pessoas dos problemas, concentrando-se nos interesses em debate, e não nas posições de cada um no diálogo, criando uma variedade de possibilidades antes de decidir o que fazer e insistindo em que o resultado tenha por base algum padrão objetivo (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 28).

Não faz qualquer sentido defender a concretização extraprocessual dos direitos humanos – que usa o regime de diálogo e de acordo original entre os interessados para resolver os problemas da falta de efetividade dos direitos – e pregar o uso da força – que só se aplica ao regime de substituição dos envolvidos por um terceiro imparcial, o qual, numa operação “mediúnica”, tenta incorporar-se a cada posição para emprestar a vontade, que, segundo esse terceiro, deveria existir entre os envolvidos à luz da ordem jurídica. É de se observar que o uso da força no regime de substituição não deixa de ser uma ação volitiva substituída que o juiz realiza como se fosse a vontade dos envolvidos substituídos. Por outras palavras, o uso da força no sistema de resolução judicial nada mais é do que a vontade dos envolvidos constatada no regime de substituição judicial, situação que não tem qualquer sentido ou aplicação no regime dialógico, em que a atuação volitiva é livre para concretizar o direito por vontade própria.

O segundo limite é a indisponibilidade quanto ao conteúdo do direito coletivo e a impossibilidade de afastar leis por inconstitucionalidade, quando seria necessário o ajuizamento de ação civil pública para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei. Entretanto, essa matéria é controvertida na doutrina e na jurisprudência, visto que há precedentes do STF anteriores à Constituição de 1988 e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), após a Constituição, que admitem para os agentes políticos a faculdade de determinar, sob sua responsabilidade, o descumprimento de leis consideradas inconstitucionais pelos órgãos a eles subordinados (GAVRONSKI, 2010, p. 160-168).

A deliberação por meio de acordo deliberativo passa a ser um pilar importante nessa tarefa concretizadora de direitos humanos, mas tem certos limites em razão da indisponibilidade dos interesses individuais, pois os legitimados coletivos não são titulares

---

<sup>267</sup> Ação material aqui é entendida como a atitude de iniciativa do envolvido na questão a fim de resolver o conflito, o litígio ou a ausência de concretização do direito com as próprias mãos, sem a aquiescência dos outros interessados, o que, em alguns casos, representa o tipo penal do exercício arbitrário de suas próprias razões (art. 345 do Código Penal).

dos direitos protegidos no plano individual e dependem de um terceiro para aplicar a força coercitiva das decisões judiciais, razão pela qual essa alegada indisponibilidade do conteúdo dos direitos tutelados deve ser revista, por tratar de conflitos distributivos ou coletivos que requerem negociações, cumprimentos e acompanhamentos graduais e progressivos de metas, objetivos e resultados a curto, médio e longo prazo (LOPES, 2006, p. 234).

Nesse sentido, a própria ordem jurídica fornece elementos para essa revisão ao compatibilizar tal indisponibilidade com normas que garantem a utilização das decisões judiciais ou dialógicas apenas em benefício dos afetados, excluindo as decisões de caráter coletivo que prejudiquem o plano individual<sup>268</sup>.

Entretanto, não se devem esquecer algumas hipóteses constitucionais que permitem o prejuízo no plano individual por meio de cláusulas oriundas de negociação coletiva, como são os casos de compensação de horários e de redução de salários e de jornada de trabalho, conforme decidiu o STF no RE n.º 590.415/SC, de 30 de abril de 2015, por força dos incisos VI, XIII e XXVI do artigo 7.º da CRFB e das Convenções n.º 98/1949 e 154/1981 da OIT<sup>269</sup>, cujo diálogo, nesses casos, deve contar com a participação obrigatória do sindicato, na forma do artigo 8.º, VI, do mesmo diploma constitucional. Porém, mesmo nessas hipóteses, devem-se observar a ampla participação dos trabalhadores e o princípio do não retrocesso com medidas compensatórias com vantagens aos trabalhadores ou com medidas mitigadoras, impeditivas ou extintivas da ocorrência de algum mal comum, como seria a possibilidade de dispensa em massa de trabalhadores.

No diálogo institucional conduzido pelo Ministério Público, há autorização da ordem jurídica para negociar, em certa medida, a definição do responsável<sup>270</sup>, do objeto, da razão, do custo, do modo, do tempo, do local e das cominações necessárias para a concretização dos direitos humanos<sup>271</sup>, com a participação de instituições públicas ou privadas que têm

---

<sup>268</sup> Note-se que o disposto no artigo 104 do CDC – a tutela judicial da coisa julgada no plano coletivo só pode ser utilizada no plano individual em benefício dos afetados na sua seara particular, desde que o indivíduo não tenha participado da relação processual – também se espraia para a tutela extraprocessual, visto que não faz sentido que as decisões coletivas judiciais, que são tomadas em regime de substituição das vontades dos legitimados coletivos e individuais pelo juiz, possam ter maior efeito e proteção do que as decisões ou deliberações coletivas extraprocessuais tomadas em regime de diálogo institucional, com base em acordo originário racional e deliberativo entre os interlocutores e participantes que detêm legitimidade para tanto. Isso tem-se mostrado viável até quando o Judiciário confirma a validade de acordos firmados, como ocorreu no caso Lixão do Aurá, que foi considerado válido, apesar de questionado judicialmente.

<sup>269</sup> Ratificadas pelo Decreto Legislativo n.º 49, de 27 de agosto de 1952, e pelo Decreto Presidencial n.º 1.256, de 29 de setembro de 1994, respectivamente.

<sup>270</sup> Essa preocupação faz lembrar a teoria do diálogo de Coenen, no que se refere à identificação dos atores responsáveis pela concretização de determinada política pública, só que aqui a atuação é extraprocessual.

<sup>271</sup> Note-se ainda que a autorização constante do artigo 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/85 – que permite ao Ministério Público e aos demais órgãos públicos, no campo extraprocessual, tomar dos interessados compromisso de concretização de direitos humanos ou, como diz a lei (a meu juízo, incorretamente), a tomar compromisso de

legitimidade ou representação eleitoral ou funcional para dispor em certa medida de direitos sociais e coletivos, como o Parlamento, o Poder Executivo, os sindicatos<sup>272</sup>, que têm participação obrigatória, etc., de forma a poder dispor dos direitos e interesses de maior relevância pública possível, como são as regras de distribuição do bem comum. Além disso, existe a possibilidade de afastamento de lei ou ato normativo que, em rodadas procedimentais dialógicas, sejam declarados inconstitucionais para reger o caso concreto.

Nesse diapasão, tanto o STF<sup>273</sup> quanto o STJ<sup>274</sup> admitem que o chefe do Poder Executivo se recuse a cumprir atos normativos que julgue inconstitucional, o que não representa uma declaração de inconstitucionalidade em termos técnicos, mas um afastamento da eficácia da norma questionada, ainda que forma temporária e concreta. Deve-se acrescentar que os tribunais de contas têm competência para afastar normas que considerem inconstitucionais, no caso concreto, visto que, se fosse em abstrato, estariam usurpando a competência privativa da Suprema Corte do país<sup>275</sup>. Esse entendimento tem assento na Súmula 347 do STF<sup>276</sup>.

---

ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo – deve ser comparada ou em certa medida equiparada ao teor do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, que permite ao STF, no campo processual, modular os efeitos de um ato inconstitucional em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Isso pode ser constatado, por exemplo, no caso Alepa, em que o acordo com o Ministério Público permitiu a edição de ato normativo criando cargos e a manutenção de servidores contratados de forma contrária ao artigo 37 da CRFB, situação que se estendeu por mais de 5 anos, permitindo a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade constatada em regime dialógico entre os envolvidos. Só para fins de ilustração, essa situação que pode também ser comparada com a apreciação da inconstitucionalidade de lei que efetivou servidores sem concurso no serviço público, conforme decisão na ADI n.º 4876/MG, em que o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 7.º da Lei n.º 100/2007, que previa a manutenção de servidores públicos que ingressaram nos quadros de pessoal do Estado, por contrariar o mesmo artigo 37, II, da CRFB, além de outras violações. O STF, utilizando-se do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, modulou os efeitos da inconstitucionalidade para o futuro, concedendo o prazo de 12 (doze) meses para a aplicação dos efeitos da inconstitucionalidade, ressalvando-se algumas situações, como a dos aposentados ou em tempo de aposentadoria, dos que fizeram concurso para cargo com mesma função etc. O julgamento da referida ADI utilizou os seguintes precedentes: ADI n.º 289/CE, RE n.º 199.293/SP, ADI n.º 243/RN-MC e RE n.º 167635/PA.

<sup>272</sup> A participação de legitimados coletivos, sociais ou políticos, como o Parlamento, o Poder Executivo, sindicatos etc., permite certa disponibilidade de interesses ditos indisponíveis, desde que não seja para prejudicar ou trazer retrocesso na concretização dos direitos humanos, pois esse aspecto revela-se impermeável, salvo as hipóteses constitucionais que permitem a interferência coletiva *in pejus* no plano individual com o intuito de adaptar às circunstâncias com medidas compensatórias ou para evitar um mal comum maior. Assim, a edição de uma lei, de um decreto, de uma convenção coletiva pode atuar em direitos que em regra não seriam acordados individual e subjetivamente, permitindo a participação de vários atores que legitimam procedimental e substancialmente as decisões coletivas tomadas em regime de diálogo e de acordo deliberativo perante o Ministério Público ou outros órgãos governamentais ou de classe.

<sup>273</sup> Representação n.º 980/SP, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 96/508; ADi 221-0/Distrito Federal, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 151/331.

<sup>274</sup> REsp. 23.121-92/GO. DJU, 8 nov. 1993, p. 23.521 (BARROSO, 1996, p. 171).

<sup>275</sup> Essa questão foi discutida pelo STF incidentalmente nos autos do MS 27744/DF, relator Ministro Luiz Fux, de 6 de maio de 2014, no que se refere à possibilidade de o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) exercer o controle de constitucionalidade. O objeto principal do mandado de segurança tratava de pedido de promotor de justiça, com base em lei orgânica do Ministério Público estadual (LC n.º 197/2000), para permanecer na comarca que teria sido elevada de entrância. Infelizmente o relator destacou que, por ser órgão de natureza administrativa, cuja atribuição adstringir-se-ia ao controle de legitimidade dos atos administrativos

Apesar de controvertido<sup>277</sup> e arriscado, mostra-se viável o descumprimento de norma pelos legitimados coletivos que são agentes políticos, como é o caso do Ministério Público<sup>278</sup>, mas chama-se a atenção para o fato de que pode se ventilar o risco por eventuais danos é do agente individual, colegiado ou dialogicamente considerado, que afasta a norma do caso concreto por inconstitucionalidade, pois a questão ainda fica sujeito ao controle de constitucionalidade do Poder Judiciário, mas essa possibilidade não se mostra viável e defensável diante do diálogo institucional, por envolver atores políticos nos exercício de suas atividades típicas em defesa do interesse público primário e das demandas sociais, nos termos do art. 127 e 129 da CRFB, salvo comprovada má-fé.

Com efeito, o Ministério Público, como guardião da ordem jurídica, pode exercer o controle de constitucionalidade extraprocessual em rodadas procedimentais de leis e atos

---

praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal ou estadual (CRFB, art. 130, § 2.º), o CNMP não ostentaria a competência para efetuar controle de constitucionalidade de lei (Informativo n.º 745). Felizmente, em pedido de vista, o Ministro Roberto Barroso acompanhou a conclusão do relator, mas por outro fundamento, e afastou a ideia impeditiva de o CNMP apreciar constitucionalidade de lei sob o argumento de que não houvera, na espécie, controle abstrato de constitucionalidade, pois o controle teria sido realizado no caso concreto. Assim, defendeu que quem tem a incumbência de aplicar a norma a uma situação concreta não poderia ser compelido a deixar de aplicar a Constituição e aplicar a norma que com ela considerasse incompatível. No que se refere ao pedido principal, o Ministro concluiu ser razoável que os membros do Ministério Público, ao serem promovidos, pudessem permanecer nas promotorias que já ocupassem, sem que fossem obrigados a deixá-las apenas porque teriam sido pré-elevadas de entrância (Informativo n.º 781). Com efeito, apesar de tais razões incidentais não transitarem em julgado, o voto do Ministro Barroso tem conformidade com a tese aqui defendida, especialmente no que diz respeito à possibilidade de o Ministério Público afastar norma que considere inconstitucional em regime de diálogo institucional com os demais atores envolvidos.

<sup>276</sup> STF Súmula n.º 347. Tribunal de Contas, apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

<sup>277</sup> Há quem defenda a inaplicabilidade desse entendimento sumular, visto que esse é um entendimento pré-Constituição de 1988, quando o chefe do Poder Executivo não tinha legitimidade para propor ação de constitucionalidade no controle concentrado, o que foi resolvido pela atual Constituição, ao inserir o chefe do Executivo como legitimado para provocar o STF no controle concentrado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2002, p. 126-136). Entretanto, esse não é o entendimento aqui defendido, visto que, mesmo que o STF seja o intérprete supremo da Constituição, não é o único, de forma que, pela teoria do diálogo, a concretização constitucional deve ocorrer por atores políticos extraprocessuais, como afirma Keith Whittington (2001b, p. 780-781), o que demonstra a necessidade de aplicação do conteúdo sumular em rodadas procedimentais que garantam igualdade de participação, racionalidade persuasiva e acordo fundamentado.

<sup>278</sup> Essa situação pode ser observada no Aditivo ao acordo de concretização de direitos humanos (ACDH), assinado pelo MPT e pelo MPE/PA conjuntamente com a autarquia estadual Agência Estadual de Defesa Agropecuária do Estado do Pará (Adepará), em 16 de junho de 2014. Firmado em 4 de julho de 2014, esse aditivo permitiu que houvesse admissão de servidores concursados e o envio de projeto de lei criando cargos públicos com a concomitante dispensa de servidores temporários, mesmo o Estado do Pará atingindo o limite prudencial com despesa de pessoal, afastando temporariamente a eficácia dos incisos II e IV do parágrafo único do artigo 22 da Lei de responsabilidade Fiscal (LRF), que prever como consequências para esse caso, a vedação de criação e de provimento, admissão de cargo público ou de contratação de pessoal a qualquer título, estipulando um prazo até 31 de dezembro de 2014 para que o Estado retornasse aos limites fiscais permitidos pela LC n.º 101//2001, em que pese o esforço para atender as normas constitucionais de ingresso no serviço público. O acordo firmado nos autos do IC n.º 000161.2012.08.000/6-23 processou-se após a verificação de que a dispensa de servidores sem a concomitante admissão de servidores concursados prejudicaria os serviços públicos de fiscalização da referida autarquia, que tem atuação na área da saúde preventiva na defesa agropecuária. Essa solução dialógica teve o condão de afastar temporariamente a vedação legal do artigo 22 da LRF, quando ponderado com as normas constitucionais do artigo 37 da CRFB.

normativos (por meio do diálogo institucional), com a expedição de recomendação ou com assinatura de um ACDH (acordo de concretização dos direitos humanos). Com efeito, o controle de constitucionalidade dos atos normativos exercidos pela Corte constitucional não exclui a existência de outras formas de controle. Esse controle pode ser feito pelo Parlamento, por meio da revogação, da alteração legislativa (ou da Comissão de Constituição e Justiça) (autocontrole constitucional), pelo chefe do Poder Executivo, por meio do veto (ALMEIDA, 2013a, p. 63-64), pelo TCU e dialogicamente pelo Ministério Público, principalmente porque tem a incumbência de assegurar o respeito aos direitos protegidos pela Constituição, especialmente aos direitos sociais.

A hipótese normativa que autoriza o Ministério Público a fazer acordo sobre prazo, modo, lugar, cominações etc., para o cumprimento das normas constitucionais ou para a concretização dos direitos humanos, não deixa de ser uma forma de o Ministério Público – e os demais órgãos públicos que participam resolutiva e dialogicamente das questões que envolvem direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis – afastar ou tolerar alguma ação ou omissão inconstitucional ou contrária à concretização dos direitos humanos por certo período, revelando-se uma modulação dos efeitos de atos ou omissões inconstitucionais para o futuro, por meio do diálogo institucional, que envolve a participação igualitária dos legitimados coletivos, a racionalidade persuasiva e o acordo fundamentado, como foro deliberativo provisório, mas sempre no intuito de concretizar direitos.

No plano coletivo, como mencionado acima, independentemente do grau de indisponibilidade do conteúdo dos direitos negociados, o Ministério Público pode, à semelhança da modulação dos efeitos de inconstitucionalidade pelo STF, ajustar, por meio do diálogo e de acordo, vários questionamentos relativos ao prazo, ao modo, ao lugar e às cominações necessárias à concretização dos direitos.

Constata-se que a flexibilização da indisponibilidade encontra limites na teoria da exigibilidade imediata contínua dos direitos sociais, em seu aspecto negativo de vedação de proteção insuficiente, de retrocesso na garantia dos direitos constitucionais e de tolerância em relação à proibição de excesso. Tal flexibilização tem o sentido concretizador dos direitos humanos, a fim de dar-lhes maior eficácia jurídica e social, não podendo ter a conotação de eliminar ou de mitigar direitos e garantias, tampouco de tolerar ou de permitir o excesso ou a ocorrência de injustiça, em especial, no que concerne à distribuição e à apropriação de bem comum. Pode-se, então, deliberar sobre o conteúdo dos direitos sociais, de forma a permitir certa violação temporal – modulação dos efeitos, por exemplo –, mas com o claro intuito de atendimento das necessidades humanas imprescindíveis à existência de uma vida digna.

O terceiro limite consiste na possibilidade de revisão judicial das soluções obtidas por meio dos instrumentos extraprocessuais da tutela coletiva e na possibilidade de falta de agir, caso haja uma demanda judicial com o mesmo objeto. A revisão judicial do TAC (ou melhor, termo de concretização dos direitos humanos), por exemplo, pode processar-se por qualquer dos vícios do negócio jurídico e por condições desarrazoadas ou desproporcionais (GAVRONSKI, 2010, p. 168-176). Assim, além das alegações de vícios de consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo) e sociais (fraude contra credores), pode haver ataques às cláusulas de concretização que demonstrem desproporcionalidade quanto ao prazo, ao modo, ao lugar e às cominações necessárias à concretude das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos.

Entretanto, apesar do limite de revisão judicial na atuação extraprocessual, as apreciações judiciais têm confirmado a validade e a eficácia das decisões coletivas tomadas em regime de diálogo institucional, como ocorreu no caso Lixão do Aurá, no caso ALEPA e no caso Cachoeira do Piriá, em que o acordo foi mantido em todas as instâncias judiciais questionadas. Com efeito, a legitimidade dos instrumentos ministeriais está vinculada às próprias razões dos casos expostos, em que se demonstra que os motivos persuasivamente trazidos e dialogados pela instituição ministerial alcançaram o acordo com outras instituições e quando submetidas à apreciação judicial, foram moralmente acolhidas como corretas, o que evidencia o acerto substancial do resultado (*output*) do que se acordou na rodada procedimental para a concretização dos direitos humanos.

A possibilidade de revisão de atos pelo Judiciário é aplicável inclusive aos próprios atos judiciais, que, em certa medida, podem ser revistos pelo próprio Judiciário por ação rescisória etc., pelo Parlamento por emenda constitucional etc. Apesar da possibilidade de revisão judicial do acordo firmado, verifica-se que, a cada rodada procedimental negocial dirigida pelo Ministério Público, a deliberação tomada tem a pretensão de ser a última palavra provisória. Ademais, a teoria da rodada procedimental traz ínsita em sua razão de ser a possibilidade eterna de revisão da última deliberação, judicial ou não.

O quarto limite estaria nas restrições à eficácia nas lides individuais, visto que a tutela jurídica extraprocessual, por ter como um dos pilares de legitimação o consenso, não poderia permitir que uma pessoa individualizada utilizasse, em transporte *in utilibus*, o acordo firmado para aproveitar-se das consequências jurídicas garantidas à tutela coletiva, como ocorreria com um provimento jurisdicional, nos termos dos artigos 103 e 104 do CDC (GAVRONSKI, 2010, p. 176-184).

Discorda-se da posição de Gavronski, pois o título executivo extrajudicial tem força de direito adquirido ou ato jurídico perfeito em regime voluntário originário. Ademais na atividade jurisdicional, o juiz age processualmente em substituição à ação material dos demandantes. Por esse motivo, não parece defensável que o regime de substituição judicial tenha mais efetividade do que o regime de diálogo ou pacto institucional entre os envolvidos individual ou coletivamente considerados e da autocomposição ou da concretização do direito com base no acordo pela tutela extraprocessual, pois, em ambos os casos, busca-se a concretização das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos.

O pensamento contrário prejudica a efetividade dos direitos humanos. Por isso, a transcendência dos efeitos e da eficácia de uma decisão judicial coletiva para os interesses individuais também se aplica a um acordo entre os legitimados coletivos e o destinatário da norma em que se negocia a especificação do responsável, do conteúdo, do modo, do tempo, do lugar e das cominações de concretização das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos em sede de tutela coletiva extraprocessual. Ademais, a consequência da decisão no plano coletivo só pode ser aproveitada no plano individual se for para beneficiar, e não para prejudicar, o que deixa mais liberdade ainda para uma negociação coletiva de qualquer benefício para o plano individual.

Assim, quanto à indisponibilidade dos direitos tutelados, como afirmado, a própria ordem jurídica adota medidas mitigadoras, visto que pode haver negociação pelos legitimados coletivos de questões atinentes ao plano individual, mas os efeitos só valem para beneficiar os que foram afetados pessoalmente, conforme preceitua o artigo 104 do CDC, que tem aplicação no campo extraprocessual também, excepcionando-se algumas hipóteses constitucionais que permitem a negociação coletiva *in pejus* para o plano individual (artigo 7.º, VI, XIII e XXVI). Além disso, o Ministério Público com maior razão e os demais legitimados coletivos são obrigados a liquidar e a executar as indenizações devidas em decisão coletiva com efeitos no plano individual, após decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do artigo 100 do mesmo diploma legal. Essas constatações evidenciam formas de mitigação da indisponibilidade dos direitos tutelados no plano individual<sup>279</sup>.

---

<sup>279</sup> Nos autos do Processo Judicial n.º 0000886-74.2013.5.08.0105 da Vara do Trabalho de Capanema, a sociedade empresária ré e o Sindicato autor propuseram um acordo de pagamento de horas extras com quitação geral e irrevogável de R\$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais) para beneficiar apenas os trabalhadores sindicalizados, sem que considerasse o rol dos beneficiários. Com a intervenção ministerial, o acordo foi firmado, porém, foi considerado como acordo genérico a ser liquidado no plano individual de acordo com as horas efetivamente trabalhadas, considerando-se ainda tal valor como mínimo garantido aos trabalhadores de acordo com a planilha de cálculo a ser apresentada pelo sindicato ou pelo interessado na liquidação individual ou

#### 6.1.4 Fases do procedimento dialógico de concretização dos direitos sociais dirigido pelo Ministério Público

A estrutura procedimental de concretização dialógica dos direitos sociais deve compreender atos, normas e instrumentos concatenados, que terão a finalidade alcançar as seguintes fases: **iniciativa**, **persuasão racional deliberativa** ou de concretização, **aplicação** ou realização e **fiscalização** ou controle. Porém, apenas as duas primeiras serão abordadas nesta tese, visto que o foco é a concretização dos direitos sociais.

Na fase da iniciativa o Ministério Público pode dar início às rodadas procedimentais em qualquer momento, de ofício ou por provocação, pois a ordem jurídica, ao prever a rodada procedimental ministerial, autoriza a instituição a agir independentemente de provocação na condição de sujeito imparcial, que atua de ofício, em razão do princípio inquisitivo a ele aplicável. Este princípio é de pouca aplicação à magistratura, que é regida pelo princípio acusatório ao impor a inércia judicial como forma de limitar os abusos de poder exercidos pelos juízes, quando tinham o poder de provocação da própria jurisdição com a acusação, a defesa do acusado, a instrução probatória e o julgamento, fazendo das pessoas envolvidas objeto do processo, e não sujeitos (SILVA, 2009, p. 1-2). Para instaurar essa fase, o Ministério Público autua formalmente o procedimento deliberativo dialógico para que depois possa praticar atos de notificação para comparecimento, requisição de documentos e informações etc., adentrando na fase persuasiva e deliberativa, visto que a fase da iniciativa foi concluída.

A fase de persuasão racional tem início com a coleta de informações acerca da notícia de fato irregular e pode ser incrementada com vários instrumentos, como notificação, intimação, inspeção, requisição, audiências etc., tendo em vista a coleta de dados e informações para formar o convencimento ministerial e dos atores políticos envolvidos no diálogo. É nesse momento que se inicia a contestação pública (convicção e deliberação pública) dos vários argumentos e conclusões dos direitos que são objeto de concretização. Essa fase de persuasão racional deliberativa dialógica das rodadas procedimentais tem três subfases denominadas “pré-deliberativa” (*pre-decisional*), “deliberativa” (*decisional*) e “pós-

---

coletiva, não devendo tal valor ficar restrito apenas aos trabalhadores sindicalizados, mas estendendo-se a todos da categoria. As intervenções ministeriais processaram-se dessa forma porque não se vislumbrou observância do princípio do não retrocesso. A quitação ficou condicionada à liquidação individual de cada interessado ou pela possível liquidação e execução do valor sobejante pelo Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 100 do CDC. Para isso, o Ministério Público requereu que no prazo de um ano fosse notificado para manifestação. A intervenção ministerial processou-se no sentido de que a coisa julgada coletiva não pode prejudicar o plano individual dos beneficiários, conforme determina o artigo 104 do CDC.

deliberativa” (*post-decisional*). Idealizadas para a atuação dialógica das cortes constitucionais (MENDES, 2013, p. 105-118), essas subfases podem ser adaptadas às deliberações extraprocessuais dialógicas conduzidas pelo Ministério Público, com a inserção das etapas procedimentais de negociação (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 31).

A fase pré-deliberativa compreende a coleta de informações, o diagnóstico do problema, o planejamento da solução e a exposição ou a articulação pública e racional dos argumentos levantados para fins de convencimento dos demais atores envolvidos, contribuindo para a multiplicação de pontos de vista de certa controvérsia ou problematização sobre os direitos sociais de forma dialógica e engajada para alcançar a melhor versão fática dos fenômenos ocorridos e os melhores resultados jurídicos possíveis, com todos os atores sociais e políticos que formal e informalmente possam contribuir ou contribuam com argumentações públicas externas na rodada procedimental (*input*).

Nessa fase, adota-se o método de negociação, baseado em princípios que devem seguir as etapas necessárias para alcançar o acordo ou a deliberação: a análise por meio de colheita, organização e ponderação dos dados, documentos e informações para realizar o diagnóstico do problema social; o planejamento para conseguir o acordo, que deve considerar os problemas das pessoas, os interesses mais importantes, os objetivos mais realistas, as opções adicionais e os critérios objetivos diferenciais para poder decidir.

Após as duas subfases da fase pré-deliberativa, começa a fase da persuasão racional deliberativa ou decisional com a discussão persuasiva, que representa o diálogo entre os atores envolvidos na busca de um acordo ou a acomodação dos interesses em jogo, de forma a permitir a participação de todos os envolvidos. Para isso, o Ministério Público dispõe de vários instrumentos persuasivos para coletar os argumentos, para desafiar-los publicamente e para mostrar-se como instituição aberta aos argumentos trazidos pelos interlocutores, como audiências, notificações, requisições etc. A subfase deliberativa envolve o engajamento coletivo dos partícipes para conseguir um acordo deliberativo fundamentado, que compreende a audição, o entendimento e a incorporação das razões dos demais partícipes e vice-versa. Os atores envolvidos têm, então, o dever de fazer uma argumentação franca e discordância autêntica na busca da melhor resposta ou de tentar uma opinião comum, que deve ser realizada por meio de acordo racional deliberativo, que é um instrumento para alcançar uma boa decisão, seguindo as premissas dos parágrafos 2.º e 3.º do artigo 3.º do CPC de 2015, que impõe aos juízes, advogados, defensores públicos e aos membros do Ministério Público, sempre que possível, a promoção de solução consensual de conflitos, como a mediação e

outros métodos de solução consensual, podendo-se incluir, nesse contexto, as rodadas procedimentais dialógicas ministeriais de concretização dos direitos sociais.

Antes mesmo da aprovação do CPC de 2015, o CNMP editou a Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, publicada em 27 de janeiro de 2015, que dispõe sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, que insere a instituição ministerial como ator do sistema de acesso à justiça, com as seguintes práticas autocompositivas: negociação, mediação, conciliação, práticas restaurativas e convenções processuais.

Na subfase pós-deliberativa, há a formalização do acordo deliberativo e fundamentado, que traduz o compromisso moral e político da deliberação provisória e considera o engajamento de todos os partícipes para captar e analisar todos os argumentos capazes de ser coletados, para pesquisar a melhor resposta com base em princípios e para buscar o acordo ou desacordo mínimo com a participação de todos os envolvidos, pois, como assevera Conrado Mendes (2013, p. 116), a moral imperativa de igual respeito provém, não do direito a voto, mas da capacidade de ouvir e de ser ouvido.

Com base nas virtudes dialógicas idealizadas para as cortes (MENDES, 2013, p. 126-139), formulam-se as virtudes da fase da persuasão racional deliberativa que devem ser seguidas pelos interlocutores nas subfases pré-deliberativa (curiosidade respeitosa<sup>280</sup>), deliberativa (acordo deliberativo<sup>281</sup>, modéstia cognitiva<sup>282</sup>, ambição cognitiva<sup>283</sup> e empatia<sup>284</sup>) e pós-deliberativa (responsividade<sup>285</sup>, clareza<sup>286</sup> e senso de falibilidade e provisoriedade<sup>287</sup>),

---

<sup>280</sup> A curiosidade respeitosa (*respectful curiosity*) compreende a capacidade de ouvir vários interlocutores com a preocupação de entender os argumentos lançados pelos participantes, mesmo que com a atuação inquisitorial do Ministério Público, considerando a vulnerabilidade política e a posição social de cada interlocutor, bem como a originalidade dos argumentos, de forma a garantir igualdade de tempo e oportunidade de manifestação.

<sup>281</sup> A formação de um pacto racional representa a convergência entre os participantes para buscar o acordo ou desacordo mínimo, que atenda a certo nível de respeito, compromisso para arguir e cooperar na concretização dos direitos humanos, com disposição para alcançar uma decisão acordada coletiva, comum ou supraindividual, com base em princípios, permitindo o desacordo apenas quando o acordo com fundamento principiológico não for possível.

<sup>282</sup> O exercício da modéstia cognitiva (*cognitive modesty*) está relacionado com a condição moral e lógica de preferência pela transformação e representa frequentemente o que a persuasão racional deliberativa e as concessões mútuas podem significar lógica e moralmente como certo ou justo.

<sup>283</sup> A ambição cognitiva (*cognitive ambition*) significa o outro lado da modéstia, por pregar a disposição institucional ou coletiva para lutar e persistir na busca da melhor decisão possível.

<sup>284</sup> A empatia (*empathy*) qualifica a ambição cognitiva pela capacidade de imaginar problemas que não tiveram seu ponto de vista formalmente ouvido e debatido no curso da rodada procedimental dialógica, que culminou em acordo, para que se possam ouvir as questões antes e depois da decisão.

<sup>285</sup> Reatividade (*responsiveness*) é a capacidade de dar respostas às escolhas morais que foram objeto do acordo deliberativo firmado entre os atores políticos e privados envolvidos.

<sup>286</sup> Para atender à clareza (*clarity*), os acordos deliberativos firmados têm de expressar, de forma simples, clara e persuasiva, o teor da deliberação pactuada para que se vejam as razões da decisão dialogicamente alcançada.

<sup>287</sup> O senso de falibilidade e provisoriedade (*sense of fallibility and provisionality*) é o desafio moral contínuo ao qual se submetem os acordos deliberativos firmados ou as deliberações alcançadas, como consciência do

visto que as rodadas procedimentais têm a finalidade de alcançar acordos deliberativos, que sirvam de última palavra provisória.

A fase procedimental de realização dos direitos humanos, que representa a eficácia social do regime de apropriação individual e coletiva do bem comum ou a efetiva prática de atos materiais fenomênicos para a fruição dos direitos sociais, e a fase de fiscalização ou controle, que consiste no monitoramento, na verificação e na constatação de que o direito social foi efetivamente realizado e apropriado pelos integrantes da sociedade, não são objetos específicos desta tese. Assim, a tese se propõe abordar as fases da iniciativa e da persuasão racional deliberativa no processo de concretização dos direitos prestacionais por meio do diálogo institucional dirigido pelo Ministério Público, para que se possa alcançar a teoria da exigibilidade imediata, contínua e gradual dos direitos sociais.

Como visto no capítulo 4, a concretização extraprocessual das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos por meio de atores extraprocessuais não é anárquica, irracional e tirânica, como afirmam alguns críticos que defendem as supostas três virtudes judiciais da resolução definitiva, do fórum de princípio e da força contramajoritária. De fato, essas virtudes não resistem a argumentos analíticos e empíricos que evidenciam o fracasso da Corte no exercício das virtudes judiciais e o sucesso de muitas interpretações extraprocessuais (WHITTINGTON, 2001b).

A concretização dos direitos humanos por meios extraprocessuais cria um ambiente de concretização voluntária e de maior aceitação da justiça substancial porque há a participação de cada envolvido, que faz uso de toda a racionalidade persuasiva para convencer os demais participantes do diálogo do acerto moral de suas razões em um ambiente propício à escuta e à fala autocompositiva, e não em um ambiente adversarial, em que as razões são mais de convencimento judicial, para excluir e mitigar a responsabilidade em um regime de substituição volitiva dos envolvidos pela vontade concreta de um terceiro imparcial, que, segundo a compreensão mais comum, tal substituição seria a ordem jurídica e seria o que os envolvidos deveriam ter decidido originariamente.

Na tutela coletiva extraprocessual, a legitimação ocorre não pelo devido processo legal e pelo julgamento de um terceiro imparcial, mas pelos instrumentos e procedimentos dialógicos (devido processo) que servem à formação persuasiva racional para alcançar as soluções jurídicas destinadas a equacionar lesões ou ameaças a direitos e interesses coletivos

---

potencial de revisibilidade da última palavra pactuada, em um processo incorrigivelmente interativo, o que representa a compatibilidade e conexão procedimental com a teoria da exigibilidade imediata, contínua e gradual dos direitos sociais.

disponibilizados aos legitimados coletivos eleitos pela ordem jurídica, especialmente ao Ministério Público, que, apesar de não julgar, é um sujeito imparcial na proteção da sociedade e da ordem jurídica e tem representação funcional por meio da legitimidade substancial e procedimental, o que inclui o diálogo institucional, conferida pela autonomia constitucional para dialogar com os demais ramos de governo, sem atuar em regime de substituição da autonomia da vontade, como faz o Poder Judiciário.

Essas são razões que, acrescidas às teorias do diálogo, legitimam substancial e procedimentalmente o Ministério Público como guardião do regime democrático, da ordem jurídica, do efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, responsáveis pela garantia dos direitos assegurados na Constituição, bem como dos direitos sociais e individuais indisponíveis, razão pela qual se passa a desenvolver os instrumentos ministeriais de atuação dialógica que o legitimam à defesa do interesse público e das demandas sociais.

## 6.2 PROCEDIMENTOS E INSTRUMENTOS DE INICIAÇÃO, PROVOCAÇÃO, INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO NO DIÁLOGO INSTITUCIONAL: FASE DA INICIATIVA E DA PERSUASÃO RACIONAL DELIBERATIVA

Examinadas as questões que envolvem representação funcional com a legitimidade procedimental (inclusive sob a perspectiva dialógica) e substancial da tutela jurídica extraprocessual, especialmente da instituição ministerial, e a aptidão histórica, prática e teórica do Ministério Público para concretizar as normas constitucionais e os direitos humanos por meio do diálogo institucional, como ator político detentor de autonomia constitucional bem definida, cabe analisar os procedimentos, instrumentos ou técnicas extraprocessuais que permitem essa atuação dialógica que visa a concretizar os direitos humanos, especialmente os direitos sociais, que são exigíveis de forma imediata, contínua e gradual ou progressiva.

A ordem constitucional brasileira, em vários incisos do artigo 129, atribui ao Ministério Público as seguintes funções extraprocessuais: 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 (III); expedir **notificações** nos procedimentos administrativos (*rectius*: ministeriais) de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da LC respectiva (VI); requisitar **diligências** investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (VIII). Além disso, de acordo com o mesmo artigo 129, o Ministério Público

exercerá 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 (IX). Tais atribuições foram reguladas pela LC n.º 75/93, especialmente nos artigos 7.<sup>o</sup><sup>288</sup> e 8.<sup>o</sup><sup>289</sup>, e pela Lei Ordinária n.º 8.625/93, em especial nos artigos 26<sup>290</sup> e 27<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> “Art. 7.º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: I - **instaurar inquérito civil** e outros procedimentos administrativos correlatos; II - **requisitar diligências investigatórias** e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas; III - **requisitar** à autoridade competente a **instauração de procedimentos administrativos**, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas” (grifo nosso).

<sup>289</sup> “Art. 8.º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I - **notificar testemunhas** e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II - **requisitar informações, exames, perícias e documentos** de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; III - **requisitar** da Administração Pública **serviços temporários** de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; IV - **requisitar informações e documentos** a entidades privadas; V - realizar **inspeções e diligências** investigatórias; VI - ter **livre acesso** a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; VII - expedir **notificações e intimações** necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; VIII - ter **acesso incondicional** a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX - requisitar o **auxílio de força policial**. § 1.º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal. § 2.º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. § 3.º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa. § 4.º As correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do STF, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do TCU ou chefe de missão diplomática de caráter permanente, serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso. § 5.º As requisições do Ministério Público serão feitas fixando-se prazo razoável de até dez dias úteis para atendimento, prorrogável mediante solicitação justificada” (grifo nosso).

<sup>290</sup> “Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir **notificações para colher depoimento ou esclarecimentos** e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, **ressalvadas as prerrogativas previstas em lei**; b) **requisitar informações, exames periciais e documentos** de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) **promover inspeções e diligências** investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior; II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie; III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los; V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório; VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas; VII - **sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação** em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade; VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção. § 1.º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça. § 2.º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo. § 3.º Serão cumpridas gratuitamente as requisições feitas pelo Ministério Público às autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 4.º A falta ao trabalho, em virtude de

Todos os instrumentos e as técnicas que a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional concedeu à instituição ministerial sempre foram interpretados como meios para investigação de crime e irregularidades a fim de punir os responsáveis e ajustar condutas. Porém, o que se propõe aqui é uma releitura desses instrumentos ou técnicas extraprocessuais tendo em vista a concretização das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos por meio do diálogo institucional, como modo de alcançar uma tomada de decisão coletiva por meio de um procedimento de natureza participativa, pactuada, persuasivamente deliberativa e moralmente acertada com um olhar preventivo, prospectivo ou inibitório, sem olvidar alguns aspectos retrospectivos, quando for de interesse da justiça distributiva dos bens comuns, especialmente no que se refere ao regime de apropriação individual ou coletivo de tais bens.

Considerando que a autonomia que é conferida constitucionalmente ao Ministério Público torna-o um importante ator político e burocrático, cujas decisões têm impacto significativo na estrutura de divisão das funções estatais entre os poderes e cuja função específica é tornar efetivas as exigências constitucionais e internacionais de concretização dos direitos humanos, convém refletir sobre a existência, a utilização e o funcionamento de tais técnicas e instrumentos colocados à sua disposição nas fases ou etapas do diálogo institucional.

Embora o diálogo seja pautado pelo respeito à autonomia da vontade individual ou coletiva, é necessária a utilização de instrumentos que possam viabilizar, estimular e até forçar o início, a manutenção ou o reinício do diálogo, quando se revelarem ineficazes os demais instrumentos de concretização dos direitos humanos. Assim, em alguns casos, o diálogo torna-se mais eficaz após a judicialização de uma demanda para buscar posterior autocomposição no processo judicial ou extrajudicial, bem como após a utilização de

---

atendimento à notificação ou requisição, na forma do inciso I deste artigo, não autoriza desconto de vencimentos ou salário, considerando-se de efetivo exercício, para todos os efeitos, mediante comprovação escrita do membro do Ministério Público. § 5.º Toda representação ou petição formulada ao Ministério Público será distribuída entre os membros da instituição que tenham atribuições para apreciá-la, observados os critérios fixados pelo Colégio de Procuradores” (grifo nosso).

<sup>291</sup> “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. **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” (grifo nosso).

instrumentos extraprocessuais, como notificação, diligência, recomendação etc. Com base nessa constatação, por vezes, a estratégia ministerial é a judicialização da demanda para depois buscar, continuar ou manter o acordo, mesmo nos casos em que há pouca probabilidade de sucesso na tutela jurisdicional, visto que é difícil iniciar, manter ou reiniciar o diálogo ou a negociação. Respondendo às críticas de anarquia interpretativa, segundo as quais a pluralidade de intérpretes causaria confusão no momento de decidir qual interpretação constitucional concretizar, defende-se a existência de instrumentos que permitem a coordenação procedimental do diálogo.

Assim, mesmo sem atrelar direta e exclusivamente qualquer um dos instrumentos à funcionalidade da atuação do Ministério Público, embora alguns preponderem em certas atuações ministeriais e fases procedimentais, verifica-se que os instrumentos, isolada ou conjuntamente, podem funcionar para iniciar e provocar, até com certa coercibilidade, o diálogo institucional. Iniciado o diálogo direto, alguns instrumentos podem servir para coligir informação, estimular e até pressionar a participação, permitir o exercício da racionalidade persuasiva visando ao acerto moral, bem como para admitir a formação e a formalização de acordo deliberativo, que funciona como deliberação política e coletiva provisória na concretização imediata, contínua e gradual dos direitos prestacionais.

Para iniciar e provocar o diálogo institucional em rodada procedimental, pode ser usada a notificação, inclusive sob condução coercitiva, a intimação, a recomendação, a requisição e até o ajuizamento de ação. A coleta de informações para instruir o procedimento a fim de estabelecer a convicção ministerial e dos demais participantes sobre os parâmetros do diálogo ou da investigação na persuasão racional pode ser obtida mais apropriadamente pelo instrumento da requisição, mas também pode ser obtida por meio de notificação, diligência, oitiva de interessado e testemunha, audiência extrajudicial, inquérito civil público, audiência pública etc.

Para estimular ou forçar o diálogo, o instrumento mais efetivo é a notificação. Caso haja resistência à participação, o envolvido ou a testemunha pode ser submetido à condução coercitiva e à responsabilidade penal por crime de desobediência. Outro instrumento muito utilizado na prática ministerial é a judicialização da demanda para sensibilizar o interlocutor sobre a necessidade de resolver o excesso de atividade inconstitucional ou a falta de concretização das normas constitucionais por meio do diálogo institucional extraprocessual para posterior submissão à homologação judicial. Foi o que ocorreu na negociação no caso Estado do Pará e algumas vezes nos casos Lixão do Aurá e Alepa.

A fundamentação ou a motivação do exercício da racionalidade persuasiva e deliberativa pode ser registrada de forma mais apropriada nas atas de audiência extrajudicial, nas petições dos interessados com o rol das razões necessárias à concretização dos direitos humanos, nos considerandos do acordo de concretização dos direitos humanos etc.

Os principais instrumentos para exercer a função de formação e de formalização do pacto ou compromisso negociado são o acordo de concretização dos direitos humanos (ACDH), a recomendação e o inquérito civil público, o qual pode ser utilizado para a concreção do direito questionado durante o curso da negociação ou instrução dentro do inquérito. No mesmo sentido, o ACDH e a recomendação são os principais instrumentos da deliberação política e coletiva pactuada e, conseqüentemente, da concretização do direito social e individual indisponível em negociação dialógica direta e a formalização do acordo representa a subfase pós-deliberativa.

Cabe esclarecer que boa parte dos instrumentos ou técnicas extraprocessuais inerentes à instituição ministerial para viabilizar o diálogo institucional em rodadas procedimentais não tem paralelo nas teorias do diálogo examinadas no capítulo 3. Na verdade, o diálogo é direto, envolve a Corte não como elemento essencial, mas como elemento acidental, e a conversação busca o acordo deliberativo e resolutivo da questão. Não se pode, então, falar em metáfora do diálogo, engajamento ou abordagem relacional, visto que a forma de comunicação nessa espécie de diálogo indireto é o engajamento de uma instituição que busca entender o que a Corte diz pelas razões acessórias ou pelas informações preambulares expostas no julgamento<sup>292</sup>. Por esse motivo, a correlação será indireta e adaptável de acordo com a técnica comentada.

Há instrumentos extraprocessuais que permitem o início e a provocação das fases procedimentais do diálogo institucional em rodadas procedimentais e a informação e a participação dos atores políticos no diálogo acerca das definições necessárias à concretização dos direitos sociais; outros servem à racionalidade persuasiva e deliberativa. Portanto, há instrumentos apropriados ora à fase de iniciação, ora à fase da persuasão racional deliberativa, ora a ambas. Em alguns casos, há instrumentos que atendem às fases de realização e de controle do direito prestacional que se busca efetivar (o que não interessa à presente tese).

Nesse contexto, cabe verificar a aptidão dos procedimentos e instrumentos extraprocessuais de acordo com as fases da concretização dos direitos humanos, de forma a conceber claramente instrumentos que permitem o início e a provocação das fases

---

<sup>292</sup> Essa afirmação não se aplica ao caso do ativismo dialógico na Colômbia e ao perito mediador nos Estados Unidos, onde o diálogo é direto, conforme exposto nas subseções 4.2.1 e 4.5.

procedimentais do diálogo institucional em rodadas procedimentais e a informação e a participação dos atores políticos no diálogo acerca das definições necessárias à concretização dos direitos sociais, compreendem: a notificação, a intimação, a inspeção, a requisição, a audiência extraprocessual, o inquérito civil e a audiência pública. Esses instrumentos permitem que se atinjam as fases de iniciativa e de persuasão racional deliberativa, bem como, em alguns casos, as fases de realização e de fiscalização, o que atende o disposto nos parágrafos 2º e 3º, do art. 3º, do CPC de 2015, que impõe, sempre que possível, a promoção da solução consensual dos conflitos, inclusive no curso do processo judicial.

### 6.2.1 Notificação

A notificação é o instrumento mais apropriado para provocar, iniciar e reiniciar o diálogo institucional, visto que é a forma que a instituição ministerial usa para comunicar-se externamente. Tem natureza jurídica (ministerial<sup>293</sup>) e é definido como ato de comunicação formal e expresso com a finalidade de cientificar alguém para comparecimento perante a instituição ministerial (SILVA, 2000, p. 141-142). A utilização dessa técnica para iniciar, persuadir racional e deliberativamente, provocar e forçar a participação no diálogo institucional conduzido pelo Ministério Público tem previsão normativa no artigo 129, VI, da CRFB, no artigo 8.º, I, da LC n.º 75/93 e no artigo 26, I, a, da Lei n.º 8.625/93, com função específica de colher depoimento ou esclarecimentos dos envolvidos, testemunhas, interessados ou responsáveis pela concretização volitiva de determinado direito humano.

---

<sup>293</sup> A natureza jurídica da notificação é de ato ministerial de comunicação formal e expresso para comparecimento perante a instituição, o que permite o início da realização da rodada procedimental. A evolução do Ministério Público demonstra certa confusão na classificação da instituição e de seus atos típicos dentro de uma das estruturas de poder já conhecida, em especial, do Judiciário e do Executivo. Essa confusão foi superada com a nova ordem constitucional de 1988, que garante à instituição autonomia e representação político-funcional para exercer funções importantes na ordem social e jurídica, como o zelo pelo efetivo respeito dos poderes e dos serviços de relevância pública responsáveis pela concretização dos direitos assegurados na Constituição, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, a concretização dos direitos sociais, coletivos (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e individuais indisponíveis. Assim essa confusão também abrange os atos praticados pelos membros e pelos gestores da instituição. A doutrina classifica-os basicamente como atos administrativos, mas essa é mais uma forma de ler o novo com as lentes antigas, visto que a instituição tem autonomia constitucional e age independentemente dos demais ramos de poder público. Por isso, a classificação escoreta é ato, procedimento ou negócio ministerial para o exercício da atribuição típica e própria do Ministério Público, sem que isso afaste a possibilidade de atribuições atípicas, como atos e processos administrativos de nomeação, exoneração de servidores e membros, correspondências e intimações em processo administrativo disciplinar (PAD) ou em licitações, processos licitatórios etc. Nesses casos, pode-se falar em atos administrativos praticados de forma atípica pelo Ministério Público. Por essa razão, doravante, todos os atos, procedimentos e negócios jurídicos praticados pelo Ministério Público em suas funções típicas serão considerados de “natureza jurídica ministerial”.

O não comparecimento injustificado do notificado ou a resistência imotivada, sem a constatação de vício no ato de comunicação para comparecimento, podem levar à condução coercitiva<sup>294</sup>, além de incorrer em crime de desobediência, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei<sup>295</sup>. Contudo, segundo precedente do STF na Ação Penal (AP) n.º 421 QO/SP<sup>296</sup>, essa prerrogativa pode ser afastada se o seu detentor não indicar data, hora e local, no prazo máximo de trinta dias injustificadamente ou não comparecer na data, hora e local por ela mesma indicados, momento em que a autoridade notificante pode submeter o destinatário da comunicação e beneficiário da prerrogativa à condução coercitiva.

Como afirmado, a notificação é o instrumento mais importante para inaugurar a rodada procedimental, pois tem o poder de coerção para fazer o diálogo deliberativo ocorrer diretamente, mesmo que o participante ou notificado exercite o direito de ficar em silêncio, conforme precedente firmado pelo STF no *Habeas Corpus* (HC) n.º 68.742/DF<sup>297</sup>, que consagrou o princípio da não produção de provas contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*. Deve-se, porém, evitar essa solução extremada para que o ambiente dialógico na rodada procedimental permita obter uma solução negociada em um acordo que possa servir de última palavra provisória.

Cabe ressaltar que a possibilidade de condução coercitiva em algumas hipóteses não são cabíveis ao Judiciário, visto que por atuar em regime de substituição dos envolvidos pode adotar técnicas de presunção, ônus da prova, revelia e outros instrumentos aplicáveis ao réu que atribuem efeitos negativos no regime de substituição judicial quanto aos fatos e às consequências jurídicas aplicáveis ao interessado relutante imotivadamente em comparecer ao

<sup>294</sup> Artigo 26, I, a, da Lei n.º 8.625/93, artigo 8.º, I, da LC n.º 75/93 e artigo 201, VI, a, do ECA.

<sup>295</sup> No caso do MPU, as prerrogativas são de envio da notificação pelo PGR ou autoridade delegada e de oitiva ou depoimento em data, hora e local designados pelo destinatário, se for o caso, quando se reportar ao Presidente da República, ao Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do STF, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do TCU ou chefe de missão diplomática de caráter permanente. No caso do MPE, essas prerrogativas são do Governador do Estado, dos membros do Poder Legislativo e dos desembargadores ou outras autoridades, dependendo de cada legislação específica.

<sup>296</sup> “QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL ARROLADO COMO TESTEMUNHA. NÃO INDICAÇÃO DE DIA, HORA E LOCAL PARA A OITIVA OU NÃO COMPARECIMENTO NA DATA JÁ INDICADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O NÃO ATENDIMENTO AO CHAMADO JUDICIAL. DECURSO DE MAIS DE TRINTA DIAS. PERDA DA PRERROGATIVA PREVISTA NO ART. 221, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Passados mais de trinta dias sem que a autoridade que goza da prerrogativa prevista no caput do art. 221 do CPP tenha indicado dia, hora e local para a sua inquirição ou, simplesmente, não tenha comparecido na data, hora e local por ela mesma indicados, como se dá na hipótese, impõe-se a perda dessa especial prerrogativa, sob pena de admitir-se que a autoridade arrolada como testemunha possa, na prática, frustrar a sua oitiva, indefinidamente e sem justa causa. Questão de ordem resolvida no sentido de declarar a perda da prerrogativa prevista no caput do art. 221 do CPP, em relação ao parlamentar arrolado como testemunha que, sem justa causa, não atendeu ao chamado da justiça, por mais de trinta dias” (STF. AP n.º 421 QO/SP. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Revisor: Min. Eros Grau. Julgamento: 22 out. 2009. Publicação: **DJe**-023, DIVULG 03/02/2011, PUBLIC 04/02/2011, EMENT VOL-02457-01 PP-00001).

<sup>297</sup> Pleno. Relator: Min. Ilmar Galvão. **DJ**, 2 abr. 1993.

chamado judicial. Nas hipóteses de instrução de processo judicial como é o caso de testemunha, a condução coercitiva é plenamente aplicável.

Como a instituição ministerial atua em regime de acordo para a concretização dos direitos humanos, a condução coercitiva tanto da testemunha como do envolvido direto faz sentido lógico para que se possa provocar o diálogo institucional.

### 6.2.2 Intimação

A intimação é o ato de cientificar alguém de fato ocorrido ou de ato praticado no inquérito civil ou em qualquer outro procedimento extraprocessual, consignando as decorrências de tal ciência, informando o ato praticado e permitindo reação ou possibilidade de apresentação de razões a favor ou contra o ato praticado, bem como para que o intimado faça ou deixe de fazer algo. Nesse sentido, observa-se que notificação e intimação não se confundem, pois, enquanto a primeira dá ciência da necessidade de comparecimento, na segunda, a ciência é de um ato praticado com a possibilidade de reação (MACÊDO, 2013, p. 348), estando mais afeta à fase da persuasão racional deliberativa, e não à fase inicial da rodada procedimental.

A intimação tem a função de exercitar a racionalidade persuasiva do diálogo, tendo em vista refinar os argumentos para encontrar a melhor resposta moral possível para a concretização dos direitos em discussão. Apesar de não ser sua função principal, a intimação pode ter como efeito indireto provocar o diálogo, visto que a ciência dos atos praticados leva os envolvidos a refletir sobre os atos materiais ocorridos na rodada procedimental aberta e sobre a possibilidade de chegar à última palavra provisória por meio de acordo.

Ambos os atos de ciência – a notificação e a intimação – têm de ser proferidos em um procedimento instaurado para a rodada procedimental em diálogo e com relação com o objeto do procedimento instaurado. A natureza jurídica da intimação é de ato ministerial de comunicação e de possibilidade de exercício da racionalidade persuasiva e deliberativa.

Os destinatários desses atos de ciência ou providências (notificação e intimação) são os responsáveis<sup>298</sup> pela concretização e/ou pela aplicação do direito humano não concretizado,

---

<sup>298</sup> Usualmente a doutrina chama os responsáveis pela concretização e/ou pela realização das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos “**investigado**”, “**inquirido**”, “**acusado**” ou “**denunciado**”, mas esses termos não se compatibilizam com a ideia de um Ministério Público resolutivo, concretizador e ator político e burocrático na condução do diálogo institucional. Assim, ao invés de perquirir o errado moralmente, deve-se procurar definir o que e por que concretizar, quanto isso custa, onde, quando, como e quem pode concretizar o direito, a norma ou a política pública em debate. Por isso, preferem-se os termos

as testemunhas, as vítimas (lesados), os peritos e técnicos e demais sujeitos que podem a qualquer título participar da rodada procedimental deliberativa para alcançar a última palavra provisória.

Isso evidencia que o Ministério Público tem instrumentos para iniciar ou provocar coercitivamente o diálogo institucional e para estimular e permitir o exercício da racionalidade persuasiva e deliberativa dos participantes, com a finalidade de concretização e de realização dos direitos humanos viabilizados pela rodada procedimental dentro do diálogo institucional presidido pelo órgão ministerial.

### 6.2.3 Inspeção<sup>299</sup>

Em um cenário em que se observa a não efetividade dos direitos humanos, a inspeção<sup>300</sup> é um ato material de natureza ministerial que visa fornecer informação para a construção da convicção ministerial e dos envolvidos na rodada procedimental e para o levantamento do caso concreto tendo em vista a persuasão racional deliberativa com a elaboração do diagnóstico e do planejamento e a formulação e a apresentação de critérios objetivos que possam influir na resolução negociada.

Essa técnica extraprocessual (de natureza jurídica ministerial) implica uma fiscalização *in loco*, realizada pessoalmente pelos membros do *Parquet* que, no exercício de suas funções e atribuições, podem ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio, que só podem ser afastadas com o consentimento do morador, em caso de flagrante delito ou por decisão judicial. Na inspeção, o membro do Ministério Público pode ainda requisitar o auxílio de força policial (MACÊDO, 2013, p. 349), serviços temporários de servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas de algum órgão que tenha afinidade com o objeto da rodada procedimental, como é o caso de perícia criminal, fiscal do trabalho, policiais etc.

A inspeção pode ser utilizada nas etapas do diálogo de início, informação, provocação e formação de convicção para a conformidade substancial e procedimental mediante o

---

“responsável” pela concretização e/ou pela realização do direito, “parceiro”, “colaborador”, “participante” ou “envolvido” aos termos clássicos “investigado”, “inquirido”, “acusado” ou “denunciado”.

<sup>299</sup> Esse termo é utilizado para designar as inspeções e diligências, que exigem, como ação material, o deslocamento do membro do Ministério Público até o local em que a irregularidade pode ser realizada, realiza-se ou realizou-se, à semelhança do que ocorre na inspeção judicial.

<sup>300</sup> Artigo 8.º, V e VI, da LC n.º 75/93 e artigo 26, I, c, da Lei n.º 8.625/93.

exercício da racionalidade persuasiva na rodada procedimental instaurada para a promoção de políticas públicas de concretização dos direitos humanos.

#### 6.2.4 Requisição

A requisição é um instrumento poderoso nas mãos da instituição ministerial, visto que é de cunho obrigatório e deve ser cumprida pelo destinatário. Seu descumprimento sujeita o destinatário à responsabilidade criminal por delito de prevaricação, desobediência ou por outro tipo penal, como é a hipótese descrita no artigo 10 da Lei n.º 7.347/85 (PROENÇA, 2001, p. 66), ou à necessidade de ingressar com medida judicial, como mandado de segurança (MS) e *habeas corpus* (HC), se desejar discutir judicialmente a natureza e a extensão do conteúdo da requisição para eximir-se da responsabilidade criminal (MACÊDO, 2013, p. 350-351).

A requisição é uma ordem legal de apresentação de documentos, de fornecimento de certidões ou de realização de exames e perícias (SOUZA, 2005, p. 111), de instauração de procedimentos administrativos, desde que não sejam de cunho disciplinar, bem como de divulgação de relatórios e de recomendações (PROENÇA, 2001, p. 67) e de auxílio de força policial.

Dessa definição, infere-se que o poder requisitório do Ministério Público é dividido em cinco grupos principais: requisição de documentos, certidões e informações; requisição de realização de exames e perícias, ou de prestação de outros serviços<sup>301</sup>; requisição de instauração de procedimentos administrativos na órbita de outros órgãos<sup>302</sup>; requisição de divulgação de relatórios e de recomendações dirigidas ao poder público, aos prestadores de serviços públicos ou de relevância pública asseguradores dos direitos constitucionais<sup>303</sup> (PROENÇA, 2001, p. 67); requisição do auxílio de força policial<sup>304</sup>. A requisição recomendatória será abordada em um momento específico.

Apesar da força e da utilidade da requisição como poder jurídico direto e autoexecutório para exigir uma prestação ou determinar que algo se faça, esse instrumento, de caráter mandamental, ordinatório e imperativo, tem, assim como a inspeção, limites constitucionais e nos direitos humanos, como a intimidade, a vida privada, a inviolabilidade de domicílio, a honra, a imagem etc. É preciso, pois, ponderar o uso dessa técnica de acordo

<sup>301</sup> Artigo 8.º, II e IV, da LC n.º 75/93, artigo 26, I, b e II, da Lei n.º 8.625/93 e artigo 8.º, § 1.º da Lei n.º 7.345/85.

<sup>302</sup> Artigo 7.º, III, e artigo 84, III, da LC n.º 75/93 e artigo 26, III, da Lei n.º 8.625/93.

<sup>303</sup> Artigo 129, IX, da CRFB, artigo 6.º, XX, e artigo 84, V, da LC n.º 75/93 e artigo 26, VII, e artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei n.º 8.625/93.

<sup>304</sup> Artigo 8.º, IX, da LC n.º 75/93.

com o tipo de convicção que se busca firmar (repressiva ou preventiva, demandista ou resolutive, ajuste de conduta ou concretização de direitos), em conformidade com a concretização dos direitos humanos e de acordo com a proteção constitucional, em especial, quando se está sujeito à reserva de jurisdição.

Assim, a atuação ministerial requisitória (ou de diligência) tem limites na inviolabilidade de domicílio e no sigilo de comunicação telefônica<sup>305</sup>, que podem ser superados por autorização judicial. Outro limite é a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da imagem (PROENÇA, 2001, p. 75-76), salvo se a informação pessoal for de algum hipossuficiente com o intuito de protegê-lo ou se a informação tiver sido vazada pelo próprio titular da informação que se busca proteger, caso em que a resistência à requisição ministerial não pode ser aceita.

A requisição também encontra limitações nas informações protegidas pelo sigilo profissional e naquelas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, bem como no direito à intimidade, na forma do artigo 5.º, X, da CRFB. Entretanto, o primeiro limite pode ser superado pela transferência de sigilo ao membro do Ministério Público, o que permite a argumentação de que não há quebra de sigilo, há, antes, sua transferência para a instituição ministerial (caso a informação seja para proteger o titular da informação, visto que, se for referente à atuação acusatória, pode ser alegado o direito de não autoincriminação<sup>306</sup>). No segundo caso, há a necessidade de determinar o que é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (PROENÇA, 2001, p. 77-79), por razões legais ou judiciais, mas só as vedações expressas na Constituição ou aquelas que decorrem diretamente dela podem limitar

---

<sup>305</sup> Apesar das críticas, o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, de acordo com a interpretação semântica do artigo 5.º, XII, da CRFB, parece ser absolutamente inviolável, pois nem à reserva de jurisdição está subordinada à quebra de sigilo, visto que apenas a comunicação telefônica foi, *prima facie*, excepcionada da inviolabilidade absoluta, pois a sequência na redação traz esse sentido, senão vejamos o texto: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, **salvo, no último caso**, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Porém, essa interpretação de considerar apenas as comunicações telefônicas como a única possibilidade de quebra de sigilo pelo meio judicial não parece ser a melhor; mostra-se acertada a interpretação segundo a qual a possibilidade de quebra de sigilo submetida à reserva de jurisdição envolveria o sigilo das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, ressaltando-se apenas o sigilo de correspondência, pois o último caso de que trata o conteúdo do dispositivo abrangeria todos os sigilos de comunicações (telegráficas, telefônicas e de dados) e não apenas as comunicações telefônicas, que seria a outra interpretação para o que seja o último caso.

<sup>306</sup> O STF, no HC n.º 68.742/DF, consagrou o princípio da não produção de provas contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere* –, que teve aplicação analógica a vários casos: 1) para impossibilitar que o silêncio fosse interpretado em desfavor do réu; 2) para garantir direito ao silêncio em CPI, para que o paciente não fosse preso ou ameaçado de prisão pela recusa de responder a pergunta que pudesse incriminá-lo; 3) para possibilitar que advogados participassem dos interrogatórios de maneira ativa, exercendo o contraditório e a ampla defesa; 4) para assentar que o indiciado não pode ser compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio (SILVA; MAGALHÃES, 2012, p. 91-92).

o poder de requisição, sendo inconstitucional lei ou decisão judicial que estabeleça de forma autônoma uma vedação às requisições ministeriais.

As razões limitadoras do poder de requisição e de diligência acima expostas não se aplicam ao sigilo fiscal ou bancário, que não está vinculado à intimidade pessoal e protege o interesse público arrecadatário ou o mercado financeiro ou de capitais.

O sigilo fiscal é inoponível ao Ministério Público desde a vigência das leis orgânicas ministeriais (LC n.º 75/93 e Lei n.º 8.625/93), que permitem amplo acesso a quaisquer informações, documentos e dados existentes nas fazendas públicas, sem que isso implique quebra do sigilo, que passa a ser de responsabilidade do membro da instituição. Do mesmo modo, o sigilo bancário também não pode ser oposto ao Ministério Público, por ter a instituição poderes investigatórios amplos autorizados na ordem constitucional e infraconstitucional para requisitar tais informações (PROENÇA, 2001, p. 79-81), especialmente quando se trata de defesa do patrimônio público, apesar de ter que ponderar o interesse público ou coletivo com os direitos individuais.

Nesse particular, cabe destacar o precedente do STF no MS n.º 21.729<sup>307</sup>, que negou a segurança impetrada pelo Banco do Brasil contra requisição do Ministério Público, com o placar de 6 (seis) a 5 (cinco) pelo indeferimento da segurança impetrada pela instituição financeira. Os votos vencidos de deferimento da segurança pautaram seu entendimento no sentido de que o atendimento à requisição ministerial sobre dados bancários violariam o art. 5º X e XII, da CRFB. Dos 6 (seis) ministros que formaram o julgamento majoritário, 4 (quatro) votos foram no sentido de que o caso concreto não se trata de sigilo bancário, mas de defesa do patrimônio público, visto que a questão versava sobre instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal com recursos públicos, enquanto 2 (dois) ministros votaram no sentido de que o sigilo bancário é inoponível às requisições ministeriais, por força do art. 129, VI e VIII, da CRFB e do art. 8º, II e IV e § 2º da LC 75/93<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> O STF decidiu que a ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público no artigo 129, VI e VIII, da CRFB, e no artigo 8º, II e IV, e § 2º, da LC n.º 75/93. Por isso, de acordo com o STF, não cabe ao Banco do Brasil negar, à instituição ministerial, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público (STF. MS 21729/DF. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Néri da Silveira. Julgamento: 5 out. 1995. **DJ**, 19 out. 2001, PP-00033, EMENT VOL-02048-01, PP-00067, RTJ, VOL-00179, PP-00225).

<sup>308</sup> Cabe aqui realçar que o precedente firmado no MS 21.729 não trouxe dentre suas razões de decidir uma autorização geral de inoponibilidade do sigilo bancário às requisições ministeriais, visto que quatro dos votos vencedores foram no sentido de não se tratar de caso de sigilo bancário, mas sim de defesa do patrimônio público e os dois restantes foram no sentido de ser inoponível ao Ministério Público o sigilo bancário, visto que

Não bastasse MS 21.729 tratar do poder de requisição ministerial em vários contextos, serviu ainda de precedente para a aplicação aos poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito<sup>309</sup> e de distinção (*distinguishing*), para não aplicação aos poderes instrutórios dos tribunais de contas<sup>310</sup>.

As duas técnicas – inspeção e requisição – têm a mesma natureza jurídica ministerial<sup>311</sup> e os mesmos destinatários das outras técnicas, o principal é o ator responsável pela concretização voluntária das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos. A requisição, como a inspeção, é instrumento muito útil para levantar informação, formar convicção, estabelecer critérios objetivos de negociação e permitir o exercício da racionalidade persuasiva deliberativa na rodada procedimental aberta, em que se busca ouvir todos os participantes para a tomada de decisão coletiva por acordo que venha a representar a última palavra provisória de natureza extraprocessual.

Ademais, a utilização de tais técnicas permite ao Ministério Público receber notícia-crime e notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, para promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas, a fim de firmar boas razões e deliberar coletivamente sobre a forma, o lugar, o prazo etc. de concretização dos direitos humanos, conforme preceitua o inciso I do artigo 27, parágrafo único, da Lei n.º 8.625/93. O recebimento de informações e razões por meio desses instrumentos de atuação dialógica ministerial também permite o exercício da racionalidade persuasiva deliberativa, para que se chegue a uma solução negociada, de maneira a suprir a falta de concretização dos direitos humanos ou a coibir o excesso de atividade irregular ofensivo a tais direitos.

---

há prevalência do interesse coletivo sobre o individual. Assim, mesmo que os votos majoritários sejam dissonantes, cabe asseverar que as razões que levam a instituição ministerial a requisitar informações bancárias não podem ser simplesmente esquecidas, visto que são razões presentes no julgamento do referido precedente, mas também não autoriza a ver nesse precedente uma permissão geral para quebra do sigilo bancário.

<sup>309</sup> Na Ação Cível Originária (ACO) n.º 730, o STF assentou o entendimento de que, apesar da omissão da LC n.º 105/2001, os poderes da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) estadual abrangem a quebra de sigilo de dados bancários, com base no artigo 58, § 3.º, da Constituição (STF. ACO n.º 730/RJ. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 22 set. 2004. **DJ**, 11 nov. 2005, PP-00005, EMENT VOL-02213-01, PP-00020).

<sup>310</sup> No MS n.º 22.801, o STF consagrou o entendimento de que, embora as atividades do TCU, por sua natureza, envolva a verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da CRFB, e por isso tais atividades justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, o artigo 5.º, X, da CRFB, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário (STF. MS n.º 22.801/DF. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Menezes Direito. Julgamento: 17 dez. 2007. **DJe**-047, DIVULG 13/03/2008, PUBLIC 14/03/2008, EMENT VOL-02311-01, PP-00167, RTJ VOL-00205-01, PP-00161, LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 488-517).

<sup>311</sup> A inspeção, de natureza jurídica ministerial, é ato material de investigação, enquanto a requisição é ato jurídico formal.

### 6.2.5 Audiência extraprocessual

Um instrumento que é utilizado cotidianamente, embora não seja referido pela legislação, pela doutrina ou pela jurisprudência, é a audiência extraprocessual, que tem natureza jurídica ministerial e muitas semelhanças com a audiência judicial. Presidida pelo membro do Ministério Público, a audiência extraprocessual tem como características a oralidade, a informalidade, a simplicidade, a negociação e a resolutividade. Nela pode-se exercitar o registro de informação para convicção dos partícipes, principalmente a racionalidade persuasiva para o acordo de concretização, com a estipulação de padrões objetivos, de técnicas para separar as pessoas dos problemas e para concentrar-se nos interesses, e não nas posições.

Apesar da falta de previsão expressa, a audiência extrajudicial é uma decorrência lógica dos demais instrumentos e poderes ministeriais, especialmente da notificação, que tem como finalidade o comparecimento perante a entidade ministerial, visto que não pode ser negado o meio de atuação ministerial imprescindível aos fins que lhe atribui a Constituição de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

A fundamentação teórica para a utilização dessa técnica está assegurada no que se denomina doutrinariamente “teoria constitucional de poderes implícitos” (*theory implied and inherent powers*), elaborada pela Corte estadunidense no precedente *McCulloch v. Maryland* e referendada pelo STF no Inquérito (Inq.) n.º 1968<sup>312</sup>, no HC n.º 85419/RJ<sup>313</sup>, no HC n.º 93930/RJ<sup>314</sup>, entre outros, e pelo STJ no Recurso Especial (REsp) n.º 738338/PR<sup>315</sup>, que tem o mandamento nuclear no sentido de que tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição, restrição ou garantia de um poder, dever ser

<sup>312</sup> A teoria dos poderes implícitos foi aplicada pelo STF exatamente para consagrar o poder investigatório do Ministério Público, conforme entendimentos consagrados inicialmente no Inq. n.º 1968/DF, no voto do Ministro Joaquim Barbosa, que, divergindo do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, consagrou esse entendimento, que foi confirmado nos demais precedentes que trataram da matéria posteriormente. Apesar de ter ficado assentado esse entendimento, o processo foi encaminhado à justiça federal do Maranhão em razão da perda do mandato eleitoral de deputado federal do denunciado (STF. Inq 1968/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15 fev. 2007. Publicação: **DJ**, 26 fev. 2007, PP-00359.

<sup>313</sup> Órgão julgador: Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 20 out. 2009. Publicação: **DJe**-223, DIVULG 26-11-2009, PUBLIC 27-11-2009, EMENT VOL-02384-02, PP-00252,.

<sup>314</sup> Órgão julgador: Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 7 dez. 2010. Publicação: **DJe**-022, DIVULG 02-02-2011, PUBLIC 03-02-2011, EMENT VOL-02456-01, PP-00018.

<sup>315</sup> Órgão julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgamento: 25 out. 2005. **DJ**, 21 nov. 2005, p. 292. Ficou aí assentado que a “interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste Órgão, independentemente da investigação policial”.

considerado implícito e entendido na própria disposição constitucional (MIRANDA, 2010, p. 378).

A hipótese da audiência extraprocessual é necessária na rodada procedimental instaurada com o diálogo institucional direto, para que se possa informar, exercer a racionalidade persuasiva, escolher os responsáveis pela concretização dos direitos e fazer o acordo de concretização dos direitos humanos ou chegar a outras deliberações.

É por meio dessa técnica que o diálogo ocorre da forma mais direta possível, com conversação para deliberação coletiva pactuada e propósito específico mútuo de tomar uma decisão coletiva, de chegar a um acordo, de resolver um problema ou conflito coletivamente, de promover políticas públicas, de persuadir os outros a considerar uma dada opinião ou tese como verdadeira, mais fundamentada ou a melhor ou de determinar em conjunto qual ponto de vista particular governaria as ações ou as decisões a serem praticadas ou tomadas.

Essa técnica permite responder diretamente às críticas terminológicas feitas ao “diálogo”, no qual não haveria conversação direta entre os partícipes. De fato, na audiência extrajudicial, os parceiros falam diretamente entre si, o que não é usual nas decisões judiciais constitucionais, apesar do registro histórico dos deslocamentos forçados na Colômbia, denominado “ativismo dialógico” (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010, p. 54), e das experiências de nomeação de peritos para a negociação de conflitos com os envolvidos e posterior submissão à corte nos Estados Unidos (LOPES, 2006, p. 234-235). Nesse sentido, na audiência extrajudicial, o diálogo institucional efetivamente acontece, com conversas diretas entre o Ministério Público e os atores envolvidos, que contam com estrutura e formalidades favoráveis à concretização dos direitos sociais.

Na realização da audiência extraprocessual de natureza ministerial, a presidência tem de ser assimétrica e sem lógica adversarial, para que cada participante reconheça o outro como igual participante para fazer propostas, para defender opiniões particulares e para tomar parte na decisão final; para que se instaure um processo de persuasão racional deliberativa, sem qualquer forma de coerção<sup>316</sup>, apesar das medidas coercitivas para provocar o diálogo, e para que o diálogo deliberativo leve à produção de algum julgamento, ação ou decisão prática, que pode ser objeto de acordos deliberativos entre os participantes.

---

<sup>316</sup> Deve-se lembrar que a instituição ministerial tem instrumentos de coerção para motivar a participação dialógica ou para que o diálogo se inicie, reinicie, como a notificação. Isso não tem, porém, qualquer implicação ou interferência na autonomia da vontade individual ou coletiva para anuir sobre a concretização das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos, o que garante certo sucesso nos diálogos institucionais com deliberações coletivas tomadas como última palavra provisória nas rodadas procedimentais iniciadas e findas pelo Ministério Público.

Em razão do caráter informal das atividades ministeriais, a audiência extrajudicial permite, com base no contato direto, que as reais chances de alcançar um acordo sejam aferidas com mais precisão, pois as negociações e as intenções são mais perceptíveis sensorialmente.

### **6.2.6 Inquérito civil público**

O inquérito civil público<sup>317</sup>, criado pela Lei n.º 7.347/85 (LACP), era caracterizado como procedimento administrativo (ou melhor, ministerial) investigatório, de utilização exclusiva do Ministério Público e apenas de caráter pré-processual, que se realizava extrajudicialmente, como meio de coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção que pudessem fundamentar a atuação processual do Ministério Público, para permitir a viabilização da ação civil pública, sem que pudesse servir a outros fins resolutivos ou extraprocessuais.

Entretanto, a atuação extraprocessual ou independente do Poder Judiciário teve início com a criação do TAC em 1990 ou do termo de concretização de direitos humanos, por meio do CDC, como instrumento extraprocessual, e tem seguimento garantido tanto pela Resolução n.º 118/2014, do CNMP, que consagra os instrumentos autocompositivos da negociação, mediação, conciliação, práticas restaurativas e convenções processuais, como pelos parágrafos 2.º e 3.º do artigo 3.º do CPC de 2015, que prevê a conciliação, a mediação e outros meios de solução consensual de conflito. Com essa nova utilidade do instrumento, ganhou-se importância extraprocessual e abriram-se novas possibilidades de resolutividade pela autonomia da vontade individual e coletiva ou sem recorrer ao regime de substituição judicial do caráter volitivo. O mesmo ocorre com a criação de outros instrumentos, como a recomendação, com a edição da LC n.º 75/93, a fim de assegurar a efetividade da tutela coletiva extraprocessual ou de servir de meio de prova para a tutela coletiva processual.

Na condução do inquérito, há a possibilidade de concretização dos direitos humanos discutidos durante a condução do procedimento. Quem preside a técnica extraprocessual de concretização, após o prosseguimento ou a condução dos atos materiais de convencimento,

---

<sup>317</sup> Há quem faça crítica ao nome “inquérito civil público”, preferindo o termo “inquérito civil”, porque não existiria inquérito civil privado (COSTA, 2013, p. 509), porém o adjetivo continuará a ser utilizado porque é a designação que lhe atribui a legislação. Não há incompatibilidade, mas redundância, visto que todo inquérito civil seria obrigatoriamente público, e o uso do adjetivo evita qualquer atualização futura, caso venha a ser criada alguma espécie de inquérito civil privado.

pode chegar à conclusão de que a concretização e a realização voluntária do direito violado efetivamente ocorreram, sem necessidade de utilização de outros instrumentos.

Na tutela extraprocessual, o inquérito civil é definido, tanto pela Res. n.º 23/2007, do CNMP, como pela Res. n.º 69/2007, do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (CSMPT), como de natureza unilateral e facultativa, 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. Como sua utilização é exclusiva do Ministério Público, com maior razão tem a natureza jurídica ministerial unilateral e facultativa de atuação, que instrumentaliza procedimentalmente a rodada de diálogo instaurada para se chegar à última palavra provisória de forma pactuada.

Com a característica procedimental mais acurada, esse instrumento tem maior aptidão para que se desenvolvam as fases das negociações da subfase pré-deliberativa e deliberativa: analisar o diagnóstico do conflito distributivo, planejar as ações para se alcançar uma boa deliberação pactuada e viabilizar aos participantes a comunicação direta entre si em busca de um acordo ou de uma acomodação dos interesses em diálogo.

As características dessa técnica extraprocessual são: titularidade exclusiva do Ministério Público; facultatividade quanto à instauração; formalidade restrita, visto que sua inobservância não invalida a demanda eventualmente proposta; inquisitividade, o que exclui o princípio acusatório, que garante o princípio do contraditório; publicidade mitigada, porque pode revestir-se de caráter sigiloso; autoexecutoriedade instrutória (PROENÇA, 2001, p. 32-40). Ressalvam-se as hipóteses previstas constitucionalmente de reserva de jurisdição, como é o caso da busca e apreensão domiciliar (GAVRONSKI, 2010, p. 300).

O procedimento é de titularidade exclusiva do Ministério Público, mas isso não impede que os outros legitimados coletivos procedam a levantamento de violações dos direitos sociais, podendo adotar todos os meios lícitos para esse fim, apenas não podem utilizar esse instrumento procedimental.

A instauração da rodada procedimental pelo inquérito é facultativa, por ter o instituto perdido seu caráter pré-processual, de forma a não ser obstáculo à judicialização de demanda sem a instauração do inquérito. A formalidade restrita demonstra que as normas que disciplinam a instauração e a tramitação têm apenas um caráter ministerial de organização interna da instituição, de sorte que a forma de aquisição das provas coletadas por meio de documentos e informações não tem qualquer implicação na validade da ação proposta, salvo a

vedação de obtenção de provas por meios ilícitos, que invalidaria apenas a prova e não o processo (PROENÇA, 2001, p. 34).

Deve-se ressaltar apenas a judicialização de uma demanda sem passar, por mínima que seja, por alguma tentativa de diálogo institucional tendo em vista à concretização do direito ameaçado ou violado, pois tal atuação milita contra a ideia de uma instituição resolutiva ou social, que tem como objetivo a promoção da justiça distributiva com primazia nos benefícios pertencentes aos mais necessitados<sup>318</sup>. Não tentar a resolutividade das violações ou ameaças dos direitos sociais submetidas ao diálogo, é preterir uma forma de efetivação do acesso à justiça marcada pela tentativa de esgotar todas as possibilidades políticas e jurídicas de resolução das questões que poderiam ser postas como soluções negociáveis no inquérito civil.

A natureza inquisitiva do procedimento permite sua utilização sem a obediência ao princípio do contraditório, visto que sua finalidade seria promover uma eventual ação civil pública, sem pretender aplicar qualquer sanção ao investigado e sem envolver litigantes. Essa ideia vem da aplicação analógica do regramento e da experiência do inquérito policial, em que o contraditório deve ser exercido no processo judicial, se for o caso, o que é confirmado pela jurisprudência do STF<sup>319</sup>. Porém, como seria um procedimento administrativo (ministerial), deveria atender aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência (PROENÇA, 2001, p. 35-39).

Apesar de consolidado, esse entendimento do inquérito também não se compatibiliza com a concepção de um Ministério Público resolutivo, por defender a antiga ideia de acusação ou de infrator e até por comparar ao inquérito policial, sem a compreensão no sentido de concretizar o direito extraprocessualmente com a participação de todos os envolvidos de

---

<sup>318</sup> Mesmo após a judicialização da demanda, o Código de Processo Civil de 2015 e a Resolução nº 118/2014, do CNMP trazem a prevalência da resolutividade extrajudicial sobre a resolução judicial dos conflitos, dando preferência à autocomposição em relação à heterocomposição, ao prever a necessidade processual de realização de audiência de conciliação e mediação no artigo 334, após a petição inicial e antes da contestação. A interpretação dessa prevalência decorre da força normativa de algumas normas da Lei n.º 13.105/2015, especialmente do artigo 319, VIII, que prevê como requisito da petição inicial, a necessidade de o autor fazer a opção pela realização ou não de audiência de conciliação e mediação; do artigo 334, *caput*, que prevê a designação da referida audiência após o ajuizamento da ação, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de indeferimento liminar do pedido; do § 4.º, incisos I e II, do mesmo artigo 334, que prevê a não realização da audiência autocompositiva apenas se ambos os demandantes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou se não admitir a autocomposição. Obviamente que o balizador dessa prevalência é a vontade dos demandantes de não utilizar os instrumentos autocompositivos, mas a possibilidade de prescindir processualmente dos métodos autocompositivos não se compatibiliza com a ideia de um Ministério Público resolutivo, razão pela qual deve o órgão ministerial usar essa força normativa processual para buscar a autocomposição dos conflitos sociais ou forçar o diálogo institucional no campo extraprocessual, mesmo recorrendo à judicialização da demanda.

<sup>319</sup> STF. HC n.º 69372/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 7 maio 1993. Seção I, p. 8328.

forma dialógica para se alcançar o acordo de concretização dos direitos humanos. Portanto, a manutenção desse entendimento inquisitivo impede a fase da racionalidade persuasiva deliberativa com base em um pacto escrito e fundamentado, razão pela qual o exercício do contraditório ou das virtudes das subfases da persuasão racional deliberativa de curiosidade respeitosa, do acordo deliberativo, de modéstia cognitiva, de ambição cognitiva, de empatia e de responsividade, parece consentâneo com o entendimento aqui defendido para que se possa dialogar racionalmente, sem judicializar diretamente a demanda.

Do mesmo modo, essa equiparação traz ainda o equívoco de conferir natureza administrativa, e não ministerial, ao instrumento. A aplicação dos princípios constantes do artigo 37 da CRFB pode e deve ser alcançada por meio do inquérito civil, não porque o instrumento tenha natureza administrativa, mas porque se trata de um ato público, exercido por um sujeito imparcial, que age de forma impessoal na defesa da ordem jurídica e que adota a eficiência como critério de avaliação econômica dos bens coletivos. Por essa razão, a inquisitividade excessiva do procedimento deve ser combatida, cuja defesa só se justifica por outro fundamento, que é a possibilidade de iniciativa de ofício, sem necessidade de qualquer provocação para alcançar o sucesso nas rodadas procedimentais dialógicas de forma resolutiva na justiça distributiva do bem comum.

A publicidade mitigada decorre da possibilidade de o procedimento revestir-se de caráter sigiloso. Isso não contraria, porém, o princípio da publicidade, mas é uma exceção ao princípio, como se verifica em qualquer processo, inclusive o judicial, em que se decreta o sigilo por razões jurídicas aceitáveis, devendo ser dada publicidade à instauração, ao arquivamento e à eventual judicialização da demanda, ressalvadas as hipóteses em que a publicidade pode prejudicar o curso da investigação (ou melhor, o convencimento ministerial acerca das versões fáticas e da especificação do direito social em questão) (PROENÇA, 2001, p. 39). Essa questão foi objeto da Súmula Vinculante n.º 14 do STF, que confere ao defensor, no interesse do representado, o direito de ter acesso amplo aos elementos de prova adquiridos no procedimento.

A autoexecutoriedade instrutória é uma característica inerente a todos os instrumentos ministeriais atrelados ao poder investigatório (ou melhor, instrutório ou persuasivo de convicção) do Ministério Público na busca de formação de convencimento ministerial ou dos atores políticos envolvidos. Ressalvam-se algumas situações que são submetidas à apreciação judicial, como a entrega de documentos que se encontram no domicílio de alguém que se recusa a cumprir a requisição ministerial; nesse caso, apesar de ter implicações penais, a

entrada no domicílio do requisitado continua a depender de autorização judicial (PROENÇA, 2001, p. 40-41).

Com base na autoexecutoriedade instrutória, o Ministério Público pode, entre outras, exercer as seguintes atribuições instrutórias: utilizar-se de requisições de informações, sob pena de crime de desobediência, e de oitiva de testemunhas (e de depoimentos pessoais dos interessados), sob pena de condução coercitiva; realizar inspeções e diligências investigatórias e ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; expedir as notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; requisitar o auxílio de força policial, dentre outras (GAVRONSKI, 2010, p. 302-318).

Para atingir seu desiderato, o inquérito civil conta com as seguintes fases:

- a) instauração, que pode ser deferida ou não, conforme o convencimento ou não, pelo membro titular do procedimento, de lesão ou ameaça a direitos sociais ou individuais indisponíveis noticiadas – fase da iniciativa e da subfase pré-deliberativa da fase da persuasão racional deliberativa do diálogo institucional;
- b) instrução, para coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção que possam fundamentar a atuação extraprocessual dialógica ou processual do Ministério Público, a fim de especificar e concretizar as normas constitucionais e as políticas públicas que visem à efetividade dos direitos humanos prestacionais ou individuais homogêneos, além de outros – etapa que compreende as subfases deliberativa e pós-deliberativa da fase da persuasão racional;
- c) arquivamento, que deve acontecer após esgotadas todas as possibilidades de diligências, convencendo-se o membro do Ministério Público da inexistência de fundamento para a tutela extraprocessual ou processual – o arquivamento deve ser submetido aos órgãos de supervisão e controle da instituição e, se não homologado, outro membro será designado para atuar na proteção do direito que se investiga<sup>320</sup> – etapa do inquérito que não tem paralelo nas fases do diálogo

---

<sup>320</sup> Cumpre observar que a atuação proativa do Ministério Público não necessita de qualquer autorização, nem depende de qualquer vinculação a outro órgão interno ou externo à instituição, podendo o membro instaurar rodada procedimental por meio de inquérito civil, procedimento promocional ou qualquer outro em qualquer área autorizada pela Constituição. Entretanto, para a inação ou a promoção de arquivamento, faz-se necessária uma dupla conformação de autoridades ministeriais ou de uma ministerial e outra jurisdicional, se judicializada estiver a questão, de forma que uma autoridade não pode tomar a decisão de não decidir só, salvo alguma exceção muito específica, como é o caso de indeferimento, no prazo máximo de 30 dias após a instauração da notícia de fato, na forma do artigo 5.º da Resolução n.º 69/2007 do CSMPT. Assim, para o arquivamento de inquérito civil no âmbito ministerial, é necessária a dupla conformação ministerial uma do presidente do

institucional, salvo se o acordo ocorrer em virtude de estratégia resolutive de concretização no curso do procedimento, momento que compreende a subfase pós-deliberativa, por ser uma espécie de formalização do acordo deliberativo de concretização dos direitos sociais;

- d) ajuste de conduta, agora denominado “acordo de concretização dos direitos humanos” (ACDH), que visa à adequação, ao estímulo e ao incentivo preventivo da conduta para efetivar as normas ou à fixação da responsabilidade pela concretização dos direitos humanos (em caso de conduta ameaçadora de lesão a direitos coletivos), à reparação do dano (em caso de tutela jurídica ressarcitória) e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser reparados – passo que abrange o fim da subfase deliberativa e o início da pós-deliberativa da fase da persuasão racional, quando ocorrer a formalização do acordo;
- e) ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário, que transforma o inquérito civil em procedimento de acompanhamento do trâmite processual, se for necessário, o que desloca a concretização do campo da autonomia da vontade dialogada para o campo da substitutividade da autonomia da vontade por um terceiro imparcial – etapa do inquérito que pode representar a admissão do fracasso resolutive do diálogo institucional, caso não se obtenha o acordo ou o desdobramento das fases seguintes à fase da iniciativa por permitir uma nova chance de dilação da rodada procedimental instaurada ou caso não seja uma forma de pressionar o diálogo extraprocessual.

Com exceção da última fase, que está fora da atuação resolutive ou extraprocessual do Ministério Público, salvo se usado estrategicamente para forçar o diálogo, e da instauração, que representa a fase inicial do procedimento dialógico, a instrução e o acordo de

---

inquérito e de outra autoridade da estrutura do Ministério Público, como o CSMPT, conforme preceituam os parágrafos do artigo 9.º da Lei n.º 7.347/85, ou a Câmara de Revisão e Coordenação do MPT, nos termos dos parágrafos e do *caput* do artigo 10 da Resolução n.º 69/2007, do CSMPT. Esse mesmo raciocínio aplica-se após a judicialização da demanda, em casos de desistência ou de abandono da ação, podendo o processo ser arquivado com a concordância do juiz, que representa a dupla conformação (procurador que desistiu ou abandonou e juiz que homologa o abandono ou a desistência). Caso haja discordância judicial, o Estado-juiz, por considerar improcedentes as razões ministeriais invocadas e por não ter sido cumprida a dupla conformação, fará remessa do inquérito ou de peças de informação ao procurador-geral, para que ele continue a demanda ou designe outro órgão do Ministério Público para assim proceder ou insista no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender, por aplicação analógica das regras do artigo 28 do CPP; poderá ainda o juiz submeter o abandono, a desistência ou o arquivamentos às regras de arquivamento para os procedimentos extraprocessuais do Ministério Público, nos moldes acima descritos, de tal sorte que o princípio da dupla conformação e o da disponibilidade motivada das atribuições ministeriais sejam submetidos a outras autoridades internas ou externas à instituição nos procedimentos ministeriais (autoridades internas) ou nos processos judiciais (autoridades externas) em que haja desistência, abandono e arquivamento dos autos.

concretização guardam correlação com a fase da persuasão racional deliberativa, como rodada procedimental. As fases de realização e de fiscalização, embora não sejam abordadas pela doutrina, têm a natureza do inquérito, que permite a adoção de diligências, a requisição de documentos que comprovem a realização do direito e o controle ou a prestação de contas da realização. É o que pode ocorrer no controle de execução orçamentária por órgãos de controle orçamentário, financeiro e patrimonial, como no caso Alepa, em que a AGE/PA e o Tribunal de Contas do Estado estão incumbidos de prestar contas da aplicação de recursos destinados a cursos de aperfeiçoamento e à inserção de pessoas desempregadas no mercado de trabalho.

Quando se analisa a criação ou a concepção inicial do inquérito civil público, verificam-se fortes características do inquérito público de persecução penal, que tem fins exclusivamente investigatórios e natureza inquisitiva e punitiva. No inquérito público de persecução penal, o sigilo e a descoberta de atos infracionais servem para a responsabilização penal de quem praticou atos ilícitos pretéritos, à semelhança de cenários de “polícia e vilão”, sem que fosse concebida a participação dos envolvidos ou uma participação mitigada. Ora, essa concepção penal do inquérito civil evidencia psicologicamente uma lógica de persecução civil da irregularidade da mesma forma de pensar, o comportamento dos atores envolvidos no procedimento é de “cão e gato”, o que prejudica uma percepção da concretização dialógica e leva a uma resistência à concretização dos direitos pelos envolvidos ou pelos colaboradores.

Nessa concepção, os envolvidos na rodada procedimental são considerados inquiridos, investigados, denunciados ou algo semelhante. Constrói-se uma lógica de acusação e uma racionalidade persuasiva que eximem ou mitigam a responsabilidade e as consequências dos atos pretéritos atribuídos aos envolvidos, olvidando-se ou negligenciando-se a análise prospectiva e preventiva que garantiria a concretização dos direitos humanos prospectivamente.

Com o passar do tempo, adicionou-se ao instituto a premissa da resolutividade ou a concretização por meio do diálogo institucional. O foco deixou de ser a culpa, acompanhada das consequências que põem o interlocutor na posição de acusado ou de quem tem de sofrer por práticas passadas, e passou a ser a responsabilidade por **aquilo que** será concretizado e a resposta às questões sobre **quando, por que e onde** se decide e sobre **quem e como** vai concretizar ou aplicar o direito não efetivado. Além disso, começou a haver uma preocupação com o custo da decisão tomada e com as cominações necessárias, em virtude de eventual descumprimento do acordo.

A visão preventiva ou prospectiva não representa abandono da análise retrospectiva, que pode ser mitigada ou até eliminada, apenas muda o foco das preocupações ao atrair as

intenções, os engajamentos e envolvimento das instituições participantes da rodada procedimental que visa à concretização dos direitos. Por outras palavras, focaliza-se não a correção ou a punibilidade dos atos praticados, mas a prevenção. Alterando-se o foco principal, a concretização das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos deixa de ser compreendida com base na velha lei de talião, segundo a qual o responsável pela concretização dos direitos deve pagar com todos os rigores pelo que fez no passado. Quando se busca punir implacavelmente o responsável, esquece-se o futuro e perde-se a energia que deveria ser empregada na concretização do direito<sup>321</sup>. Essa é a percepção do instituo da delação premiada na seara penal, em que se mitiga a responsabilidade pretérita em prol da inibição futura do ato infrator.

Na teoria da decisão resolutiva, seja prospectiva, seja retrospectiva, a preocupação é exaurir as oito questões básicas do processo deliberativo: saber **o que, por que, onde e quando** se decide, **quem e como** decide, qual a **cominação** e o **custo** da tomada decisão e da concretização dos direitos, ainda que seja decidir não decidir. Na visão retrospectiva, essas questões buscam definir o que foi praticado e por que, onde, quando e como foi praticado um ato irregular, para se perquirir o custo e por quem tal ato foi praticado. Na visão prospectiva, as questões continuam as mesmas, mas voltam-se para atos do futuro, para definir o que concretizar e por que, onde, quando, como e por quem deverá ser concretizado o direito, sem esquecer o custo da concretização ou da realização, se for o caso.

Obviamente que a rodada procedimental de cunho dialógico e prospectivo, que se instaura com a abertura de um inquérito civil, está mais preocupada com a definição do “como se decide” – para que a racionalidade persuasiva incida sobre um composto de conteúdo (*output*) e de procedimento (*input*) – e do “quando se decide” – para também analisar o *output* (os efeitos temporais da decisão, retrospectiva, prospectiva ou ambas) e o *input* (o momento adequado para decidir) (MENDES, 2013, p. 54-60). Mas a rodada procedimental dialógica aqui defendida busca também responder a todas as oito questões suscitadas para que, pelo diálogo, seja possível definir e fixar a responsabilidade **do que é decidido e de quem, onde, como, quando e por que** decide e concretiza os direitos humanos, acompanhada da **cominação** e do **custo** da decisão coletiva deliberada, que são outros questionamentos importantes.

---

<sup>321</sup> Essa concepção não tem o condão de afirmar a possibilidade de não responsabilização dos agentes por atos pretéritos, tem apenas a pretensão de chamar a atenção para a visão prospectiva e preventiva no processo de concretização dos direitos humanos, em especial, dos sociais.

No diálogo institucional, a questão relativa à definição de “quem” decide e concretiza no inquérito civil toma por base a ordem jurídica, o regime democrático e a defesa dos direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis, que fixam parâmetros objetivos para imputar responsabilidade a quem decide e a quem concretiza. O conteúdo da decisão, que é representado pela resposta à questão “o que” é decidido ou o que é concretizado, está atrelado ao acerto moral que se busca no diálogo institucional pela racionalidade deliberativa persuasiva, podendo incidir sobre normas constitucionais, políticas públicas e direitos humanos segundo padrões da justiça distributiva. A cominação, o “como”, o “quando” e o “onde” se decide e concretiza são deliberados coletivamente, de acordo com os parâmetros constitucionais e infraconstitucionais, especialmente com base no princípio da proporcionalidade para negociar as cominações, o modo, o prazo e o lugar de concretização e realização. O “custo” da tomada de decisão e da concretização do direito é uma questão de direito financeiro e está sujeito a vários parâmetros objetivos, enquanto o “por que” se decide e concretiza depende da racionalidade persuasiva e representa uma combinação de razões procedimentais (*input*) e de razões substanciais (*output*), motivos que justificam o conteúdo da decisão e da concretização e realização em si.

A atuação ministerial nos cinco casos apresentados enfrentou algumas das oito questões analisadas: foi estipulado o responsável pela concretização (**quem?**), quais os direitos humanos e as políticas públicas impactadas (**o quê?**), o **porquê** de cada acordo (nos considerandos), o prazo para a conclusão (**quando?**), o local em que cada concretização deveria processar-se (**onde?**) e **como** se processaria a concretização e a realização de cada conteúdo negociado. A única questão que não foi considerada integralmente foi o valor monetário de cada deliberação concretizadora (**custo**), mas isso não atinge a rodada procedimental provisoriamente deliberativa.

O inquérito civil foi um dos instrumentos mais marcantes no novo perfil do Ministério Público, visto que deixou de ser uma técnica com a utilidade exclusiva de instruir um processo judicial para ser instrumento de concretização das normas constitucionais, de políticas públicas e dos direitos humanos, na esfera extraprocessual, ao permitir que os atores envolvidos dialogassem e acordassem, por meio de vários instrumentos, como a recomendação e o termo de concretização em rodadas procedimentais, que buscam a última palavra provisória sobre o caso concreto debatido racionalmente.

Hodiernamente o inquérito civil pode chegar a três resultados:

- a) o arquivamento motivado, porque não foi constatada a ausência de concretização ou porque a concretização foi alcançada por meio de acordo deliberativo não

formalizado em instrumento durante a rodada procedimental, o próprio inquérito civil representando um instrumento deliberativo e resolutivo ou concretizador, além de informativo, submetido a órgãos de supervisão e controle do Ministério Público;

- b) o acordo de concretização dos direitos humanos (ACDH), envolvendo o fórum de princípio e o de utilidade (tutela jurídica extraprocessual) – o resultado mais esperado e o que mais explora as oito questões da tomada de decisão, a fim de resolver o problema de falta de concretização e de realização das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos, visto que resulta de um regime dialógico entre os envolvidos;
- c) o ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário, que persegue os mesmos fins que se poderiam alcançar na autocomposição ou no regime dialógico que busca um acordo de vontades, mas não mais pelo acordo e sim por meio da tutela jurídica processual ou judicial – regime de substituição da autonomia da vontade dos envolvidos por um terceiro imparcial (esse resultado não é o foco da tese aqui proposta), quando estrategicamente não for utilizado como forma de perseguir o acordo político racional deliberativo na via extraprocessual.

Nos moldes anteriores, o segundo resultado não era cabível, porque o inquérito civil público era exclusivamente preparatório da via judicial. Na atualidade, o inquérito civil pode servir tanto à área processual como à extraprocessual, que é preponderante na resolução das questões enfrentadas pelo Ministério Público.

O inquérito civil público<sup>322</sup> é um excepcional instrumento de exercício da racionalidade persuasiva deliberativa e o arcabouço procedimental da rodada extraprocessual, servindo diretamente como técnica de informação para a formação da convicção dos participantes do diálogo institucional e, às vezes, como técnica de concretização e de criação dos direitos, quando se busca a concretização do direito durante a rodada procedimental sem a

---

<sup>322</sup> Antes da instauração do inquérito civil, outros procedimentos ministeriais preparatórios do inquérito podem ser utilizados, como a notícia de fato – representação – e o procedimento preparatório, conforme preveem, no caso do MPT, os parágrafos 7.º a 9.º do artigo 2.º e o artigo 5.º, *caput*, da Resolução n.º 69/2007, do CSMPT. Como esses instrumentos são coadjuvantes do inquérito e só existem em razão dele, deixa-se de tecer maiores considerações sobre essa fase preparatória de inquérito civil. Ressalta-se apenas que a notícia de fato é a representação inicial, que pode ter como resultado o indeferimento do pedido de instauração de inquérito. Quanto ao procedimento preparatório, que se submete à quase todas regras do inquérito, mas em menor proporção, é utilizado quando o Ministério Público, antes de instaurar o inquérito civil e de posse de informações previstas nos artigos 6.º e 7.º da Lei n.º 7.347/85, que podem autorizar a tutela dos interesses ou direitos mencionados no artigo 1.º da Resolução n.º 69/2007, quer complementar as informações, visando apurar elementos para identificar os investigados ou o objeto. Porém, independentemente do procedimento de atuação, o membro do Ministério Público pode utilizar qualquer dos instrumentos colocados à sua disposição.

necessidade de uma deliberação dialógica e coletiva formalizada ou explícita, visto que os entendimentos, os convencimentos, os acordos, as concretizações e as realizações vão ocorrendo durante o prazo do inquérito civil, de forma que, ao final desse prazo, a solução é concretizada.

Assim, o inquérito civil, que nasceu com cunho meramente investigatório de natureza pré-processual, transforma-se em um excepcional procedimento que pode ser explorado no diálogo ou na rodada procedimental, sob a responsabilidade ministerial. Presidido exclusivamente pelo Ministério Público e com finalidade concretizadora do direito, funciona como um procedimento de atuação em políticas públicas e confere legitimidade formal a todos os atos procedimentais praticados, à semelhança do processo judicial, só que, enquanto este busca a substituição da vontade concretizadora dos envolvidos, aquele busca o pleno exercício da autonomia da vontade concretizadora dos participantes e envolvidos no diálogo institucional.

### **6.2.7 Audiência pública**

A audiência pública tem origem no direito anglo-saxão, especialmente na ampliação hermenêutica do princípio clássico de assegurar ao indivíduo o direito de ser ouvido antes de uma decisão com potenciais impactos nos direitos e interesses dos envolvidos ou de terceiros interessados. Essa técnica permite a expressão da pluralidade que caracteriza as sociedades complexas da atualidade: a sociedade interessada e os legitimados coletivamente podem participar de forma ampla da audiência pública para firmar convicção acerca do problema a ser resolvido (GAVRONSKI, 2010, p. 318-319), permitindo a representação político-funcional do Ministério Público que ao lado da representação eleitoral forma a soberania complexa da sociedade. Nada impede que essa técnica seja desenvolvida dentro do inquérito civil público ou de qualquer procedimento para os fins lá colimados.

A audiência pública é, então, uma importante técnica para os argumentos aqui levantados, em especial, para a legitimação procedimental – ao permitir a participação ampla da sociedade e dos legitimados coletivos – e para a legitimação substancial – ao permitir a fluência de argumentos persuasivamente racionais advindo de todos os que vivenciam concretamente a dúvida instaurada na tutela jurídica de proteção dos direitos humanos, o que confere força legitimadora às soluções que se encaminham para a tomada de decisão dialógica pactuada ou acordada, visto que se defende o interesse público e as demandas sociais.

Esse instrumento tem previsão constitucional e infraconstitucional ligada ao processo legislativo (art. 58, § 2.º, II, da CRFB e Lei n.º 10.257/2001). Em matéria ambiental, esse instituto foi previsto antes da Constituição de 1988, pela Res. n.º 01/86, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e, posteriormente, nas Leis n.º 9.985/2000 e n.º 10.295/2001. Considerando o aspecto geral, a Lei n.º 9.784/99, por força de seus artigos 31 a 34, trouxe a possibilidade de aplicação da audiência e da consulta pública para a manifestação de terceiros, em processo extraprocessual. Embora tenha natureza jurídica ministerial quando utilizado pela instituição do Ministério Público, esse instrumento aproveita todas as situações prescritas para o processo administrativo.

A previsão desse instrumento para a Defensoria Pública veio expressamente na LC n.º 80/94, com a redação dada pela LC n.º 132/2009. A previsão de aplicação direta à instituição ministerial consta do inciso IV do parágrafo único do artigo 27 da Lei n.º 8.625/93 e do artigo 6º, XIV, da Lei Complementar n.º 75/93. Apesar da fundamentação legal existente, a audiência pública não depende de lei para ser utilizada e realizada por outros legitimados, pois não é exclusividade do Ministério Público e da Defensoria (GAVRONSKI, 2010, p. 330).

O CNMP editou a Resolução n.º 82, de 29 de fevereiro de 2012, regulando o procedimento da audiência pública no âmbito ministerial, que será realizada na forma organizada, aberta a qualquer cidadão, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão ou ameaça a direitos coletivos, com o fim específico de coletar, junto à sociedade e às instituições públicas, elementos de convicção que embasem a deliberação do órgão ministerial ou dos partícipes do diálogo institucional dirigido pelo Ministério Público.

As audiências públicas serão precedidas de edital de convocação, que, além de atender a publicidade ampla, conterà, no mínimo, a data, o horário e o local da reunião<sup>323</sup>, bem como o objetivo e a forma de cadastramento dos expositores e de participação dos presentes.

O resultado da audiência deverá ser registrado em ata e em relatório, que poderá conter as sugestões de arquivamento das investigações, celebração de acordo de concretização dos direitos humanos, expedição de recomendação, instauração de inquérito civil ou policial, ajuizamento de ação de caráter coletivo e divulgação das conclusões de propostas de soluções ou providências alternativas. Entretanto, as deliberações, opiniões, sugestões, críticas ou informações emitidas em audiência pública têm caráter consultivo e não vinculante, a fim de subsidiar a atuação ministerial, zelar pelo princípio da eficiência e assegurar a participação popular na condução do interesse público e do atendimento à demanda social.

---

<sup>323</sup> A reunião pode ser desdobrada, caso a audiência não encerre suas atividades em instante único, consoante precedente do TRF 3 (AC 200861000045380, Juiz Conv. Rubens Calixto, 3.ª T. DJF3 CJ1:15/07/2011, p. 503).

Essa técnica também tem aplicação processual, na forma das Leis n.º 9.868/99 e n.º 9.882/99, mas, como não é objeto direto deste capítulo, não se fará digressões acerca dessa aplicação do instrumento no âmbito jurisdicional, o que não impede a assertiva de que essa técnica pode e deve ser utilizada nas ações coletivas, em especial, na ação civil pública.

A audiência pública representa um dos instrumentos mais fortes de legitimação social (procedimental ou democrática) do Ministério Público, pois encontra fundamento na soberania popular direta, na forma do artigo 1.º, parágrafo único, da CRFB. É uma forma direta de exercício de poder pelo povo, por permitir que o cidadão apresente propostas, reivindique direitos, elimine dúvidas, solicite providências, fiscalize a atuação de instituições de defesa social e exija a observância de deveres constitucionais e infraconstitucionais (ALMEIDA, 2013a, p. 50-51). Esse instrumento foi pensado a partir da extensão do princípio da audiência individual, com debate oral e informal apesar de coordenado, permitindo o conhecimento e a manifestação sobre as medidas que afetam o interessado (RODRIGUES, 2011, p. 83).

Assim, a utilização dessa técnica por representantes do Ministério Público atende aos princípios constitucionais de legitimação procedimental: democracia (art. 1.º), soberania popular (art. 1.º, parágrafo único), publicidade (art. 37). A técnica deve ser usada como mecanismo de legitimação social da instituição (MACÊDO, 2013, p. 365). A legitimação substancial também é atendida pelo princípio da moralidade e da eficiência (art. 37 e art. 74, II); além disso, serve para concretizar com acerto ou justiça as normas constitucionais e políticas públicas que visam à concretização dos direitos humanos (defesa de demandas sociais).

Os princípios constitucionais que informam esse instrumento são: o princípio democrático, que impõe o fomento à participação (art. 1.º); o princípio da publicidade ampla, irrestrita e popular, com o mandamento nuclear de divulgação por todos os meios legítimos (art. 5.º, LX, e art. 37, *caput*); o princípio da prestação de contas (*accountability*) das medidas e dos resultados à sociedade por força do direito de petição (art. 5.º, XXXIV, a); o princípio da periodicidade, por ser um procedimento de exercício da soberania popular (art. 1.º, parágrafo único)<sup>324</sup>; o princípio da solenidade relativizada, por prescrever um procedimento que permita percorrer um *iter* de começo, meio e fim, mas sem que essa formalidade impeça,

---

<sup>324</sup> O princípio da prestação de contas das medidas e dos resultados e o da periodicidade conferem legitimidade procedimental e substancial às instituições que se utilizarem desse instrumento, em especial, ao Ministério Público, que também tem legitimidade substancial por atuar com esse instrumento na defesa do interesse público e das demandas sociais, evidenciando o atendimento ao princípio da prestação de contas *ex post* ou pelo resultado ou consequência.

limite ou dificulte o exercício da soberania (art. 37, *caput*); o princípio da não taxatividade em abstrato do objeto, que impede a limitação em abstrato do objeto a ser discutido (art. 5.º, § 2.º, *c/c* art. 127, *caput*, e art. 129, III); o princípio do prévio agendamento (ou planejamento), por exigir a designação antecipada com indicação de dia, local e horário que facilite o acesso ao público diretamente interessado (visto que o planejamento é obrigatório para o setor público (art. 174, *caput*)); o princípio da oralidade e da informalidade, que tem o mandamento nuclear de impor uma forma para facilitar a ampla participação e o debate do público interessado (em obediência à racionalidade persuasiva deliberativa), sem que isso implique ausência de registro formal dos atos da audiência (art. 37, *caput*, art. 127, *caput*, e art. 129, IX) (ALMEIDA, 2013a, p. 54-55).

No processo dialógico, essa técnica extraprocessual atende fortemente à participação dos envolvidos, individual e coletivamente considerados, e à racionalidade persuasiva pactuada dialogicamente, por permitir a todos a dedução dos argumentos mais variados possíveis acerca da questão debatida sem qualquer lógica adversarial, embora seu uso seja compatível com o processo judicial. Exemplos disso são a STA n.º 175 do STF (medicamentos e saúde), a ADPF n.º 54 (aborto de fetos anencéfalos) e a ADI n.º 3.510 (pesquisa com células-tronco embrionárias obtidas por fertilização *in vitro* etc.<sup>325</sup>), que demonstram que a audiência pública é um excelente instrumento de diálogo com a sociedade (ALMEIDA, 2013a, p. 58).

Assim, se o uso da audiência pública no processo judicial, que tem lógica adversarial, é bem-sucedido, a possibilidade de sucesso na via extraprocessual é extraordinária e plenamente compatível com os elementos de participação, igualdade, racionalidade persuasiva e acordo fundamentado exigido pelo diálogo institucional para alcançar a legitimidade procedimental e substancial de que a instituição ministerial precisa como poder burocrático e representação político-funcional para conduzir a rodada procedimental rumo à última palavra provisória no processo de concretização das normas constitucionais, internacionais e das políticas públicas que visam à concreção dos direitos humanos.

### 6.3 PROCEDIMENTOS E INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS POR MEIO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL: FASE DA PERSUASÃO RACIONAL DELIBERATIVA

---

<sup>325</sup> Na STA n.º 175, por exemplo, foi realizada audiência pública, convocada pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, em que foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os textos e debates realizados nas audiências públicas constam no *site* do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 21 out. 2014.

Como afirmado anteriormente, a existência de vários instrumentos de atuação ministerial dialógica com aptidão às fases do procedimento de concretização dos direitos sociais permite verificar a aptidão de alguns instrumentos à fase de iniciação, à fase da persuasão racional deliberativa ou a ambas. Nesse sentido, os instrumentos que mais atendem à fase da persuasão racional deliberativa são: o acordo de concretização de direitos humanos, a recomendação e os procedimentos promocionais de políticas públicas.

### **6.3.1 Acordo de concretização de direitos humanos (ACDH) ou compromisso de concretização de direitos humanos (CDH)**

Os conflitos distributivos, que são tratados pela proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no atendimento às necessidades humanas, podem ser resolvidos por meio de acordo ou compromisso, conhecido no direito romano como “pacto”. O acordo, compromisso ou pacto dos romanos representa a melhor solução para os conflitos de apropriação de bens indivisíveis por tornar possível a continuidade das relações entre os atores envolvidos (LOPES, 2006, p. 232), com a provisoriade necessária que o atendimento desses direitos exige, visto que a adjudicação judicial ou o regime de substituição judicial tem caráter rígido<sup>326</sup>.

Para alguns, o TAC (*rectius*: termo de acordo de concretização de direitos humanos) é um instrumento utilizado para a resolução dos conflitos e lesões coletivas ainda no âmbito extraprocessual, com a fixação de obrigações e multas para o caso de descumprimento (CARELLI, 2011, p. 127). Mas sua função é ainda muito mais nobre, pois permite entregar a tutela jurídica extraprocessualmente, concretizando as normas constitucionais, as políticas públicas e os direitos humanos, especialmente os sociais, além de permitir a realização de acordos políticos gerais, amplos e impessoais com o Ministério Público, que atua como mediador ou conciliador de conflitos, enquanto se negocia e se procura a solução efetiva em rodadas procedimentais, o que se compatibiliza com o estímulo dos parágrafos 2.º e 3.º do artigo 3.º do CPC de 2015 e da Resolução nº 118/2014, do CNMP, com a persecução das soluções consensuais de conflitos, por meio da mediação, da conciliação e de outros métodos,

---

<sup>326</sup> Como afirmado em outro momento, a utilização de acordo, compromisso ou pacto no diálogo institucional promovido pela Corte teve registro histórico nos Estados Unidos, com a nomeação de perito para negociar e submeter a minuta resultante do diálogo à Corte (LOPES, 2006, p. 234-235), e na Colômbia, com a abertura pela Corte de uma fase de prosseguimento para discutir as alternativas de políticas públicas a fim de resolver os problemas estruturais identificados na decisão (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010, p. 54-57).

tais como, negociação, práticas restaurativas e convenções processuais, para a efetiva e resolutive solução dos problemas sociais por meio dialogal em rodadas procedimentais.

A possibilidade mais conhecida de ajuste de conduta às exigências legais ou de acordo de concretização de direitos, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, está prevista no parágrafo 6.º do artigo 5.º da Lei n.º 7.347/85, cuja redação foi dada pelo CDC, Lei n.º 8.078/90. Entretanto, essa possibilidade foi inspirada no parágrafo único do artigo 55 da Lei de Pequenas Causas, Lei n.º 7.244/84. Posteriormente, com o artigo 211 do ECA, Lei n.º 8.069/90, editada antes do CDC, o instituto tomou as feições hoje conhecidas, com a carga valorativa voltada para a concretização de direitos humanos e o caráter resolutive da instituição ministerial ao desempenhar sua representação político-funcional ao defender as demandas sociais.

Diversos outros dispositivos versam sobre o acordo para tutela de direitos coletivos, como o artigo 53 da Lei n.º 8.884/94, Lei Antitruste (compromisso de cessação de atividade anticoncorrencial) e o artigo 79-A da Lei n.º 9.605/98.

Usualmente esse instrumento é denominado “termo de ajustamento de conduta”, porém a denominação traz, semântica e valorativamente, alguns equívocos.

O equívoco semântico diz respeito a vários aspectos. O primeiro deles é a confusão do instituto com o meio pelo qual se materializa o acordo formalmente por escrito (MACÊDO, 2013. p. 353). Por esse motivo, vulgarizou-se o nome “termo de ajustamento de conduta” (TAC), quando a denominação correta seria “ajustamento de conduta”, o que leva à eterna confusão semântica do ato pelo instrumento que o formaliza, como ocorre entre contrato e termo de contrato, empenho e nota de empenho etc.

Assim, o instituto conhecido como termo de ajustamento de conduta pode ter várias análises semânticas. Em primeiro lugar, “termo” é um documento de formalização, e não o acordo em si, razão pela qual a denominação não parece apropriada, conforme dito acima. Em segundo lugar, “ajustamento” significa o ato ou o efeito de ajustar-se ou conformar-se, bem como o acordo, trato, combinação, convenção, pacto, reconciliação entre pessoas desavindas; acomodamento ou concórdia. Em terceiro lugar, há uma referência à conduta, que se explica pela previsão no ECA, que versa sobre a conduta humana (GAVRONSKI, 2010, p. 379).

A palavra “ajustamento”, apesar da apropriação semântica em muitas situações, não abrange todas as hipóteses do instituto, como a hipótese de concretização sem desajustes de conduta. Na verdade, há muitas indefinições e falta de concretização de normas constitucionais e de políticas públicas, que o processo de maturação e concretização contínua ainda não permite alcançar a efetividade dos direitos humanos, levando à negociação ou

desenvolvimento contínuo de atos que necessitem de mais atividades materiais e procedimentais de especificação e individualização do direito, sem que se possa atribuir a um desajuste de conduta que precisa sofrer ajustamento. Por outras palavras, a criação de uma política pública ou o planejamento do atendimento progressivo a um direito social não necessariamente provém de algo desajustado, como foi o caso da destinação de dois milhões de reais para a realização de cursos para inserção de pessoas no mercado de trabalho para atender a uma política social no direito social do trabalho, pois não se estava discutindo desajuste em tais curso e tampouco sobre sua inexistência.

De qualquer modo o processo contínuo de rodadas procedimentais e última palavra provisória na progressiva concretização dos direitos sociais, que padecem de muitas indefinições e precisam de flexibilidade para se adaptar às novas circunstâncias, não se compatibiliza com a ideia de ajuste do que está errado, pois muitos acordos de concretização podem ser firmados no processo de acomodação de problemas distributivos pautando atividades ainda não idealizadas no processo de especificação do direito e sem qualquer referência a erro ou desajuste.

No segundo grupo semântico, a palavra “acordo” serve para representar bem o instituto, mas nem sempre resulta de desavenças, conflito ou tensão; por isso, a denominação “compromisso” parece mais apropriada, embora a palavra “acordo”, em certa medida, possa ser utilizada, ainda que a concretização dependa da promoção de políticas públicas, visto que do acordo decorrem compromissos.

Não há restrição séria à palavra “conduta” porque a normatividade sempre está a indicar a proibição, a permissão e a obrigação, que são basicamente condutas humanas, mas a ausência de referência à palavra “conduta” se mostra mais aceitável, visto que seu sentido semântico está muito vinculado à ideia de erro ou desajuste, apesar de o termo ter outros significados menos pejorativos. Por isso, a menção a “conduta” pode implicar crença de que é preciso consertar o que estava errado e, valorativamente, impregnar a convicção de que os participantes do diálogo conduzem a racionalidade persuasiva no sentido de negar a falta de concretização ou de eximir-se da responsabilidade por atos pretéritos e da indenização, descurando-se da tutela preventiva e da atribuição resolutiva do Ministério Público como ator político de representação funcional e autonomia constitucional para concretizar os direitos humanos, concebendo uma atuação de exigência contínua e progressiva de atendimento aos direitos sociais.

Dessa feita, o equívoco valorativo deve-se ao fato de o nome “conduta” remeter à antiga e quase exclusiva função ministerial de acusador público. De fato, o Ministério Público

desenvolvia ações materiais e extrajudiciais pré-processuais de natureza probatória – investigação da irregularidade, da infração ou do delito e identificação do infrator, do denunciado ou do acusado, a fim de corrigir sua conduta judicialmente, responsabilizando-o exclusivamente por atos pretéritos por meio de indenizações ou outras sanções, especialmente, penas privativas de liberdade. O órgão ministerial não dava atenção às funções preventivas, prospectivas, inibitórias ou de tutela específica para o futuro, nem focava a concretização dos direitos humanos e a exigência contínua de atendimento ao conteúdo específico do direito debatido, sem a persecução cega da indenização patrimonial. Com a mudança valorativa ocorrida após 1985, 1988, 1990 e 1993, a instituição ministerial com a representação político-funcional, tornou-se resolutiva, protetora do regime democrático, da ordem jurídica e guardiã dos direitos humanos, em especial, dos sociais e individuais indisponíveis, na seara extraprocessual, ainda que possa atuar na seara judicial com o mesmo ânimo resolutivo.

Com essa mudança valorativa, passou-se a buscar uma denominação compatível com as funções ministeriais resolutivas criadas pela ordem jurídica constitucional e infraconstitucional de proteção dos direitos humanos. Por essa razão, adotou-se a denominação “compromisso de concretização de direitos humanos” (CDH), visto que pode haver resolutividade sem acordo expresso, como é o caso de atendimento das exigências de concretização durante a rodada procedimental, que representa certo compromisso ou pacto de concretização, sem que se possa falar diretamente de acordo expresso, formalizado por escrito no “termo de compromisso de concretização de direitos humanos” (TCDH).

O “acordo de concretização de direitos humanos” (ACDH) será formalizado pelo “termo de acordo de concretização de direitos humanos” (TACDH). Embora se observe que há compromisso de concretização de direitos humanos e que o responsável pela concretização adota espontaneamente medidas para reparar sua conduta, ainda que não se fale diretamente em acordo ou ajuste, o termo “acordo” pode ser utilizado sem maiores problemas. Com efeito, o consentimento volitivo implícito ou explícito que ocorre durante a vigência de um inquérito civil ou de um procedimento promocional não deixa de ser um acordo tácito ou implícito, pois a espontaneidade tem a concordância ministerial monitorada; além disso, os compromissos são constatados com ampla maioria ou quase exclusivamente firmados por meio de acordo expresso, sendo exceção a prática de acordo implícito ou de compromisso unilateral no sentido concretizador dos direitos humanos. Por isso, adota-se o termo “acordo” ou “compromisso” sem qualquer receio, ainda mais porque foi o termo escolhido para

representar a fase pós-deliberativa do diálogo institucional (formalização do acordo deliberativo e fundamentado).

Parece, portanto, mais apropriado denominar o instituto “acordo ou compromisso de concretização” de normas constitucionais, internacionais e políticas públicas que versem sobre condutas, atitudes, atividades ou regulamentos para atender aos direitos humanos. Essa denominação permite ultrapassar a barreira psicológica segundo a qual o obrigado ou o participante responsável pela concretização do direito no diálogo institucional é alguém que estava fazendo algo contra a ordem jurídica ou que pode ser rotulado como infrator ou réu, dificultando a finalização de acordos que podem não ser firmados com base em barreiras psicológicas firmadas sobre o nome *juris* conferido ao acordo de concretização dos direitos humanos.

O acordo ou compromisso firmado nesses termos tem força de título executivo extrajudicial, tornando certa a exigência, pendente, em alguns casos, de liquidação ou de especificação das obrigações pactuadas, quando inadimplidas. A eficácia de título executivo do TACDH pode levar à conclusão de que o acordo é um equivalente jurisdicional, mas esse raciocínio parece estar invertido, pois a jurisdição, que tem função substitutiva da vontade originária dos envolvidos, é que se mostra como um equivalente do acordo deliberativo dos participantes ou de qualquer outro meio de solução de problemas pela autocomposição ou autotutela, nas hipóteses permitidas pela ordem jurídica.

A natureza jurídica do acordo é controvertida em razão da indisponibilidade dos direitos envolvidos, que admite certa flexibilização. Mas a definição do objeto de forma mais específica, da razão, do responsável, do custo, do modo, do tempo e do local para concretizar as normas constitucionais e as políticas públicas que tratam dos direitos humanos, e a definição das cominações legais por eventual descumprimento são negociáveis em virtude das indefinições inerentes aos direitos sociais, da autonomia constitucional ou representação funcional do Ministério Público, da autonomia coletiva dos demais entes legitimados pela ordem jurídica, da autonomia dos obrigados, dos participantes do diálogo ou ainda da autonomia e da legitimidade dos destinatários da norma e responsáveis pela concretização.

A controvérsia sobre a natureza jurídica do acordo ou compromisso de concretização é fruto de correntes divergentes que defendem ou negam o enquadramento ou a classificação do instituto como transação civil. Os que defendem o instituto como transação apoiam-se em sua função de prevenir ou de encerrar conflito, além de limitar o conjunto de questões (modo, tempo, lugar e cominações) que podem ser transacionadas. Os que negam alegam ser o instituto um negócio jurídico, pois a indisponibilidade objetiva do interesse negociado, a

legitimação subjetiva para o exercício individual do interesse protegido e a natureza, em regra, extrapatrimonial, desqualificá-lo-iam juridicamente como transação (RODRIGUES, 2011, p. 123-124).

Entre os que negam ao acordo a natureza jurídica de transação, encontram-se os que o defendem como:

- a) ato jurídico de reconhecimento da violação ou da ameaça a um direito transindividual por parte do agente da conduta (CARNEIRO, 1993, p. 236), de reconhecimento da necessidade de adequar a conduta do obrigado à lei (RODRIGUES, 1997, p. 84) ou de manifestação de vontade do obrigado, e não do órgão público, que só cumpriria o estritamente previsto em lei (CARVALHO FILHO, 1995, p. 137);
- b) negócio jurídico declarativo ou declaratório (SAMPAIO, 1999, p. 118) com margem para exercer a declaração de vontade e para determinar a forma de ajustamento à conduta legalmente exigida (RODRIGUES, 2011, p. 131-136)<sup>327</sup> e de natureza constitutiva ou como negócio jurídico de criação de direitos e de modificação da relação jurídica pelo ajustamento de conduta (LISBOA, 1997, p. 200);
- c) *negozio di accertamento* (no direito italiano), que elimina as controvérsias resultantes da lesão aos direitos protegidos e tem eficácia eminentemente declaratória (DINIZ FILHO, 1999 apud RODRIGUES, 2011, p. 125);
- d) conciliação concebida fora do processo (CARVALHO, 2005 apud RODRIGUES, 2011, p. 126).

O acordo é um negócio jurídico bilateral, pois pressupõe a união de vontades do obrigado ou do participante e do legitimado coletivo de natureza pública. O acordo tem limites decorrentes da indisponibilidade dos direitos transindividuais por parte dos legitimados coletivos quanto ao conteúdo, visto que as concessões só poderiam atingir as condições de tempo, modo e lugar, e não o próprio direito (RODRIGUES, 2011, p. 123) – o que não impede, porém, a autocomposição do que for possível, sem que isso represente transação, na forma conhecida pela ordem jurídica, no sentido de concessões mútuas. Por essa razão, não se aplicam as normas dos artigos 840 a 850 do CC ao acordo de concretização dos direitos humanos nas cláusulas indisponíveis (GAVRONSKI, 2010, p. 382-383).

---

<sup>327</sup> Nessa obra, a autora reconsidera a posição anterior quando defendia a natureza de ato jurídico.

Cabe lembrar que a indisponibilidade dos direitos individuais no plano coletivo pode ser mitigada ou compatibilizada com a utilização do acordo apenas em benefício dos afetados (excluindo-se as decisões de caráter coletivo que prejudiquem o plano individual, desde que não excepcionadas constitucionalmente), com a autorização da ordem jurídica para se acordar a definição específica do objeto, da razão, do responsável, do custo, do modo, do tempo, do local e das cominações necessárias para a concretização dos direitos humanos, com a possibilidade de afastar normas inconstitucionais no caso concreto por meio de acordo político racional e fundamentado e com a participação de instituições públicas ou privadas que têm legitimidade para dispor em certa medida de direitos sociais e coletivos, como o Parlamento, o Poder Executivo, os sindicatos etc.

Nesse contexto, o axioma de que interesse público ou coletivo não pode ser objeto de negociação precisa ser revisto nos processos de conflitos distributivos, pois há experiências de ordens negociadas ou de cumprimento gradual, progressivo e sujeito a acompanhamento, exatamente por tratar-se de questões relativas à apropriação de bens coletivos de caráter prospectivo, que dependem de resultados e cálculos previsíveis a curto, médio e longo prazo (LOPES, 2006, p. 234). Por essa razão, o acordo revela-se um instrumento excepcional para permitir essas espécies de rodadas procedimentais dotadas de última palavra provisória, que pode ter como objeto os interesses material e procedimentalmente disponíveis e em certa medida os interesses indisponíveis no grau de sua disponibilidade para se fazer um acordo deliberativo. A definição e delimitação do custo de concretização dos direitos humanos pelo Estado, usualmente seria indisponível em acordo, porém essa indisponibilidade começa a diminuir de grau ou medida, quando se acorda por meio ACDH ou recomendação ministerial a apresentação de um projeto de lei ou de emenda ao orçamento com o Poder Executivo ou a apreciação e aprovação desses projetos de lei com o Poder Legislativo, que detém legitimidade para dispor de tais interesses.

Apesar das inúmeras divergências sobre a natureza do instituto, verifica-se a necessidade de mostrar a independência jurídica específica do instituto de acordo de concretização dos demais negócios jurídicos, como transação, contrato etc. É certo que muitos elementos do ACDH são comuns a outros negócios jurídicos, mas isso não implica dizer que se deve obrigatoriamente enquadrar à força seus elementos, características ou efeitos em um dos negócios jurídicos existentes. Isso se deve ao hábito da humanidade de sempre querer ver o novo à luz de conceitos e definições então existentes. No caso, o tempo mostra a necessidade de considerar o instituto como algo novo e diferente, com elementos próprios que o distinguem dos demais.

Defini-lo como negócio jurídico é acertado, mas não considerá-lo como espécie desse gênero leva à confusão de querer classificá-lo por meio de outros negócios jurídicos, como é o caso de transação, o que se revela sem sentido, visto que o ACDH tem características próprias suficientes para que se possa afirmar que o acordo de concretização é um negócio jurídico autônomo e independente dos demais negócios jurídicos. Assim, o acordo de concretização é um negócio jurídico bilateral, com definição, elementos, características e efeitos próprios e autônomos, sem identificação completa com outros negócios jurídicos. Cabe, então, versar sobre alguns aspectos de direitos ditos indisponíveis, que o caracterizam como instituto próprio, a ponto de impedir a vã tentativa de ver nesse instituto outros negócios jurídicos.

Por outro lado, classificá-lo como um instituto genérico, como ato jurídico, negócio jurídico etc., é também outro equívoco quanto à sua definição e à sua natureza jurídica, pois negócio jurídico tem muitas espécies. Convém buscar uma localização certa, que permita descrever ou classificar o instituto com os elementos, características e efeitos que o tornam autônomo. Assim, chega-se à conclusão de que o acordo de concretização de direitos humanos, denominado pela legislação “termo de ajustamento de conduta”, tem natureza jurídica de acordo de concretização de direitos humanos, como espécie de um negócio jurídico bilateral, como algo novo que o identifica pelas suas próprias características sem paralelo nos demais negócios jurídicos.

Discorda-se, portanto, de quem o classifica genericamente como negócio jurídico bilateral. Não que isso esteja errado, mas não desce à especificidade do instrumento ou não o reconhece como categoria de negócio jurídico bilateral autônomo, com definição, elementos, características, previsão normativa e efeitos próprios, o que impossibilita classificá-lo de forma genérica ou forçar sua inserção em outros negócios e atos jurídicos. Por mais que haja alguns elementos de interseção, esses elementos não conseguem explicar por completo o instituto, especialmente porque só é firmado por órgão governamental, versa sobre direitos disponíveis e indisponíveis, com a possibilidade de superar parcial ou totalmente tal indisponibilidade, tem força de título executivo e previsão de cominações para o descumprimento etc.

No mesmo sentido, também se discorda da ideia de conferir ao instrumento natureza declaratória. O acordo ou o compromisso tem natureza ministerial constitutiva ou criadora para a concretização dos direitos humanos, visto que a sua utilização normalmente é ditada por conceitos jurídicos indeterminados, indefinidos ou abertos, que trazem aos direitos sociais a necessidade de se definir claramente todos os seus contornos de liquidação ou de especificação, como o objeto, o sujeito responsável, o modo, o local e o prazo de

concretização e de realização do direito humano que se busca efetivar, bem como as razões, os custos e as cominações.

Essa indefinição permite que se criem muitas relações jurídicas durante a tomada de decisão e o cumprimento da última palavra provisória expressa no acordo de concretização, seja como obrigação-meio, seja como obrigação-fim do Estado<sup>328</sup>. Assim, as várias cláusulas de concretização, a modulação dos efeitos dos atos, a proatividade para superar as ações e omissões inconstitucionais contrários aos direitos humanos e o modo como se concretizam tais direitos mostram claramente a natureza criadora do acordo, com a estipulação de políticas públicas. Nos casos Estado do Pará, Alepa e Lixão do Aurá, por exemplo, foram criadas as políticas públicas de educação indígena, de inserção de pessoas no mercado de trabalho e de proteção da infância, respectivamente. Vários doutrinadores germânicos defendem esse processo hermenêutico criador e interpretativo de concretização (BONAVIDES, 2004a, p. 604-608).

Diante dessas razões, afirma-se que o acordo de concretização de direitos humanos é uma espécie negócio jurídico autônomo, com natureza jurídica constitutiva com elementos, características, questionamentos, efeitos e previsão normativa sem qualquer necessidade de classificá-lo de forma genérica ou dentre os outros negócios jurídicos.

No negócio jurídico específico denominado “acordo de concretização dos direitos humanos”, a invalidade pode ocorrer por qualquer dos vícios do consentimento, como erro essencial quanto à pessoa ou coisa, dolo, coação, contrariedade à lei e, também, por falta de proporcionalidade (GAVRONSKI, 2010, p. 383) ou de razoabilidade na definição ou na concretização dos direitos coletivos.

O acordo é um instrumento dialógico de tutela coletiva extraprocessual, que tem a aptidão natural de aproveitar no plano individual, direta (direitos individuais homogêneos) e indiretamente (direitos difusos e coletivos), os terceiros titulares pessoais dos direitos defendidos, sem ter possibilidade de prejudicá-los. Essa característica afasta a interpretação restritiva nas transações, na forma do artigo 843 do CC.

---

<sup>328</sup> Não se devem confundir os deveres ou as obrigações que o Estado assume no exercício de seu governo para concretizar os direitos humanos sociais – denominadas “obrigações-fim” – com as obrigações assumidas na execução orçamentária da despesa (obrigações-meio). Enquanto as primeiras são obrigações de fazer, de não fazer ou até mesmo de dar, v.g., o dever de educação (art. 205 da CFRB), de saúde (art. 196), os demais direitos sociais, coletivos etc., as segundas são obrigações de dar o bem dinheiro, sendo por isso denominadas “obrigações de pagamento” (SILVA, 2007, p. 115). Por outras palavras, esses tipos de obrigações entrelaçam-se e são interdependentes, pois se trata de solução que, além de reconhecer um direito subjetivo e de dar ou entregar ou de obrigar um dar ou entregar alguma coisa ou quantia de dinheiro de forma contínua, ininterrupta, impessoal etc., exige meios para sua realização, como receita para custeio, pessoal e material para a sua concretização e realização, e poder ou competência para sua efetividade (LOPES, 2006, p 120).

Para garantir a efetividade do ordenamento jurídico, o acordo é firmado mediante cominações, que podem ser cláusulas penais, suspensão de atividades, obrigações de fazer acessórias em reforço ao bem tutelado, cassação de alvará, nulidade de atos que contrariem o compromisso, ou qualquer outra cominação que sirva para garantir a efetividade dos direitos tutelados extraprocessualmente, à semelhança das medidas de apoio constantes do parágrafo 5.º do artigo 84 do CDC e do parágrafo 5.º do artigo 461 do CPC. Obviamente que a cominação ou o efeito que surge diretamente da lei é a possibilidade de o título submeter-se às normas processuais de cumprimento forçado perante o Judiciário.

A legitimidade ativa para firmar o acordo é mais ampla que a do inquérito civil público e mais restrita que os legitimados coletivos, visto que parece decorrer da faculdade conferida aos órgãos estatais ou às entidades públicas de concretizar direitos sociais e individuais homogêneos ou indisponíveis ameaçados ou lesionados sem a participação do juiz. Entretanto, para garantir essa legitimação, deve-se aferir a representatividade adequada ou a pertinência temática do órgão ou da entidade pública, que deve ser analisada com base na coincidência entre a atuação no direito que se propõe a defender e as finalidades institucionais (GAVRONSKI, 2010, p. 388). Apesar de muito difundida e não se aplicar ao Ministério Público, essa limitação não deveria recair sobre o órgão ou a instituição diretamente, pois a defesa dos direitos humanos não deveria sofrer limitações, salvo se a falta de *expertise* ou de conhecimento comprometesse a definição ou a concretização dos direitos humanos, o que poderia ser anulado por outros fundamentos, que não a legitimidade. Ademais, a participação ministerial é obrigatória em demandas iniciadas por outros legitimados, momento em que qualquer vício de legitimidade pode ser suprido, uma vez que essa limitação não se aplica ao Ministério Público.

Os requisitos do acordo podem ser: existência, validade e eficácia. A existência pode ser aferida pela forma escrita e por um agente com atribuição para firmar o acordo. Resumem-se a quatro os requisitos de validade: agente com capacidade e legitimidade coletiva ou constitucional; objeto ou conteúdo em conformidade com a ordem jurídica, proporcional às peculiaridades do caso concreto e com a efetiva proteção do bem coletivo tutelado; ausência de vícios sociais e de vontade na formação do acordo; cominações para o caso de descumprimento.

Os requisitos de eficácia são os do título executivo, quais sejam: certeza, liquidez e exigibilidade. Certeza pela exigência de definição clara dos sujeitos, da natureza da relação e do objeto; liquidez pela necessidade de determinação, especificação ou quantificação das obrigações pactuadas (e também do modo, do prazo e do local de concretização). A

exigibilidade decorre da possibilidade de cumprimento das obrigações sem sujeição a termo ou condição (GAVRONSKI, 2010, p. 389-392).

Partindo dessa premissa, afirma-se que o acordo de concretização de direitos humanos é uma excepcional técnica extraprocessual de diálogo institucional, que os legitimados coletivos, especialmente o Ministério Público, utiliza para concretizar normas constitucionais e internacionais e ainda políticas públicas que versem sobre a efetividade dos direitos humanos, revelando-se um excelente instrumento da subfase deliberativa, que servirá de última palavra provisória, alcançando a subfase pós-deliberativa com a sua formalização, que deverá atender a todos os questionamentos do acordo, especialmente a fundamentação ou a motivação, que deve constar do termo que registra o pacto.

A função desse instrumento é expressiva, pois não só permite o diálogo, mas também instrumentaliza as racionalidades persuasivas, as deliberações e conclusões decorrentes da autonomia constitucional ou representação funcional do Ministério Público, da autonomia da vontade coletiva e jurídica dos envolvidos no diálogo institucional. São tomadas decisões sobre prazo, modo, lugar, cominações por descumprimento de obrigações constitucionais e de direitos humanos, e sobre outras questões (responsável, razões, custo e conteúdo), caso haja elementos a serem definidos ou especificados. Ademais, o acordo de concretização tem a função de servir como título executivo extrajudicial, permitindo a abertura de processo para fazer cumprir as obrigações alinhavadas no diálogo institucional extraprocessual perante o poder judicial. Neste caso, regime de tomada de decisão por meio – do diálogo institucional – passa a ser o regime de substituição das vontades dos envolvidos, exercido pelo juiz.

O acordo de concretização dos direitos humanos encerra uma rodada procedimental dentro do inquérito civil ou outro procedimento correlato e representa o principal instrumento de deliberação coletiva dialógica, funcionando como última palavra provisória, alcançada em acordo deliberativo, até que se instaure outra rodada, encerrada com outra deliberação, que passa a vigorar como a atual última palavra provisória em substituição da decisão anterior até então em vigência.

Essa técnica permite ao mesmo tempo alcançar as três ondas renovatórias de acesso à justiça: a gratuidade na assistência judiciária, a resolução dos conflitos de massa e a preocupação com a justiça da decisão, sem o apego exagerado à forma (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-73). De fato, a atuação dialógica ministerial permite o acesso à justiça ou à ordem jurídica justa, garantindo assistência judiciária aos pobres sem qualquer custo, defendendo os direitos sociais, difusos, coletivos e individuais indisponíveis e adotando uma concepção mais ampla de acesso à justiça em que se questiona a formalidade, a justiça das

decisões e a necessidade de participação de outros atores para garantir o acesso à justiça. Promove-se, assim, o diálogo institucional, em que todos os atores políticos e sociais podem apresentar seus argumentos em busca da correção ou do acerto moral da deliberação coletiva pactuada.

Essa premissa tem ganhado cada vez mais importância, a ponto de mudar radicalmente a atuação ministerial: antes inteiramente focado em processos judiciais como demandista ou sujeito imparcial interveniente, o Ministério Público passa a ter uma atuação resolutiva na defesa dos interesses públicos e das demandas sociais, atuando como *custos juris* e *custos societatis* na via extraprocessual.

A atuação resolutiva institucional é cada vez mais intensa nos procedimentos ministeriais. De acordo com dados publicados pelo CNMP e tomando por base apenas dois ramos do Ministério Público da União no ano de 2013, verifica-se que no MPF foram instaurados 19.794 (dezenove mil, setecentos e noventa e quatro) procedimentos e inquéritos, resultando na celebração de 231 (duzentos e trinta e um) acordos deliberativos. No âmbito do MPT, a atuação extraprocessual resolutiva foi bem mais significativa, com a instauração de 50.887 (cinquenta mil, oitocentos e oitenta e sete) procedimentos e inquéritos civis e celebrados 12.172 (doze mil, cento e setenta e dois) acordos deliberativos firmados, revelando uma perspectiva gradual e contínua de uma atuação ministerial extraprocessual ou resolutiva, como forma de otimizar os métodos de solução de conflitos por meio de acordo (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2014, p. 287-290 e p. 326)<sup>329</sup>.

Numa comparação de dados provenientes das atuações demandistas e resolutivas, uma pesquisa realizada no período de 2001 a 2004 na comarca de São Paulo sobre os procedimentos que tutelam o meio ambiente demonstrou que a via judicial é muito lenta e que a atuação ministerial resolutiva, por meio do inquérito civil público e do acordo de concretização de direitos humanos, é mais efetiva na resolução de conflitos ambientais. Assim, a pesquisa evidenciou que, das questões com atuação ministerial extraprocessual, 63% foram resolvidas por ACDH (última palavra provisória), 34% estavam em fase de negociação (em rodadas procedimentais) e apenas 3% foram ajuizadas. A pesquisa também demonstrou que o tempo médio de resolução de conflitos por meio de ACDH é de um ano e meio,

---

<sup>329</sup> Esses dados, caso sejam considerados os temas de atuação do MPT, representam a instauração de 87.356 (oitenta e sete mil, trezentos e cinquenta e seis) procedimentos e inquéritos civis e a celebração de 22.735 (vinte e dois mil, setecentos e trinta e cinco) acordos deliberativos por áreas temáticas de atuação ministerial, visto que um procedimento ou um acordo pode compreender mais de um tema (infância, trabalho decente, igualdade, irregularidade na administração pública, trabalho portuário, questões sindicais, fraudes trabalhistas etc.).

enquanto as ações civis públicas ajuizadas em 1997, 1998 e 1999 ainda estavam pendentes de julgamento até o ano 2005, respectivamente 60%, 80% e 100% (MIRANDA, 2010, p. 374).

Isso demonstra o sucesso do diálogo institucional presidido pelo Ministério Público na atuação extraprocessual ou resolutiva, que permite o acesso à justiça, como defendido na teoria das ondas de Cappelletti e Garth (1988), ao fazer uso dos instrumentos e técnicas de solução consensual de conflitos ou de concretização de direitos conferidos pela ordem constitucional e infraconstitucional, especialmente do acordo de concretização dos direitos humanos, e ao assumir a defesa da ordem jurídica, dos direitos sociais e do regime democrático, além de outras atribuições constitucionais igualmente importantes, no uso de sua representação político-funcional, obtendo resultados concretos com maior brevidade e economicidade e mais adequados à resolução dos conflitos de natureza coletiva que o processo judicial.

Por outro lado, a atuação extraprocessual ou resolutiva adequada, mesmo que fracassado o acordo deliberativo, pode permitir maior êxito na atuação judicial com a identificação da exata dimensão do problema, demonstração de tentativas de soluções extrajudiciais e amadurecimento dos pleitos a serem formulados em juízo. Ademais, não se pode esquecer a importância da atuação demandista ou processual, pois há uma evidente relação entre as tendências da jurisprudência e os resultados dos acordos deliberativos na esfera extraprocessual.

### **6.3.2 Recomendação**

A recomendação teve origem na ordem jurídica brasileira com a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), Lei n.º 8.625/93, por meio de seu artigo 27, parágrafo único, inciso IV. Posteriormente foi mencionada no artigo 6.º, XX, da Lei Orgânica do MPU (LOMPU), LC n.º 75/93, o que atende ao disposto no artigo 129, IX, da CRFB, que permite à instituição ministerial exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Recomendação é o instrumento escrito pelo qual o órgão ministerial indica, exorta, instrui ou orienta, sem a assunção imediata de resultado, pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, para que tratem de forma especial ou com certa consideração serviços públicos ou de relevância pública, ou, ainda, para que sejam respeitados bens,

direitos e interesses cuja defesa incumbe à instituição ministerial, fixando prazo para tanto, sendo obrigatória a resposta ao recomendado (BARBOSA SOBRINHO, 2003, p. 208).

O fundamento constitucional dessa técnica extraprocessual está também na teoria constitucional dos poderes implícitos, adotada inicialmente pelo STF no Inq. n.º 1968/DF, que respeitou o comando do artigo 129, III, da CRFB. Com base nessa teoria é atribuída ao Ministério Público a promoção de medidas implícitas necessárias à garantia dos direitos assegurados constitucionalmente e o zelo pelos poderes públicos e pelos serviços de relevância pública incumbidos de garantir os direitos previstos na Constituição. No Brasil, o Ministério Público corresponde à figura do *ombudsman* (defensor do povo), que historicamente vem do direito escandinavo (MIRANDA, 2010, p. 379). Por esse motivo, a recomendação é um ato ministerial, de utilização exclusiva do Ministério Público como função típica, razão pela qual sua natureza jurídica é de ato ministerial.

A recomendação deve ter forma escrita e pode ser expedida independentemente da existência de procedimento investigatório. É dirigida a qualquer pessoa, órgão ou entidade para que se manifeste, em determinado prazo, por escrito, informando sobre o respectivo atendimento. Entretanto, quando endereçada a algumas autoridades, deve ser feita pelo gestor máximo do órgão ministerial estadual ou da União, conforme prescrevem o artigo 26, § 1.º, da LONMP<sup>330</sup> e o artigo 8º, § 4º<sup>331</sup>, da LOMPU, pois, apesar de não constar no rol das hipóteses de encaminhamento ao Procurador-Geral, a recomendação tem o mesmo tratamento formal de uma comunicação oficial, o que se inclui no conceito de correspondência (GAVRONSKI, 2010, p. 349).

Deve-se observar que a recomendação é um ato jurídico ministerial unilateral e não se confunde com mero conselho, sugestão ou fato jurídico sem qualquer efeito, visto que é uma manifestação ministerial consciente, que expressa entendimento para a produção de consequências jurídicas, incluindo o cumprimento pelo recomendado (conselho e consequências). Entretanto, essa técnica extraprocessual não depende da vontade do destinatário, ela é desprovida de coercibilidade, de imperatividade e de autoexecutoriedade.

---

<sup>330</sup> “Art. 26. [...] § 1.º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça”.

<sup>331</sup> “Art. 8.º. [...] § 4.º As correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do STF, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do TCU ou chefe de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso”.

Assim, a recomendação não é uma ordem, uma requisição ou uma imposição de conduta, mas representa alerta, exortação, advertência, pedido de providência ou indicação de um problema identificado, propondo os meios para a respectiva correção ou prevenção. Por não ser uma ordem, não está a autoridade destinatária ou o particular obrigado a cumpri-la, mas deverá decidir assumindo as responsabilidades jurídicas, divulgando a recomendação e oferecendo resposta por escrito sobre aquilo que foi proposto (ALMEIDA, 2001, p. 145). Por outras palavras, embora a recomendação não obrigue o recomendado a cumprir os seus termos, serve como advertência ou exortação a respeito das consequências jurídicas e sanções cabíveis pela sua inobservância e representa todas as vantagens inerentes a uma solução extrajudicial de conflito: pouco custo, rapidez e eficácia (RODRIGUES, 2010, p. 217).

A recomendação poderá ter fim preventivo ou corretivo, caso o objetivo seja, diante de ameaças, evitar a prática de atos ilícitos e danosos ou, diante de lesões, adotar medidas para a reparação de dano (recomposição da lesão) ou revogação de atos (MIRANDA, 2010, p. 388). A finalidade da recomendação é indicar ao recomendado o entendimento jurídico do Ministério Público sobre determinada questão, localizada no *iter* do seu atuar. Com ela, busca-se evitar, por parte daquele a quem é dirigida, um comportamento que venha a por em risco ou violar os direitos sociais, a ordem jurídica ou o regime democrático em prejuízo dos serviços públicos, da relevância pública ou dos bens e direitos comuns ou individuais indisponíveis, cuja defesa é conferida à instituição ministerial pela Constituição.

As consequências que podem advir da resposta obtida são:

- a) o recomendado (no exercício da racionalidade persuasiva), usando argumentos jurídicos, convence o Ministério Público de que a recomendação é inviável, por não estar amparada no direito;
- b) o raciocínio jurídico que fundamenta a recomendação está baseado em fatos superados ou desconhecidos, os quais, se conhecidos, não teriam levado à expedição do ato ministerial;
- c) a causa da recomendação foi corrigida ou atendida;
- d) a causa da recomendação foi cancelada;
- e) o recomendado está convencido da legalidade de seu atuar (BARBOSA SOBRINHO, 2003, p. 215-216), mas, caso haja discordância ministerial, podem ocorrer alguns efeitos, como o ajuizamento de ação cível ou penal para apurar as responsabilidades inerentes ao não acolhimento da recomendação.

Outro efeito importante é colocar o destinatário em posição de inegável ciência da antijuridicidade de seu procedimento (ou da falta de concretização dos direitos humanos) e na

obrigação de dar resposta ao Ministério Público para que possa aplicar, pelas razões apresentadas pelo destinatário, a vinculação dos motivos determinantes (MIRANDA, 2010, p. 389-392), além de excluir a alegação de boa-fé do recomendado na apuração de responsabilidades posteriores e de vincular as razões apresentadas pelo recomendado, segundo a teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos.

A recomendação tem os seguintes efeitos:

- a) caracterizar o dolo para viabilizar a responsabilização penal;
- b) tornar inequívoca a demonstração da ciência da antijuridicidade do procedimento (ou da falta de concretização dos direitos humanos);
- c) permitir o autocontrole (*rectius*: controle de constitucionalidade dialógico) de atos da administração pública (ou de outra natureza, como a legislativa);
- d) caracterizar o dolo, a má-fé ou a ciência de irregularidade para a descaracterização da boa-fé por ato de improbidade;
- e) impelir, estimular, embasar ou apoiar atos de agentes públicos para atendimento da recomendação;
- f) servir de prova para o ajuizamento de demandas;
- g) vincular as razões apresentadas pela teoria dos motivos determinantes do ato administrativo;
- h) afastar a necessidade de prévia oitiva do ente público nas tutelas de urgência, quando respondida a recomendação ministerial, visto que a justificativa já foi fornecida na resposta ao Ministério Público (MIRANDA, 2010, p. 392);
- i) configurar crime de desobediência, prevaricação ou delitos previstos em leis especiais<sup>332</sup> pela ausência injustificada de resposta à recomendação (MIRANDA, 2010, p. 400);
- j) iniciar ou provocar o diálogo institucional entre o Ministério Público e demais atores políticos, além de permitir o exercício persuasivo pela exposição das razões.

Os requisitos de existência da recomendação são a forma escrita e a subscrição por um membro do Ministério Público. Os de validade são: o enquadramento em uma hipótese de garantia de direito, de bens, de zelo pelos poderes públicos e pelos serviços de relevância pública que são incumbidos de garantir os direitos previstos na Constituição (*ombudsman*), que compreendem os direitos sociais, o respeito à ordem jurídica vigente e a atribuição ou a

---

<sup>332</sup> Exemplo: artigo 10 da Lei n.º 7.347/85.

legitimação específica para endereçar recomendação à autoridade ou pessoa indicada, como é o caso da atribuição do procurador-geral para algumas autoridades.

Os requisitos de eficácia compreendem: a fundamentação fática e jurídica (para permitir a racionalidade persuasiva), o objeto determinado ou no mínimo determinável e a comunicação formal pelo agente que tem atribuição (GAVRONSKI, 2010, p. 353-354).

Os vícios que invalidam o instrumento são: o objeto ilícito, a falta de atribuição para endereçar a certa autoridade ou a falta de qualquer outro requisito. Porém, o único efeito que permanece em uma recomendação inválida é o afastamento da boa-fé do destinatário que, por meio desse instrumento, tomar ciência de fatos que seriam suficientes para a correção da pretensão (GAVRONSKI, 2010, p. 355).

A recomendação mostra-se, também, um instrumento excepcional de abertura, prolongamento, término ou reabertura de um diálogo extraprocessual que visa a concretizar normas constitucionais, políticas públicas e direitos humanos. A recomendação tem a função inicial de demonstrar aos demais poderes estatais ou aos particulares o entendimento da instituição do Ministério Público sobre a concretização dos direitos humanos, momento em que se permite que os envolvidos possam manifestar concordância ou discordância acerca da condução de concretização ministerial, por meio de razões persuasivas.

O instrumento recomendatório é também uma técnica que força a ocorrência do diálogo. Dentre suas principais funções, destacam-se: advertir da possível prática de um ato contrário ao entendimento ministerial acerca da concretização dos direitos humanos, servir para elidir qualquer alegação futura de boa-fé em demandas judiciais sobre a prática dos atos discutidos e requisitar uma resposta obrigatória acerca do entendimento ministerial, o que, conseqüentemente, provoca o diálogo direto não presencial.

Esse instrumento ministerial é mais forte que o aconselhamento da teoria do diálogo institucional de envio de recados e conselhos da Corte, de Katyal (1997, p. 1710), pois exige uma postura mais proativa. Como na atuação ministerial extraprocessual o diálogo é direto, a recomendação não precisa ser dada por meio do *obiter dicta* ou qualquer outro meio indireto, sendo o instrumento o próprio veículo de comunicação dirigido diretamente a quem o Ministério Público entende ser o responsável pela concretização dos direitos humanos. Com efeito, essa técnica extraprocessual tem flexibilidade e não é vinculante, pois, além do conselho, impõe conseqüências ao não acolhimento da recomendação.

A teoria do diálogo por conselhos jurídicos pode ser aplicada ao Ministério Público de forma mais forte e proativa, por meio de vários instrumentos, como a recomendação. Por meio da recomendação, o Ministério Público indica claramente a interpretação, a definição do

conteúdo, do responsável ou a forma, o prazo e o local de concretização de um determinado direito fundamental, podendo versar inclusive sobre o controle de constitucionalidade dialógico entre a instituição ministerial e os demais ramos de governo. Isso ocorreu no caso Alepa, quando o Ministério Público recomendou, de forma preventiva, a não aprovação de instrumento legislativo que seria inconstitucional, por violar o artigo 37 da CRFB, e à luz do entendimento do STF, por tentar tornar estáveis servidores que ingressaram no serviço público sem atender às regras do concurso, o que foi acolhido pelo Parlamento paraense.

Em que pese a crítica de que essa teoria na verdade impõe o entendimento da corte ao parlamento e aos demais ramos políticos, a teoria e o instrumento são aplicáveis à atuação ministerial dialógica, pela simples razão de que isso atua em rodada procedimental, como última palavra provisória, caso acolhida<sup>333</sup>.

---

<sup>333</sup> Numa visão que lembra a teoria dialógica de Katyal, a recomendação, apesar de pouco explorada pela instituição, tem sido utilizada para provocar o controle de constitucionalidade dialógico entre a instituição ministerial e os demais atores políticos do Estado por ação ou omissão de leis e atos normativos. No âmbito do MPT, em atuação conjunta com o MPE/PA, o instituto foi utilizado para dois fins. Em primeiro lugar, o instituto foi usado para iniciar o diálogo com o Poder Executivo do Estado do Pará e estabelecer regras para a concretização do direito ao ingresso no serviço público de forma impessoal, eficiente e moral, por meio de concurso público, que garanta o mérito dos aprovados e classificados. Após uma rodada procedimental bastante rica, o Estado do Pará editou a Portaria n.º 820/2013-PGE.G, de 13 de dezembro de 2013, editada pela PGE/PA, publicada no Diário Oficial do Estado (DOE) n.º 32.548, de 23 de dezembro de 2013, e a Portaria n.º 88/2014-GS/SEAD, de 7 fevereiro de 2014, editada pela Secretaria de Estado de Administração do Estado do Pará, publicada no DOE n.º 32.580, de 10 de fevereiro de 2014, acolhendo a Recomendação Conjunta MPT/MPE n.º 05/2012, que foi reeditada para comportar o acordo estabelecido na racionalidade persuasiva fundamentada entre o Ministério Público e o Estado, dando ensejo à Recomendação Conjunta MPT/MPE n.º 04/2013, de 9 de setembro de 2013, editada nos autos do IC 000531.2012.08.000/7-23. Em segundo lugar, o instituto serviu para exigir do parlamento municipal de Belém, capital do Estado do Pará, a aprovação de uma lei para criar 72 cargos públicos de provimento efetivo para a Fundação Papa João XXIII (Funpapa), com o intuito de atender à necessidade de labor nas atividades inerentes à fundação, que contava com servidores admitidos de forma precária – servidores temporários. O ACDH n.º 1186/2012, de 31 de outubro de 2012, tinha uma cláusula segundo a qual a Funpapa estaria obrigada a nomear até 31 de dezembro de 2012 os 72 candidatos aprovados no concurso n.º 01/2012, cuja nomeação dependia da aprovação do projeto de lei pela Câmara Municipal de Belém, enviado por meio da Mensagem n.º 13/2011, datada de 1.º de junho de 2011; se, na data aprazada, a lei não fosse aprovada, o prazo da obrigação passaria a ser de 90 dias após a publicação da lei. Porém, por questões políticas e vontade da oposição, o projeto de lei estava parado na casa de leis municipal havia mais de 18 meses, o que levou o Ministério Público a editar a Recomendação Conjunta MPT/MPE n.º 01/2013, de 28 de fevereiro de 2013, que recomendava a aprovação do projeto de lei em 90 (noventa) dias, sob pena de apuração de responsabilidades de agentes públicos em respeito às normas previstas no artigo 37 da CRFB. A lei foi aprovada e publicada em menos de 4 meses após o recebimento da recomendação. Assim, a Lei Municipal n.º 9.013, que foi promulgada em 13 de junho de 2013 e publicada em 17 de junho de 2013 no Diário Oficial do Município de Belém, versa sobre a criação de 72 cargos de provimento efetivo no âmbito da Funpapa (PP 000969.2012.08.000/2-23). Outro exemplo ocorreu no Ministério Público de Minas Gerais, que, para a proteção do meio ambiente, editou recomendação para provocar a revisão legislativa por contrariedade aos artigos 225 da CRFB e 214 da Constituição Estadual de Minas Gerais (CEMG), provocando a alteração do artigo 155, VIII, do Código Ambiental do município de Governador Valadares, no Estado de Minas Gerais, que permitia a emissão de poluição sonora sem limites e em qualquer horário, adequando a disposição ao entendimento ministerial (MIRANDA, 2010, p. 386). Das situações ora apresentadas, infere-se que, no caso Alepa, houve controle de constitucionalidade dialógico preventivo, nos casos SEAD/PGE e Funpapa, controle de constitucionalidade dialógico preventivo por omissão e, no caso Governador Valadares, controle de constitucionalidade dialógico corretivo por ação inconstitucional do legislador.

Ademais, a crítica a Katyal parece insubsistente, visto que o controle de constitucionalidade repressivo também é um posicionamento da corte sobre atos dos demais ramos políticos e nem por isso há acusação de que os ramos políticos devem seguir o que as cortes dizem. Essa crítica parece privilegiar o controle repressivo ao preventivo, o que demonstra total dissonância com a resolutividade do Ministério Público e irrelevância do aspecto prospectivo na proteção dos direitos humanos, especialmente, os sociais e individuais indisponíveis.

Assim, essa técnica também atende às ondas de acesso à justiça por recomendar aos envolvidos a concretização de normas, políticas públicas e direitos humanos que protegerá os hipossuficientes, resolvendo problemas de massa com a busca de acerto moral de suas decisões dialogadas.

Como se percebe a recomendação se revela como um instrumento excepcional de iniciar e terminar um diálogo extraprocessual ou uma rodada procedimental com vistas a concretizar direitos humanos e políticas públicas que tenham por objeto tais direitos, formalizando uma deliberação racional que valerá como última palavra provisória até que outra a substitua, se for o caso.

### **6.3.3 Procedimento de implementação e promoção de políticas públicas**

No Brasil, a instituição ministerial, com seus instrumentos ou técnicas de atuação, teve, principalmente após 1985 e 1988, um excepcional progresso, mas a crença em um Ministério Público demandista e acusador continuou a marcar a instituição, a conduzir os principais atos ministeriais, a influenciar muitos textos doutrinários e jurisprudenciais, como os casos em que se busca discutir a legitimidade do Ministério Público em direitos individuais homogêneos, o poder investigatório do Ministério Público no papel acusatório na seara penal etc. A revisão da natureza e da utilidade das novas técnicas tem sido feita de forma paulatina e lenta, graças a teorias que evidenciam o diálogo institucional envolvendo a instituição, a atuação ministerial como *custos juris* e *custos societatis* na seara processual e extraprocessual, a legitimidade procedimental e substancial da instituição para dialogar sobre a concretização dos direitos, a representação funcional e autonomia constitucional da instituição e a função ministerial resolutiva e concretizadora das normas constitucionais, das políticas públicas e dos direitos humanos.

Várias técnicas utilizadas nas atribuições ministeriais são submetidas a uma revisão, para a retirada da lente antiga (funções acusatórias, corretivas, retrospectivas e demandistas) e

a adoção da nova carga valorativa em sua completude com a inclusão de novas lentes, o que foi demonstrado na releitura das notificações, intimações, inspeções, audiências, inquérito civil público, acordo de concretização, recomendação – instrumentos usados pelo órgão ministerial a fim de instaurar rodadas procedimentais de diálogo institucional e, conseqüentemente, alcançar deliberações coletivas que valerão como última palavra provisória (funções promocionais, preventivas, prospectivas e resolutivas).

O procedimento promocional de políticas públicas (Promo), criado por vários textos normativos ministeriais, é idealizado para harmonizar-se com essa nova visão de um Ministério Público resolutivo, preventivo e prospectivo, visto que a rodada procedimental é instaurada não diante de conflitos ou lesões a direito, mas para atuar em políticas públicas de forma dialógica, com o intento de concretizar direitos humanos, especialmente os prestacionais e individuais indisponíveis, de tal sorte que a simples leitura, sem necessidade de releitura, permite compreender o instrumento nos seus exatos termos, finalidades e natureza.

A utilização desse instituto revela a necessidade de um Estado como agente catalisador das forças existentes, para firmar parcerias e potencializar o fortalecimento institucional (LIMA, 2013, p. 480), o que vem ao encontro de uma instituição extraprocessual que dialogue ou construa em parceria (HIEBERT, 1996, 2002) ou de forma coordenada (WHITTINGTON, 2001b) com os demais ramos do governo, a fim de tornar efetivas as normas constitucionais, as políticas públicas e os direitos humanos, por meio de rodadas procedimentais em que se alcancem as últimas palavras provisórias (MENDES, 2011).

O Ministério Público insere-se nesse contexto com o intuito de criar condições para contribuir para o empoderamento dos sujeitos locais. Sendo defensor primaz da sociedade (e guardião dos direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis), deve utilizar seus instrumentos procedimentais para proteger e garantir o direito dos menos favorecidos (LIMA, 2013, p. 481), especialmente o procedimento de promoção e de implementação de políticas públicas que visem à concretização dos direitos humanos. A instituição deve evitar, porém, assumir qualquer compromisso que afete sua isenção (*rectius*: imparcialidade) na defesa da ordem jurídica (RODRIGUES, 2011, p. 81) e dos direitos sociais.

Ante as atribuições ministeriais – que recebe poderes implícitos para defender e respeitar os poderes públicos e os serviços de relevância pública assegurados na Constituição, bem como para defender a ordem jurídica, o regime democrático, os direitos sociais e individuais indisponíveis, a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, além dos poderes instrutórios ou de formação de

convicção –, mostra-se imprescindível a existência de instrumentos, no seio ministerial, que possam promover políticas públicas de forma parceira, coordenada, construtiva e dialógica em rodadas procedimentais, sem violação da ordem jurídica.

A previsão normativa desse instrumento de concretização de direitos sociais advém também dos procedimentos administrativos (*rectius*: ministeriais) inominados constantes do artigo 26, I, da Lei n.º 8.625/93 e no artigo 201, V e VI, do ECA, que autorizam a possibilidade de instauração de outras medidas e procedimentos ministeriais para que o Ministério Público tenha os elementos de convicção necessários à defesa da sociedade, em especial, dos direitos infantojuvenis.

Seguindo essa orientação, o MPT, no artigo 17 da Res. n.º 69/2007 do CSMPT, ao buscar excluir o procedimento promocional das regras trazidas pela resolução, fez menção de forma indireta aos procedimentos ministeriais para o acompanhamento de ações estratégicas voltadas para o fomento de políticas públicas (Promo). No mesmo sentido, a Resolução Conjunta do Procurador-Geral de Justiça e do Corregedor-Geral de Minas Gerais n.º 03/2001 regulamentou o procedimento para a implementação e a promoção de projetos sociais (Props). Tais procedimentos têm endereço certo na concretização dos direitos sociais por meio de diálogo institucional promovido pelo Ministério Público em sua atuação direta em políticas públicas por meio de acordos políticos racionais.

O instituto ainda carece de melhor regulamentação em todos os ramos ministeriais, embora, em Minas Gerais, já esteja regulamentado. Sua existência e sua utilização são uma realidade incontestável, devendo o instituto destinar-se à garantia dos direitos humanos numa nuance de concretude, de busca da eficácia social, pautando-se, proceduralmente, pelos princípios da publicidade, da cooperação e da utilidade social. Para garantir a eficiência e tornar possível a concretização do objeto do procedimento (direitos sociais), deve haver uma avaliação e um monitoramento por parte do Ministério Público (LIMA, 2013, p. 484). A atuação institucional em projetos sociais para promover a transformação da realidade social de forma resolutiva e cooperativa (ou dialógica) (ALMEIDA, 2013a, p. 71-73) deve atender às fases de concretização, de realização e de controle do procedimento de concretização dos direitos prestacionais.

Presidindo o procedimento, o membro do Ministério Público deve planejar sua atuação na comunidade, identificar parceiros, diagnosticar os principais problemas, estabelecer os objetivos comuns, as metas e o papel de cada um (LIMA, 2013, p. 485), seguindo as virtudes dialógicas idealizadas para as cortes (MENDES, 2013, p. 126-139), que podem adaptáveis à fase da persuasão racional deliberativa em suas subfases pré-deliberativa, deliberativa e pós-

deliberativa, de forma a seguir as virtudes de curiosidade respeitosa, adaptada à primeira subfase; de acordo deliberativo, de modéstia cognitiva, de ambição cognitiva e de empatia, adaptadas à segunda subfase; e de responsividade, de clareza e de senso de falibilidade e provisoriedade, adaptadas à terceira subfase.

Para isso, a instituição precisa formar alianças com a sociedade civil e com os demais atores políticos para atender os direitos sociais por meio de políticas públicas formuladas no seio de uma rodada procedimental dialógica, devendo cumprir as seguintes etapas: decidir que existe um problema; decidir que se deve tentar resolver o problema; decidir a melhor estratégia para enfrentar o problema; atuar na solução do problema; institucionalizar a solução do problema mediante a formulação de políticas públicas (TARIN, 2009, p. 67). Portanto, as etapas de análise, planejamento, que pertencem à subfase pré-deliberativa, e de discussão (ou melhor, diálogo direto), que integra a subfase deliberativa, devem ser muito utilizadas nesse instrumento ministerial para se concluir com sucesso a fase da persuasão racional deliberativa pactuada de forma provisória.

Entretanto, para isso, a instituição ministerial deve desenvolver uma estrutura que possa adotar a técnica do orçamento-programa com os seguintes procedimentos: determinação da situação, diagnóstico da situação, apresentação de soluções alternativas, estabelecimento de prioridades, definição de objetivos, determinação das atividades para concretizar os objetivos e determinação dos recursos humanos, materiais e financeiros para a realização dos direitos humanos que carecem de concretização. Só assim o órgão ministerial poderá satisfazer às exigências constitucionais ligadas ao plano de ação governamental, visto que a ordem constitucional vincula e hierarquiza, em certa medida, os instrumentos orçamentários (art. 165, § 7.º, art. 166, § 3.º, I, e § 4.º, e art. 167, § 1.º, da CRFB) – leis orçamentárias, LDO e os planos e programas nacionais, regionais e setoriais (art. 165, § 4.º, da CRFB) – à lei do plano plurianual (SILVA, 2007, p. 130)<sup>334</sup>.

---

<sup>334</sup> A compatibilização das normas constitucionais com o princípio da programação orçamentária (§§ 4.º e 7.º do art. 165 c/c o § 1.º do art. 167 e os §§ 3.º, I, e § 4.º do art. 166 da CFRB) segue a seguinte ordem lógica: 1) as normas constitucionais e legais fixam a obrigação de o Estado atender aos direitos humanos (obrigações-fim), as obrigações financeiras (obrigações-meio) etc.; 2) as aspirações, material e constitucionalmente possíveis, do governante eleito são concretizadas durante os três anos de seu mandato e no primeiro ano de mandato de seu sucessor, para garantir a continuidade das atividades governamentais, segundo os programas de governo constantes do PPA; 3) os planos nacionais, regionais e setoriais serão elaborados de acordo com o estabelecido no PPA; 4) a LDO contemplará as prioridades da administração pública e incluirá as despesas de capital para cada ano, dada a impossibilidade material de se concretizar em um ano o idealizado para quatro anos, orientando a elaboração da lei orçamentária e as alterações na legislação tributária que se fizerem necessárias para concretizar tais prioridades e estabelecendo, segundo o programado no PPA, a política de fomento; 5) a LOA contemplará o disposto no PPA e aquilo que for priorizado, orientado e estabelecido na LDO nos orçamentos fiscal, da seguridade social e de investimentos; 6) os atos administrativos são realizados por meio de contratos, convênios, admissão e pagamento de pessoal etc., para concretizar o estabelecido na programação orçamentária,

Esse procedimento ministerial ressalta a importância crescente do papel do Ministério Público como mediador, ator político na negociação dialógica entre a sociedade civil e a administração pública (perspectiva considerada na Resolução nº 118/2014, do CNMP e nos parágrafos 2.º e 3.º do artigo 3.º do CPC de 2015). De fato, a sociedade vê no Ministério Público uma instituição independente e autônoma que, por conta de sua legitimação constitucional, pode negociar em igualdade de condições com a administração pública, ou mesmo com os entes privados prestadores de serviços públicos, pela via da tutela extraprocessual (FRISCHEISEN, 2000, p. 112-113).

Esse instrumento tem natureza jurídica ministerial, por ser usado pela instituição em suas funções típicas de promoção de medidas que visam a concretizar direitos humanos em rodadas procedimentais que possam terminar em uma última palavra provisória com a formulação de boas ações que confirmem concreção aos direitos sociais<sup>335</sup>. Esse procedimento é o instrumento ou técnica que mais evidencia a possibilidade de cumprir a etapa de concretização dos direitos humanos de forma institucionalmente dialógica. Revela um Ministério Público resolutivo, protetor da ordem jurídica e da sociedade, zelador do respeito aos poderes públicos e serviços relevantes responsáveis pela guarda dos direitos sociais consagrados na Constituição e na ordem internacional, sem que se possa falar em ajustamento de conduta por se tratar de exigibilidade contínua, gradual e progressiva dos direitos sociais.

No âmbito do MPT, vários procedimentos foram instaurados para promover a inclusão no mercado de trabalho dos deficientes e dos aprendizes, erradicar o trabalho infantil e proteger o trabalho adolescente, à semelhança do que foi feito nos casos apresentados do Lixão do Aurá e Cachoeira do Piriá. Como visto, nesses casos, foram estipuladas linhas gerais para a formulação de políticas públicas, como garantir cotas aos aprendizes, garantir verba suficiente para a implementação do programa municipal de erradicação do trabalho infantil, garantir a formulação de um diagnóstico de todas as crianças do município com dados suficientes para a identificação de cada uma delas e de sua condição econômica e educacional, proibir o acesso de crianças e adolescentes ao depósito de lixo (lixão), comprovar a criação e estruturação do Conselho Tutelar e do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, implementar programas de qualificação profissional, criar local para abrigo de crianças e adolescentes vítimas ou ameaçadas de violência etc.

---

sob pena de ineficácia dos direitos humanos ou das atividades governamentais destinadas a atender às necessidades públicas dos administrados (SILVA, 2007, p. 130-131).

<sup>335</sup> Deve-se ressaltar que as situações conflituosas que autorizam o Ministério Público a promover políticas públicas não estão adstritas a esse tipo de procedimento, podendo ser utilizado o inquérito civil, o acordo, a recomendação, convênios etc. (RODRIGUES, 2011, p. 82).

## 7 CONCLUSÃO

Nesta tese, buscou-se construir, gradualmente, os pilares necessários para propor uma reformulação da definição da divisão das funções estatais entre os poderes (separação de poderes). Combateram-se as teorias que defendem a última palavra definitiva de qualquer ramo de poder e defenderam-se as teorias do diálogo constitucional, que preveem rodadas procedimentais e a última palavra provisória. Na análise das teorias dialógicas, evidenciou-se a necessidade de envolver atores políticos extraprocessuais para a concretização de direitos sociais, entendendo-se tais direitos como as normas justas de distribuição do bem comum para a concretização imediata, gradual e contínua numa relação plurilateral de movimento centrípeto contra o Estado.

Demonstrou-se que o Ministério Público é um poder constituído com legitimidade substancial e procedimental conferida pela autonomia constitucional com representação político-funcional pela defesa das demandas sociais para dirigir o diálogo institucional com atores públicos e privados no processo de concretização dos direitos prestacionais. O órgão ministerial contando, para isso, com instrumentos inquisitivos que permitem iniciar, provocar, reiniciar e forçar o diálogo institucional em rodadas procedimentais para que se alcance a última palavra provisória, com base em acordos deliberativos, persuasivos e fundamentados que encerram uma etapa de especificação e de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

No capítulo 2, após a introdução, apresentaram-se cinco casos concretos para demonstrar a atuação ministerial em rodadas procedimentais de natureza dialógica que culminaram em acordos políticos provisórios para especificar e concretizar os direitos sociais. Foram apresentados vários instrumentos ministeriais que permitiram a atividade concretizadora de tais direitos, evidenciando que a instituição tem poderes explícitos e implícitos para dirigir e conduzir o processo de concretização dos direitos prestacionais na seara extraprocessual, havendo indícios empíricos de que a realidade jurídica brasileira convive com o processo dialógico, ainda que desacompanhado de fundamentação teórica.

No capítulo 3, definiram-se os direitos sociais com fundamento numa concepção social e liberal. Concluiu-se que, independentemente das definições adotadas, os direitos sociais envolvem o conceito de bem comum e as regras de distribuição ou apropriação individual ou coletiva para se alcançar a justiça distributiva. Consequentemente, vários serviços públicos ou prestações estatais inserem-se nessa situação, como segurança pública,

acesso à justiça, educação, saúde, infância, moradia etc. O principal obstáculo enfrentado é a indefinição ou a falta de especificação inerente a essa espécie de direito, obstáculo que se supera com a teoria da exigibilidade imediata, gradual e contínua dos processos de especificação e de concretização dos direitos sociais.

Como é atribuída ao Ministério Público a possibilidade de especificação dos direitos humanos, o controle é exercido pelos atores do diálogo, pela sociedade e pelos poderes Judiciário e Legislativo, que podem levar à frente a definição, a formulação, o planejamento, a execução e o controle de políticas públicas cujo objeto é a concretização dos direitos sociais, sem necessidade de se falar em supremacia de qualquer poder constituído. No mesmo sentido, como se defende, para a definição da divisão das funções estatais entre os poderes, a concepção federalista aliada às teorias do diálogo institucional, afirma-se que o Ministério Público tem autorização constitucional e representação político-funcional para aplicar verbas oriundas de multas e de danos morais advindas de tutela coletiva e para firmar acordos de concretização de direitos humanos em políticas públicas, com o objetivo de evitar demandas judiciais, com essa natureza, compatibilizando-se com a nova diretriz de solução consensual de conflitos da Resolução nº 118/2014 do CNMP e do CPC de 2015. Essa circunstância revela que o membro do Ministério Público, como agente político que é e com a independência funcional de que goza, está autorizado a atuar em políticas públicas para exigir a concretização dos direitos coletivos.

Dessa forma, a tese alcançou um dos objetivos gerais da pesquisa: identificar e interpretar as normas que norteiam as relações e naturezas jurídicas pertinentes à demanda coletiva e a atuação ministerial para a definição, a formulação e o planejamento de políticas públicas que tenham como objeto a concretização dos direitos sociais. Demonstrou-se, assim, a importância da instituição tanto para a harmonia entre os poderes, como para a relação entre Estado e cidadão.

No capítulo 4, definiram-se os limites de atuação do Ministério Público na concretização dos direitos humanos por meio de políticas públicas, com base nas teorias do diálogo, nos exemplos práticos apresentados e no arcabouço normativo existente. Concluiu-se que a instituição do Ministério Público, inserida na estrutura dos poderes públicos constitucionais, pode ter uma atuação persuasiva, deliberativa e dialógica com os poderes estatais, com vistas à concretização dos direitos humanos, especialmente, os sociais.

No que se refere à divisão de funções estatais entre os poderes constituídos, defendeu-se a divisão das funções estatais dos federalistas e de outros doutrinadores mais modernos – como Fábio Konder Comparato (1989), Hiebert (1996 e 2002), Conrado Mendes (2011) e

Whittington (2001b) –, para que seja possível a cooperação e a colaboração entre as instituições estatais, com o objetivo de dar eficácia aos direitos sociais. De fato, na concepção federalista, adaptada aos tempos atuais, o importante é o aperfeiçoamento das funções, a especialização das atividades do Estado, baseada no princípio da divisão do trabalho e na efetividade dos direitos humanos.

Nesse contexto, apresentaram-se, como resposta acadêmica hipotética, as teorias do diálogo institucional, defendendo-se que o Ministério Público possa atuar na definição, na formulação, no planejamento, na execução e no controle de políticas públicas que buscam concretizar os direitos humanos, em uma sequência ininterrupta de contestações e de revisões das decisões de autoridade tomadas (MENDES, 2011, p. 182). O objetivo da tese é demonstrar que o diálogo institucional representa um excelente instrumento de atuação extraprocessual, em especial, do Ministério Público em políticas públicas, no campo prático e teórico, na especificação dos direitos sociais com certo grau de indefinição.

Para fundamentar o diálogo institucional do Ministério Público, buscou-se assento na teoria da parceria, da construção coordenada e da rodada procedimental com última palavra provisória, para a construção e a elaboração do significado constitucional e a concretização dos direitos humanos sociais, coletivos ou prestacionais. Na subseção 4.6, apresentou-se uma teoria que reúne características de muitas outras teorias e toma assento formal na teoria da rodada procedimental e da última palavra provisória.

A teoria do diálogo aplicável ao Ministério Público permite que se chegue às virtudes passivas, mas com prazo estipulado para a concretização dos direitos sociais, às teorias de aconselhamento por meio de recomendação ministerial e de definição de responsáveis e do conteúdo do direito, além das rodadas procedimentais envolvendo atores extraprocessuais de forma coordenada e parceira.

Assim, para a tutela jurídica e extraprocessual das obrigações constitucionais ou os direitos coletivos não especificados, que precisam da atuação do Ministério Público em regime dialógico com os demais poderes estatais, defendeu-se a tutela jurídica ministerial extraprocessual direta por meio do diálogo deliberativo, racional e fundamentado, sem prejuízo das demais ações de natureza constitucional, com a possibilidade de integração das instituições governamentais ou privadas de proteção dos direitos humanos que buscam atender às necessidades humanas.

Diante dessa defesa, acredita-se na formação de um sistema coerente que justifica a cooperação e a colaboração entre os poderes estatais, levando em consideração a divisão das funções estatais entre os poderes, com base na divisão de trabalho, com a participação ativa

do Ministério Público. Importa ressaltar que a tese defendida não se atém exclusivamente ao instituto como instrumento de limitação de poder, razão pela qual o objetivo geral aqui é adotar as teorias do diálogo institucional, como forma de superar a tensão na teoria da “separação de poderes”, e defender uma forma de interação que construa gradualmente soluções jurídicas estáveis, ainda que provisoriamente. Com esse objetivo, explica-se teoricamente a atuação extraprocessual do Ministério Público, que tem vasta atuação prática para fazer a abertura, a manutenção e a reabertura do diálogo institucional em rodadas procedimentais para a concretização dos direitos humanos, por meio dos instrumentos normativos que existem na ordem jurídica, visto que a concretização dos direitos humanos por meio de políticas públicas é o novo poder (função) assumido pelo Estado.

No capítulo 5, demonstrou-se que, historicamente, a instituição ministerial foi concebida paulatinamente para ocupar um espaço público reservado aos poderes constituídos na defesa da ordem jurídica e dos direitos sociais, como *custos juris* e *custos societatis* na proteção do interesse público e na defesas das demandas sociais por meio da representação político-funcional. Essa hipótese tem previsão normativa constitucional, pois a Constituição elevou o Ministério Público a protetor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de tal sorte que a ordem jurídica consagrou o Ministério Público como um dos principais guardiões da tutela coletiva.

Essa hipótese revela a autonomia constitucional e a legitimidade substancial e procedimental de que dispõe o Ministério Público para tutelar jurídica e diretamente as obrigações constitucionais ainda não definidas, como forma de garantir a concretização dos direitos humanos, por incumbir-lhe a defesa do interesse público e das demandas sociais por meio de rodadas procedimentais dialógicas que permitem a participação, em regime de cooperação, da sociedade, de entidades coletivas e de atores políticos que lutam pela concretização dos direitos sociais.

A legitimidade substancial do Ministério Público é enriquecida em razão de sua natureza de agente político e de sua independência funcional, que garantem à instituição e a seus membros a imparcialidade necessária, na atuação burocrática em políticas públicas, para perseguir a justiça distributiva sem submeter-se às pressões usuais dos atores eleitos pelo voto popular. No aspecto formal relativo ao procedimento de concretização dos direitos humanos, a legitimidade substancial e procedimental vem dos meios extraprocessuais, que criam um ambiente de realização democrático-voluntária e de maior aceitação da correção moral porque há a participação dos envolvidos, com a possibilidade de desenvolvimento de toda a racionalidade persuasiva deliberativa necessária para convencer os demais participantes do

diálogo do acerto moral de suas razões acerca dos parâmetros da justiça distributiva. Esse ambiente é propício à escuta e à fala autocompositiva, estando, portanto, longe de ser um ambiente adversarial, em que se busca mais o convencimento judicial para excluir e mitigar a responsabilidade, dentro de um regime de substituição volitiva dos envolvidos pela vontade concreta de um terceiro imparcial, que, segundo a compreensão mais comum, essa substituição seria de acordo com a vontade objetiva da ordem jurídica.

A legitimidade substancial e procedimental infere-se não apenas das características inerentes ao sujeito extraprocessual do Ministério Público, mas também do processo de concretização dos direitos sociais por meio da garantia da igualdade de cada participante no processo de persuasão racional deliberativo, sem qualquer forma de coerção e de produção de alguma decisão prática, que pode incidir em direitos indisponíveis, desde que garantido o princípio do não retrocesso, com vistas a alcançar uma solução que atenda moralmente aos ditames da justiça distributiva do bem comum.

No intuito de garantir a legitimidade da atuação ministerial, o procedimento de concretização passa pelas fases de **iniciativa**, de **persuasão racional deliberativa** ou de concretização, de **aplicação** ou realização e de **fiscalização** ou controle. As duas últimas fases não interessam a esta tese. Deu-se, então, destaque à fase da persuasão racional deliberativa, que compreende três subfases: a pré-deliberativa, a deliberativa e a pós-deliberativa. A fase pré-deliberativa, em que é feita a exposição ou a articulação pública e racional dos argumentos, deve conter as etapas de análise e de planejamento, para que seja possível alcançar a fase deliberativa – em que os partícipes engajam-se coletivamente na discussão persuasiva para conseguir um compromisso fundamentado – e a fase pós-deliberativa – em que se formaliza o acordo deliberativo fundamentado, que traduz o compromisso moral e político da deliberação provisória.

Para se percorrer as subfases pré-deliberativa, deliberativa e pós-deliberativa, o Ministério público deve anteder as virtudes dialógicas idealizadas para a rodada procedimental dirigida pela instituição que a curiosidade respeitosa, adaptada à subfase pré-deliberativa; o acordo deliberativo, a modéstia cognitiva, a ambição cognitiva e a empatia, adaptadas à subfase deliberativa; e a responsividade, a clareza e o senso de falibilidade e provisoriedade, adaptadas subfase pós-deliberativa. Isso com o claro intuito que o diálogo seja um instrumento útil de atuação ministerial em política pública e de concretização dos direitos sociais.

No capítulo 6, faz-se a releitura dos instrumentos procedimentais que a ordem jurídica põe à disposição do Ministério Público para o desenvolvimento do diálogo institucional. Tais

instrumentos permitem a atuação ministerial direta na concretização dos direitos humanos por meio de políticas públicas: inquérito civil público, audiência pública, recomendação e acordo de concretização, além de outros. Constatou-se, no campo teórico e no campo prático, que é viável a utilização de tais instrumentos com o objetivo de evitar demandas judiciais e concretizar os direitos humanos. Ainda nesse capítulo se mostra o procedimento de promoção de política pública que foi criado nessa visão concretizadora dos direitos humanos e de atuação ministerial em política pública que prescindem de releitura, visto que sua criação atende a esse propósito diretamente sem necessidade de releitura.

Assim, para tutelar jurídica e extraprocessualmente as obrigações constitucionais ou os direitos humanos indefinidos ou não delimitados, o Ministério Público atua em regime dialógico com os demais poderes estatais, contando com vários instrumentos que lhe permitem iniciar, reiniciar, forçar e provocar o diálogo institucional deliberativo e informar, exercer a racionalidade persuasiva no curso da rodada procedimental instaurada, para concretizar e criar direitos numa concepção de última palavra provisória.

Com essas conclusões, a tese alcança os objetivos gerais em várias frentes objetivas específicas. A **primeira** é demonstrada com a necessidade do diálogo em que é exercida a autonomia constitucional e da vontade coletiva ou institucional em um processo racional e persuasivo para conferir autoridade e legitimidade à última decisão provisória. A **segunda** é demonstrada com o desenvolvimento da teoria da exigibilidade imediata, gradual e contínua dos direitos sociais oponíveis ao Estado diante da generalidade inerente às normas que versam sobre direitos humanos, entendendo-se o problema dos direitos prestacionais como questão de justiça distributiva ou de apropriação individual e coletiva do bem comum ou coletivo e enfrentando-se a questão dos direitos indisponíveis como um dos limites à teoria do diálogo, mas com a possibilidade de mitigar essa característica em vários sentidos, por meio, por exemplo, da apreciação da constitucionalidade das normas, da negociação de prazo, lugar e forma de concretização dos direitos sociais etc.. A **terceira** é demonstrada pelo diálogo institucional, que se mostra uma boa teoria para concretizar extraprocessualmente os direitos humanos por meio de políticas públicas e resulta em uma sequência ininterrupta de contestações e revisões das decisões de autoridade por meio de rodadas procedimentais. A **quarta** é demonstrada com a evolução do Ministério Público até a ordem constitucional de 1988 que o dota de autonomia constitucional, representação político-funcional e de legitimidade substancial e procedimental para a defesa do interesse público e das demandas sociais, com a possibilidade de participação da sociedade e de todos os atores envolvidos. A **quinta** é demonstrada pelos instrumentos que a instituição do Ministério Público tem para

forçar o início, a manutenção e o reinício do diálogo extraprocessual: a notificação, a requisição de informações, de investigação, de serviços temporários etc., as inspeções e diligências investigatórias, além de outros no campo extraprocessual; ou processualmente, com a judicialização de demanda para forçar o diálogo.

Os objetivos foram atingidos, adotando-se o pressuposto de que, ao alcançar a melhor certeza jurídica sobre os direitos e deveres que surgem da disciplina constitucional sobre os direitos prestacionais, os agentes políticos terão melhores condições para controlar e acompanhar o uso dos recursos públicos, verificando de modo gradual a pertinência das alegações que comumente justificam o não cumprimento, por parte do Estado, dos deveres que lhe são constitucionalmente atribuídos. Por outro lado, os destinatários terão melhores esclarecimentos para exigir a tutela jurídica processual e, no caso em questão, a tutela extraprocessual necessária ao atendimento dos direitos sociais que buscam suprir as necessidades humanas.

Para isso, nesta tese, alcançaram-se explicações coerentes sobre como tutelar jurídica e extraprocessualmente os direitos coletivos com o objetivo de deliberar sobre políticas públicas, sobre os atores necessários ao diálogo institucional deliberativo e concretizador, o procedimento, os legitimados, bem como sobre a participação ativa ministerial na defesa das políticas defendidas para a concretização dos direitos humanos, seja indiretamente, por meio de um compromisso de concretização ou de uma recomendação, seja diretamente, com a destinação de recursos para atendimento dos direitos sociais, além dos demais questionamentos sobre o lugar, o prazo, os custos, as cominações etc.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge, Mass.: Belknap press, 1991.
- \_\_\_\_\_. The Rise of World Constitutionalism. **Yale Law School Occasional Papers**, Connecticut, Second Series, n. 3, 1997.
- \_\_\_\_\_. The new separation of power. **Harvard Law Review**, Cambridge, Mass., v. 113, p. 633-725, jan. 2000.
- AGUIAR, Cláudio Tenório Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas: dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: VILELLA, Patrícia (Coord.). **Ministério Público e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-22.
- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 217-245.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Versión Castellana Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. (Colección el derecho y la justicia v. 34).
- \_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2005. Original publicado em 1978.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a.
- \_\_\_\_\_. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.
- \_\_\_\_\_. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013a, p. 2-82.
- \_\_\_\_\_. O Ministério Público como instituição permanente. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013b, p. 111-134.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: FAPESP, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ATRIA, Fernando. **¿Existen derechos sociales?** Edição digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, n. 4, p. 15-59, ano 2004. Disponível em: <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

AYLWIN, José. Tendencias contemporáneas de Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina. In: CULLETON, Alfredo; MAUÉS, Antonio; TOSI, Giuseppe; ALENCAR, Maria Luiza; WEYL, Paulo (Org.). **Direitos humanos e integração latino-americana**. Porto Alegre: Entrementes editorial, 2011, p. 179-196.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva; MEDEIROS, Sérgio Monteiro. A recomendação como instrumento de atuação do Ministério Público da União. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al. (Coord.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Del Rey: Belo Horizonte, 2003, p. 201-225.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 36-44, jul./set. 1981.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1109 -1180, 2006.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

BICKEL, Alexander M. Foreword: The Passive Virtues. **Harvard Law Review**, Cambridge, Mass., v. 75, n. 40, p. 40-79, 1961.

\_\_\_\_\_. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. Indianapolis: Bobbs Merrill, 1962.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1995.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Prólogo de Francisco J. Bastida. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004b.

\_\_\_\_\_. **Ciência política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **O controle judicial das omissões administrativas**. São Paulo: Forense, 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. São Paulo: LTr, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006a.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006b, p. 1-49.

BUZZEL, Sid (Org.). **Bíblia do executivo**: nova versão internacional. Tradução de Valdemar Kroker. São Paulo: Vida, 2004.

CAETANO, Marcello. **A depreciação da moeda depois da guerra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1931.

CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990, Term, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), **Harvard Law Review**, Cambridge, Mass., v. 105, p. 80-151, 1991.

CÂMARA, Alexandre Feitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003, v. 2.

CANÇADO Trindade questiona a tese de “gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio. In: SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES, 25 de maio de 2000, Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Evento associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di grupo davanti allá giustizia civile. **Rivista di diritto processuale**, Padova, v. 30, n. 3, p. 361-402, 1975.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 61, p. 144-160, jan./mar. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARBASSE, Jean-Marie (Dir.). **Histoire du Parquet**. Paris: PUF, 2000.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio Estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O mundo do trabalho e os direitos fundamentais: o Ministério Público do Trabalho e a representação funcional dos trabalhadores**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. **Livro de Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 234-240, 1993. Trabalho apresentado no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, Salvador, 1992.

\_\_\_\_\_. Ação civil pública: instrumento para o controle de cláusulas contratuais abusivas. **Revista de Direito do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 176-181, jul./dez. 1996.

CARVALHO, Eduardo Santos. **Compromisso de ajustamento de conduta a autocomposição da lide na tutela dos direitos transindividuais**. Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigo.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e (Coord.). **Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagens pontuais: doutrina, legislação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. **Aspectos jurídicos do compromisso de ajustamento de conduta,** 1999, 16p. Artigo não publicado.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COENEN, Dan T. A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue. **William and Mary Law Review,** Williamsburg, v. 42, n. 5, p. 1575-1870, maio 2001.

COENEN, Dan T.; DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker. **Journal of Public Law,** n. 6, p. 279-295, 1957.

COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia. Madrid:** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1989.

\_\_\_\_\_. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Ministério Público: um retrato: dados de 2013.** Brasília, DF, 2014, v. 3.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.** Serie C: Resoluciones y sentencias n. 270. San José: Secretaria de la Corte, 20 nov. 2013. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Forneron e Hija Vs. Argentina.** Fondo. Sentencia de 27 de abril de 2012. Série C No 242, párr. 107

\_\_\_\_\_. **Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No 227, párr. 127 y no. 85. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 69. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 210. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador.** Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 88. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Las Palmeras Vs. Colombia.** Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 58. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

COSTA, Epaminondas da. Ministério Público e defesa da sociedade. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Teoria geral do Ministério Público.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 501-525.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995.

DEUTSCH, Mortom; GERARD, Harold B. A study of normative and informational influences upon individual judgment. **Journal of Abnormal and Social Psychology**, v. 51, n. 3, p. 629-636, nov. 1955.

DEVINS, Neal; FISHER, Louis. **The Democratic Constitution.** Oxford: Oxford University, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo.** 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, v. 4.

DIMOND, Paul. Provisional Review: An Exploratory Essay on an Alternative form of Judicial Review. **Hasting Constitutional Law Quaterly**, v. 12, n. 2, p. 201-240, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999a.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999b.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso básico de direito processual civil.** 3. ed. vol. 1. São Paulo: Nelpa, 1999, v. 1.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **A Theory of Human Need.** London: MacMillan, 1991.

\_\_\_\_\_. **Teoría de las necesidades humanas**. Barcelona: Icaria, 1994.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Traducción de Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

EWALD, François. **L'É tat providence**. Paris: Grasset et Fasquelle, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Ademir Antonio; PEREIRA, Maria Isabel; REIS, Ana Carla Fonseca. **Gestão empresarial: de Taylor aos nossos dias**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.

FERRERE-LAMAISSON, Daniel. **El dinero en la teoría jurídica**. Montevideo: M.B.A, 1974.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Direitos difusos na Constituição de 1988. **Revista de Direito Processual**, São Paulo, n. 88, p. 104-105, out./dez. 1988.

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. New York: Oxford, 1992.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as Political Process**. Princeton: Princeton University, 1988.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FRENCH, John R. P.; RAVEN, Bertram H. The bases of Social Power. In: CARTWRIGHT, Dorwin (Ed.). **Studies in Social Power**. Ann Arbor, Mich.: Institute for Social Research, 1959. p. 259-269. Reprinted by permission of the authors and the Institute for Social Research. Disponível em: <[http://www.communicationcache.com/uploads/1/0/8/8/10887248/the\\_bases\\_of\\_social\\_power\\_-\\_chapter\\_20.pdf](http://www.communicationcache.com/uploads/1/0/8/8/10887248/the_bases_of_social_power_-_chapter_20.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2014.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, p. 577-682, 1993.

\_\_\_\_\_. Leadership and Majoritarianism: A Response. **Constitutional Comment**, v. 11, p. 7-11, 1994.

\_\_\_\_\_. Mediated Popular Constitutionalism. **Michigan Law Review**, v. 101, p. 2596-2636, 2003.

\_\_\_\_\_. The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review. **University of Cincinnati Law Review**, v. 72, p. 1257-1303, 2004.

\_\_\_\_\_. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, Austin, v. 84, n. 2, p. 257-337, dez. 2005.

\_\_\_\_\_. Taking Law Seriously. **Perspective on Politics**, v. 4, p. 261-276, 2006.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do procurador da república: teoria e prática**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1996.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a Judicial Voice. **New York University Law Review**, v. 67, n. 6, p. 1185-1209, 1992.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge, Mass.: Cambridge University, 2003.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **O Ministério Público como função essencial à justiça**. 1997. (Apresentação de Trabalho/Seminário).

\_\_\_\_\_. A dimensão do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Civil brasileiro. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Estudos de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2003, p. 163-179.

\_\_\_\_\_. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. A base ética da execução por sub-rogação no processo civil brasileiro: os princípios da idoneidade do meio e da menor onerosidade. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção;

SHIMURA, Sérgio Seiji (Org.). **Processo de execução**. São Paulo: Método, 2005a, p. 111-112.

\_\_\_\_\_. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Org.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005b, p. 469-481.

\_\_\_\_\_. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (Org.). **Sistema e tópicos na interpretação do ordenamento**. São Paulo: Manole, 2006, p. 73-108.

\_\_\_\_\_. Quais as bases científicas para um renovado direito processual? In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 861-867.

\_\_\_\_\_. Questões de ordem pública como questões de fato e de direito e a necessária vinculação à teoria do fato jurídico. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org.). **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273-280.

GÓES, Gisele Santos Fernandes; MOUTA, José Henrique; DIAS, Jean Carlos. **A nova execução por quantia certa, súmula vinculante, processo eletrônico e repercussão geral: uma análise da terceira etapa da reforma do CPC**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

GOUGH, Ian. What are Human Needs? In: FRANKLIN, Jane (Ed.). **Social Policy and Social Justice**. Cambridge: Polity Press, 1998. cap. 3

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 1, p. 11-36, jan./jun. 2001.

\_\_\_\_\_. Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional da independência funcional. In: 17. CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2007, Salvador. **Livro de Teses**. Salvador: CONAMP, 2007, p. 713-714.

\_\_\_\_\_. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

\_\_\_\_\_. Despesa pública: Princípio da legalidade. Decisão judicial. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 315-329, jan./mar. 1993.

\_\_\_\_\_. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 29-45.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_; et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Original publicado em 1975.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, James. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1984.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 1995.

HELLER, Agnes. **Beyond Justice**. Oxford: Basil Blackwell, 1991.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7-12.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIEBERT, Janet L. **Limiting Rights**: The dilemma of Judicial Review. Montreal: McGill-Queen's University, 1996.

\_\_\_\_\_. **Charter Conflicts**: What is Parliament's Role? Montreal: McGill-Queens University, 2002.

\_\_\_\_\_. New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance when Interpreting Rights? **Texas Law Review**, Austin, v. 82, n. 7, p. 1963-1987, jun. 2004.

HOGG, Peter W. Canada: The Constitution and Same Sex Marriage. **International Journal of Constitutional Law**, v. 4, n. 3, p. 712-721, 2006.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

\_\_\_\_\_. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures. **Policy options**, v. 20, p. 19-22, April 1999a.

\_\_\_\_\_. Reply to “Six Degrees of Dialogue”. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 37, n. 3, p. 529-536, 1999b.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: Or “much Ado about Metaphors”. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). **Constitutionalism and Democracy**. Cambridge: Cambridge University, 1988, p. 195-240.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional Engagement in Transnational Era**. New York: Oxford University, 2010.

JANSEN, Letácio. **A face legal do dinheiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JUNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KATYAL, Neal Kumar. Justices as Advicegivers. **Stanford Law Review**, v. 50, 1997.

KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (Ed.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERCHE, Fábio. **O Ministério Público no Brasil**. Autonomia, Organização e Atribuições. 2002, f. Tese de doutorado (Ciência política). Universidade de São Paulo, São Paulo.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LETSAS, George. **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**. New York: Oxford University, 2007.

LÉVY-LEBLOND, Jean-Marc. **O pensar e a prática da ciência: antinomias da razão**. Bauru: EDUSC, 2004.

LEYETE, Guillaume. Les origines médiévales du ministère public. In: CARBASSE, Jean-Marie (Dir.). **Histoire du Parquet**. Paris: PUF, 2000, Cap. 1.

LIMA, Paulo Cesar Vicente. Projetos sociais: novos instrumentos de atuação do Ministério Público. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JUNIOR, Jarbas (Coord.). **Teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 463-490.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113-143.

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2. ed. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. **O Ministério Público e o Inquérito Civil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público e as novas técnicas de atuação na defesa dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JUNIOR, Jarbas (Coord.). **Teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 335-374.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério Público: democracia e ensino jurídico**, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MACHADO JUNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada**. 28. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1998.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Jurisdição constitucional e precedentes vinculantes no Brasil**. 2011. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MANFREDI, Christopher P. **Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism**. Don Mills: Oxford University Press, 2001.

MANFREDI, Christopher P.; KELLY, James B. Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 37, n. 3, p. 513-527, 1999.

MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela através do processo de conhecimentos**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ordem Judicial de Pagamento. Ausência de Recursos Orçamentários. Teoria da Impossibilidade Material. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 187, p. 351-368, 1992.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Poder e democracia**: o pluralismo político na Constituição de 1988. Porto Alegre: Síntese, 1999a.

\_\_\_\_\_. Ordem social: fundamentos da democracia participativa. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Ordem econômica e social**: estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira. São Paulo: LTr, 1999b. p. 32-42.

\_\_\_\_\_. A regulamentação da democracia direta e a divisão de poderes no Brasil. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. (Org.). **Diálogos constitucionais. direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1. p. 47-61.

\_\_\_\_\_. Perspectivas do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **O direito e o futuro**: o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008. p. 289-312.

\_\_\_\_\_. Constituição e pluralismo vinte anos depois. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a. p. 169-186.

\_\_\_\_\_. Democracia direta e divisão de poderes: algumas ideias latino-americanas. In: COUTINHO, Aldacy et al (Org.). **Liber Amicorum**: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009b. p. 105-116.

\_\_\_\_\_. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Org.). **A eficácia dos direitos sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009c. p. 257-273.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-40.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; SCAFF, Fernando Facury. A proteção dos direitos fundamentais em um sistema misto de justiça constitucional: o caso brasileiro. In: PAJARES MONTOLÍO, Emilio (Org.). **La protección judicial de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 57-142.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; SCAFF, Fernando Facury; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de (Org.). **Direitos fundamentais e relações sociais no mundo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2005.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; WEYL, Paulo. Fundamentos e marcos jurídicos da educação em direitos humanos. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al (Org.). **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Universitária, 2007. p. 103-115.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Introdução à administração**. São Paulo: Atlas, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade**. 22. ed. atual. e compl. com as Emendas Constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. New York: Oxford University, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Temas atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal**. CHAVES, Cristiano et al (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 365-405.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Temas atuais de direito processual civil, v. 14).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Paulo Valério Dal Pal; MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. **A negociação ética para agentes públicos e advogados:** mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos, e ética da negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MORAES, Raimundo; BENATTI, José Heder; MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (Org.). **Direito ambiental e políticas públicas na Amazônia.** Belém: ICE, 2007.

MORAES, Senithes Gomes; MARTINS, Janes França. O empenho da despesa e suas implicações. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, DF, v. 7, p. 46-56, 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos direitos difusos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual.** São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123.

\_\_\_\_\_. A legitimação para a defesa dos 'interesses difusos' no direito brasileiro. **Revista Forense**, Bauru, ano 77, v. 276, p. 1-6, out./nov./dez. 1981.

MORIN, Edgar; ALMEIDA, Maria da Conceição de; CARVALHO, Edgard de Assis (Org.). **Educação e complexidade:** os sete saberes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 2009.

MORTON, F. L. Dialogue or Monologue? **Policy Options**, v. 20, p. 23-26, abr. 1999.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; LORENZETTI, Ricardo Luis. **Derecho monetario.** Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1989.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho et al. **Responsabilidade fiscal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 1998. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante:** atualizado até 7 de julho de 2003. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOVELLI, Flávio Bauer. Segurança dos direitos individuais e tributação. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 25/26, p. 159-175, 1983.

NUNES, Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direitos difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Org.). **Processo civil coletivo.** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 82-93.

OLIVEIRA, Alkindar de. **O poder do diálogo:** como se tornar um grande líder. São Paulo: Academia de Inteligência, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema da eficácia da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n. 112, p. 9-22, out./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. **Princípios jurídicos e jurisprudência socioambiental.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREIRA, Potyara Amazoneida P. **Necessidades humanas:** subsídios à crítica dos mínimos sociais. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002

PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. **Ações prejudiciais à execução.** São Paulo: Saraiva, 2001.

PERKINS, John. **With Justice for All.** Ventura, California: Regal Books, 1982.

PERRY, Michael J. **The Constitution, The Courts, And Human Rights.** New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1982.

\_\_\_\_\_. Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for Courts. **Wake Forest Law Review**, v. 38, n. 2, p. 635-696, 2003.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIETERSE, Marius. Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights. **South African Journal on Human Rights**, v. 20, n. 3, p. 383-417, 2004.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 30, p. 62-87, jan./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Direito Público**, v. 1, n. 32, p. 193-227, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/879/685>>. Acesso em: 21 out. 2014.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PROENÇA, Luís Roberto. **Inquérito civil:** atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando de Atria. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137-176.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REIS, Jesus da Paixão. Orçamentos públicos. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, DF, v. 7, p. 5-31, 1978.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do Legislativo e a insuficiência do Judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 25-33, jul./set. 2013.

RIVERA CUSICANQUI, Silvia. La noción de “derecho” o las paradojas de la modernidad postcolonial: indígenas y mujeres en Bolivia. In: RIVERA CUSICANQUI, Silvia. **Violencias (re) encubiertas en Bolivia**. La Paz: Piedra Rota, 2010. p. 199-220.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001.

\_\_\_\_\_. Dialogic Judicial Review and its Critics. **Supreme Court Law Review**, v. 23, p. 49-104, 2004.

\_\_\_\_\_. Constitutional, Remedial, and International Dialogues about Rights: The Canadian Experience. **Texas International Law Journal**, v. 40, p. 537-576, 2005.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. Notas sobre a composição do dano ambiental no Brasil e nos Estados Unidos da América. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, São Paulo, n. 1, p. 171-184, out./dez. 1992.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Juizados especiais civis e ações coletivas**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 175-221.

\_\_\_\_\_. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César Augusto; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Desjusticia, 2010.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ROSANVALLON, Pierre. **La démocratie inachevée**. Paris: Gallimard, 2000.

SADEK, Maria Tereza Aina (Org.). **Justiça e cidadania no Brasil**. São Paulo: Sumaré: Idesp, 2000.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 8. p. 394-422.

\_\_\_\_\_. Contribuições sociais e o princípio da afetação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito tributário e reforma do sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 214-241.

SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Justiça constitucional e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Jair Cândido da. **Manual de execução orçamentária e contabilidade pública**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. Regime jurídico da despesa pública. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, DF, n. 6, p. 31-44, 1977.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Paulo Márcio da. **Inquérito civil e ação civil pública**: instrumentos de tutela coletiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Sandoval Alves da. **Empenho**: natureza, relação e consequências jurídicas. 1999, 56 f, Monografia (Curso de Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém.

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. Ensaio ao estudo da imparcialidade do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2124, 25 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12699>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Aspectos orçamentários e constitucionais da requisição de pequeno valor – RPV. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 461-489.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça probatória: negativa de tutela jurisdicional como consequência de negativa de convicção judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 37-68, jun. 2014.

SILVA, Sandoval Alves da; MAGALHÃES, Breno Baía. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 49, n. 195, p. 77-95, jul./set. 2012.

SOUTO, Claudio. **Tempo do direito alternativo**: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUZA, José Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

SOUZA, Moutari Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo entre neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-131.

\_\_\_\_\_. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

STONE-SWEET, Alec. **The Judicial Construction of Europe**. Oxford: Oxford University, 2004.

STONE-SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, n. 1, p. 73-165, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. **The Partial Constitution**. Cambridge, Mass.: Harvard University, 1994.

\_\_\_\_\_. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2001.

TARIN, Denise. A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas. In: VILELLA, Patrícia (Coord.). **Ministério Público e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.47-72.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Curitiba: Appris, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Forense, 1998, v. 2.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989.

\_\_\_\_\_. A nova constituição financeira. In: MERCADANTE, Paulo (Coord.). **Constituição de 1988: o avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990. p. 115-122.

\_\_\_\_\_. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

\_\_\_\_\_. O mandado de injunção e a legalidade financeira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 187, p. 94-110, jan./mar. 1992a.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e o tribunal de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 54-63, 1992b.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito financeiro e tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 4.

\_\_\_\_\_. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 477-490.

TORRES PÉREZ, Aida. **Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication**. Oxford: Oxford University, 2009.

TREMBLAY, Luc B. The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University, 1999.

\_\_\_\_\_. Democracy v. Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? **Dissent Magazine**, v. 52, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://dissentmagazine.org/mentest/archives/2005/sp05/tushnet.htm>>. Acesso em: 04 set. 2014.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis n. 9.868 de 10 nov. 1999 e n. 9.882 de 03 dez. 1999. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação de sentença**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinícius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercado: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 255-272.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning**. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2001a.

\_\_\_\_\_. **Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review**. Kansas: University Press of Kansas, 1999.

\_\_\_\_\_. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. **North Carolina Law Review**, v. 80, n. 3, p. 773-851, 2001b.

\_\_\_\_\_. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History**. New Jersey: Princeton University, 2007.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. Disponível em: <<http://www.cesarrodriguez.net/docs/libros/ElDerechoenAmericaLatina.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, v. 20, n. 78, p. 32-49, 1995.