



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

**GABRIELLA SENA RIOS RODRIGUES DOS SANTOS**

**MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA GARANTIA INSTITUCIONAL DO ESTADO  
CONSTITUCIONAL**

**Brasília**

**2017**

**GABRIELLA SENA RIOS RODRIGUES DOS SANTOS**

**MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA GARANTIA INSTITUCIONAL DO ESTADO  
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.  
Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Christine Oliveira Peter da Silva.

**Brasília**

**2017**

**GABRIELLA SENA RIOS RODRIGUES DOS SANTOS**

**MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA GARANTIA INSTITUCIONAL DO ESTADO  
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.  
Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Christine Oliveira Peter da Silva.

Brasília, de junho de 2017

**Banca Examinadora**

---

Prof<sup>a</sup>. Christine Oliveira Peter da Silva, Dr.<sup>a</sup>

Orientadora

---

Prof<sup>a</sup>. Betina Günther Silva, M.<sup>a</sup>

Examinadora

---

Prof. Rodrigo Pereira de Mello, M.

Examinador

## AGRADECIMENTOS

*Sou eternamente grata a Deus por me permitir a cada dia experienciar toda a magnitude do Seu amor e de Sua benevolência.*

*À minha mãe, Adiones, por ser minha maior fonte de inspiração e força, por me mostrar sempre sua fé e apoio incondicional aos meus sonhos.*

*Ao meu amado pai, William, por se dedicar tanto em possibilitar que eu alcance os meus objetivos, meu maior patrocinador e torcedor.*

*À minha irmã, Beatriz, luz da minha vida, melhor presente que os meus pais poderiam ter me agraciado. À minha companheira que jamais deixará o meu lado, que em todas as oportunidades mostra o seu imensurável amor por mim, obrigada*  
*Bê.*

*Aos meus professores que depositaram fé em mim, e me incentivaram a buscar o melhor de mim.*

*À minha orientadora, Christine, que me incentivou por todo esse árduo caminho sem jamais duvidar da minha capacidade.*

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo uma análise minuciosa da missão constitucional do Ministério Público dentro de um Estado Constitucional, sob a ótica da Teoria das Garantias Institucionais de Carl Schmitt. Esta temática é de relevância ímpar, visto que pouco estudada pelos teóricos das áreas das ciências sociais e jurídicas, sendo um campo frutífero para a obtenção de respostas aos diversos impasses do mundo moderno, como será perceptível ao final deste trabalho. Todavia, visto ter uma conotação de inclinação sociológica, este estudo se afastará do modelo padrão de propositura de um problema e irá se enveredar por uma análise a partir da exposição de conceitos. Não obstante, se contará com o respaldo de uma jurisprudência específica para validar o postulado proposto. Dessa forma, a partir do estudo de Marcio Iorio, que trouxe a luz da normatividade nacional a teoria supramencionada, e de Paulo Bonavides, que permeou em parte a referida teoria e se aprofundou no estudo sobre o órgão ministerial, será possível se apresentar um trabalho com um exame sólido e visível no mundo prático. Todo esse caminho será realizado a fim de se atestar que o Ministério Público é uma garantia institucional ao direito fundamental a um Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Garantia Institucional. Estado Constitucional. Ministério Público.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>4</b>
<b>1 O ESTADO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS.....</b>	<b>9</b>
1.1 Considerações Iniciais.....	9
1.2 O Estado Constitucional.....	9
1.2.1 A Concepção de Estado.....	9
1.2.2 Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito.....	10
1.3 O Estado Constitucional.....	12
1.4 A Dinâmica da ótica do Estado Democrático de Direito e a do Estado Constitucional: Denotações e Nuances.....	16
1.5 Teoria das Garantias Institucionais.....	17
1.5.1 Teoria da Garantia Institucional.....	17
1.5.2 As Garantias do Instituto.....	23
<b>2 O MINISTÉRIO PÚBLICO.....</b>	<b>25</b>
2.1 Informações Preliminares.....	25
2.2 O Órgão Ministerial no Brasil.....	26
2.3 Princípios norteadores da atuação do <i>Parquet</i> .....	28
2.4 O Ministério Público nas ações de natureza pública.....	30
2.4.1 Ação Penal Pública.....	31
2.4.2 Ação Civil Pública.....	32
2.5 A evolução do Ministério Público até a Constituição Cidadã.....	34
2.6 Facetas do Ministério Público pelo olhar dos membros.....	35
2.6.1 O Novo Ministério Público e suas perspectivas de Estado Democrático de Direito.....	35
2.6.2 O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social.....	37
2.6.3 As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu Necessário Balizamento.....	38
2.6.4 Propostas de um Novo Ministério Público.....	39

<b>3 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>42</b>
<b>3.1 Considerações Iniciais.....</b>	<b>42</b>
<b>3.2 <i>Leading case</i> R.E. 576.155.....</b>	<b>46</b>
<b>3.3 <i>Leading case</i> R.E. 605.533.....</b>	<b>48</b>
<b>3.4 <i>Leading case</i> R.E. 631.111.....</b>	<b>50</b>
<b>3.5 <i>Leading case</i> R.E. 409.356.....</b>	<b>52</b>
<b>3.6 <i>Leading case</i> A.R.E. 728.188.....</b>	<b>54</b>
<b>3.7 <i>Leading case</i> A.R.E. 643.978.....</b>	<b>56</b>
<b>3.8 <i>Leading case</i> R.E. 643.978.....</b>	<b>60</b>
<b>3.9 Considerações Finais.....</b>	<b>61</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>
<b>ANEXO A - Legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de interesses de beneficiários do DPVAT.....</b>	<b>77</b>
<b>ANEXO B - Legitimidade do Ministério Público Eleitoral para recorrer de decisão que defere registro de candidatura, ainda que não haja apresentado impugnação ao pedido inicial.....</b>	<b>79</b>

## INTRODUÇÃO

Este estudo insere-se no campo do Direito Constitucional, e busca mostrar como as garantias institucionais se relacionam, em um primeiro momento, com os direitos fundamentais sob a ótica de um Estado Constitucional, no qual estes são analisados por um prisma de coletividade, para assim, possibilitar que se analise a sua interação com a instituição do Ministério Público.

Durante a Assembleia Constituinte que na qual foi elaborada a Carta Magna vigente, houve uma enorme preocupação em inserir no texto constitucional bases fortificadoras da democracia, visto que o cenário nacional à época era de pós regime militar, onde por 21 anos tudo que se entendia por representação da vontade do povo foi execrado. Assim, a Constituição promulgada nasceu com inúmeras garantias a manutenção do regime democrático, dentre elas o seu assegurado precípua: o Ministério Público. Dessa forma, ante a importância imensurável desta instituição, lhe foi assegurada mecanismos de defesa de suas atribuições. É nessa esteira que se vislumbra a incidência de um manto de intangibilidade intitulado de garantias institucionais.

A seara das garantias institucionais é um tema do Direito pouco abordado pelos juristas. Em virtude da escassez de estudiosos que adentrem a temática ou sequer aprofundem aquilo que já existe no mundo, o presente trabalho busca trazer a luz da normatividade pátria o que se entende por esse instituto de importância singular.

A teoria das garantias institucionais garante uma proteção à instituição/direito assegurado, tanto em face do Poder Legislativo quanto de qualquer mudança no texto constitucional, incidindo sobre a figura protegida uma capa análoga à de cláusula pétrea. No tocante à figura do Ministério Público, este por ser função essencial à Justiça e ter inúmeras atribuições, dentre elas a defesa do Estado Democrático de Direito, encontra-se no mundo jurídico como uma garantia institucional a este. Uma vez que intentada a alteração de uma atribuição ou incumbência do órgão ministerial, este estará sendo violado. Dessa forma, para que haja a manutenção do Estado Democrático de Direito, é imprescindível a preservação do *Parquet* nos moldes do texto constitucional.

Este estudo se propõe a explicitar que sob o Ministério Público em sua figura de guardião do Estado Democrático de Direito recai a proteção de garantia institucional, esmiuçar os estudos sobre a teoria das garantias institucionais, tendo em vista ser uma seara frutífera, porém pouco adentrada pelos estudiosos brasileiros.

Pretende-se mostrar como o Ministério Público vem se auto afirmando no cenário jurídico. Todavia não será possível se analisar um viés relevante desse processo de autoafirmação que é a partir de seus regimentos internos e resoluções, visto a enormidade de materiais e a amplitude das temáticas. Busca-se, também, evidenciar a evolução deste desde o seu surgimento no mundo, iniciando-se a análise no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988. Visa-se, ainda, desnudar como o órgão ministerial partiu de um mero laçao das vontades dos detentores do poder para uma instituição protetora da ordem jurídica e da democracia.

Por fim, tem por escopo mensurar a atuação do Ministério Público a partir de julgados da Corte Suprema, exceto os de natureza criminal, e identificar como no plano prático a teoria das garantias institucionais legitima o trabalho dessa instituição.

No tocante à atenção dada ao Ministério Público nesta obra verifica-se a relevância social, tendo em vista que a Constituição cidadã atribui caráter permanente para o órgão ministerial em face de uma de suas funções primordiais, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim como é de suma importância para o ordenamento jurídico nacional, pois além de ser o legitimado para a propositura de várias ações, este tem, ainda, um canal que viabiliza a proximidade das demandas sociais. Dessa forma, tal instituição merece ser foco de pesquisa acadêmica com o intuito de a conhecendo melhor poder fazer uso de suas ferramentas em prol de uma sociedade mais segura em relação a defesa dos seus direitos.

Além de fornecer proteção à sociedade elencada, o Ministério Público é uma instituição essencial ao ordenamento jurídico de um Estado Democrático, assim sendo, um estudo sobre ele acarretará na incidência de um novo olhar sob como as instituições jurídicas se comportam. Toda vez que um estudo no ramo jurídico é feito abre-se espaço para a evolução do ordenamento, e conseqüentemente mudanças acontecem, o que inevitavelmente reflete na vida prática de cada cidadão brasileiro.

Acerca da relevância acadêmica, o estudo sobre as garantias institucionais adentra uma seara que necessita de atenção. A falta de teóricos gabaritados sobre o tema evidencia o clamor desse ramo do Direito por acadêmicos que versem sobre essa questão. Desde Carl Schmitt, nem no Brasil, nem em outro lugar do mundo globalizado surgiram grupos de juristas, cientistas políticos ou teóricos de outros ramos das ciências humanas e sociais que dispusessem seus tempos e esforços para aprimorar a tese do único marco teórico legítimo dessa teoria. Sendo então objeto de análise de poucos pesquisadores envolvidos pelo tema, como é o caso do marco teórico deste trabalho.

Não obstante, a Academia é um lugar de diálogo, evolução e aperfeiçoamento de teses. Essa estagnação visível na aceitação do que já foi postulado mostra a existência de um comodismo que é inaceitável em tempos modernos. O Direito Constitucional é uma área fértil para o lançamento de teorias que dão ensejo a discussões gananciosas. E o presente ensaio pretende ser mais uma contribuição para pôr em voga a importância de mais estudos sobre as garantias institucionais.

Particularmente, o tema faz-se presente no espírito desta autora, que tem uma paixão tanto pelo Direito Constitucional, quanto pelo órgão ministerial. Estudar o Ministério Público será a oportunidade de entender essa instituição, e consolidar anseios pessoais latentes.

Outro ponto relevante a ser elucidado é quanto ao problema de pesquisa e as hipóteses de trabalho. A análise proposta por este trabalho de conclusão de curso foge do molde corriqueiro em que se formula uma problemática, buscando-se sua aplicação prática no mundo, para ao final propor uma solução. A pesquisa será feita, em suma, a partir de conceitos propostos por teóricos e pela análise jurisprudencial. Seguindo por um viés sociológico o estudo buscará expor argumentos, além de referências fáticas e teóricas que ao final possibilitem a confirmação de que o Ministério Público é uma garantia institucional ao Estado Democrático de Direito. Assim, a questão que norteará o corpo do texto Como o Ministério Público, a partir da sua garantia institucional, vem auto afirmando sua legitimidade na defesa de suas atribuições constitucionais.

Assim, para se adentrar ao assunto postulado utilizar-se-á como marco teórico o professor Marcio Iorio Aranha. Iorio se utiliza da Teoria das Garantias Institucionais formulada por Carl Schmitt para mostrar a existência de garantias diversas das somente constitucionais.<sup>1</sup> Apresenta-se uma garantia sedimentada na intangibilidade de seu núcleo, frente a atuação do Poder Legislativo, dentro de um ordenamento propulsor da democracia.

Permeiar-se-á um caminho em que há a defesa do Estado Constitucional como alicerce desta teoria. Desta feita, objetiva-se mostrar com afinco o que são as garantias institucionais, como elas se diferenciam de outra garantia analisada pela teoria, sendo as garantias do instituto. Para, ao final, permitir a vinculação, após a elucidação sobre a estrutura de atuação do Ministério Público, deste à uma garantia institucional a um direito fundamental específico.

Como instrumento que possibilitará a análise proposta, a metodologia empregada será a dedutiva, visto que pretende-se mostrar como a partir do conceito de garantia institucional, esta incide sob o Ministério Público. Para tal empreitada, utilizar-se-ão uma forte carga teórica e conceitual, que ao final, possibilitará que se vislumbre o postulado na análise jurisprudencial.

Assim sendo, o trabalho contará com três capítulos. O primeiro é destinado a análise dos conceitos de Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional. Neste momento se analisará definições de Estado e características que influíram na transição de visão entre os acima elencados. A teoria defendida pelo marco teórico também figurará no cerne da pesquisa neste tópico. Assim, mostrar-se-á o envolvimento destes institutos ao longo do trabalho.

O segundo capítulo é dedicado a um estudo minucioso do Ministério Público. Desde os primórdios da humanidade onde se vislumbrou nos egípcios uma dinâmica que poderia remontar ao que se tem hoje nesta instituição, até o modelo francês, no qual os demais países democráticos se embasaram. A jornada da consolidação do *Parquet* no Brasil também será estudada, a fim de se avaliar seu papel. Conterá, ainda, com o olhar dos membros do órgão ministerial, avaliando pontos cruciais para a atuação deste.

---

<sup>1</sup> ARANHA, Márcio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

Por fim, ao terceiro capítulo cabe a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, nos quais é questionada a legitimidade do Ministério Público na propositura de ações civis públicas das mais diversas temáticas. Serão examinadas questões corriqueiras do mundo jurídico, como também temas pertinentes a vida direta dos brasileiros, como por exemplo, o FGTS.

Mediante este exame encadeado busca-se o final mostrar indubitavelmente que o Ministério Público é uma garantia institucional ao direito fundamental a um estado democrático de direito. Conhecer todos os instrumentos asseguradores dos seus direitos faz com que a efetivação destes seja viabilizada, assim, é de uma valia incontestável a familiarização sugerida com este tema.

# 1 O ESTADO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS

## 1.1 Considerações Iniciais

O presente capítulo dissecará o conceito de Estado Democrático de Direito, permeando a evolução deste até o Estado Constitucional, tal como apresentará a Teoria das Garantias Institucionais, para propiciar que, ao fim deste trabalho, se apresente a relação entre os institutos a serem estudados neste tópico e a instituição do Ministério Público.

Em um primeiro momento a análise será focada no Estado Democrático de Direito. Pretende-se mostrar como o que se entende por Estado evoluiu de uma figura liberal para adotar um escopo democrático. Para assim, se perceber o desenvolvimento, dentro de um Estado Democrático, de uma nova ótica de percepção dos direitos fundamentais, o Estado Constitucional.

E é a partir do estudo de todo o envoltório que abarca o Estado que se pode analisar a Teoria das Garantias Institucionais, e como esta, com enfoque em seus escopos, se relaciona diretamente com o objetivo precípua do Estado Constitucional. Permitindo que assim, possa se postular as premissas defendidas por este trabalho.

## 1.2 O Estado Constitucional

### 1.2.1 A Concepção de Estado

Para Sahid Maluf entende-se por Estado a organização que tem por escopo a manutenção da vida social a partir da aplicação do Direito.<sup>2</sup> Segundo Bonavides há uma aceção filosófica, uma jurídica e uma sociológica do que seria este.<sup>3</sup> Isto posto, o viés filosófico adveio de Hegel que o entendia como “[...] o racional em si e para si. Essa unidade substancial é um fim em si absoluto. Ela tem o direito supremo em face dos indivíduos, cujo primeiro dever é o de serem membros do Estado”.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26.ed. Saraiva, 2007, p. 1.

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 74.

<sup>4</sup> LÉVI-BRUHL, Lucien. A Teoria do Estado em Hegel. *Princípios Revista de filosofia*, Natal, v.20, n. 33, p. 655, jan. / jun. 2013.

Na seara jurídica inúmeros estudiosos se debruçaram na empreitada de elaborar uma definição para Estado. Kant o vislumbrou como “a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito”.<sup>5</sup> Giorgio Del Vecchio asseverou que o Estado é “o sujeito da ordem jurídica na qual se realiza a comunidade de vida de um povo” ou, ainda, “a expressão potestativa da Sociedade”.<sup>6</sup> Burdeau postula sobre o tema no seguinte sentido

“o Estado se forma quando o poder assenta numa instituição e não num homem. Chega-se a esse resultado mediante uma operação jurídica que eu chamo a institucionalização do Poder”.<sup>7</sup>

Sob o prisma da sociologia, segundo Duguit, o Estado pode ser visto como um conjunto ordenado no qual fortes se impõem em face dos fracos.<sup>8</sup> Max Weber potencializou o papel da força em sua análise sobre o tema. Para este tem-se um Estado formado a partir do momento em que um conglomerado humano se assenta em uma superfície terrestre e, toma para si o monopólio da violência física legítima.<sup>9</sup> Ou seja, ao passo em que um determinado grupo se impõe aos demais, uma vez a coletividade já tendo fixado moradia, perfaz-se um núcleo de Estado.

Para se propiciar um desenvolvimento lógico da temática, faz-se necessário examinar a transição do que se entendeu como primeira envergadura de Estado, sendo este enraizado em um discurso liberal, para um Estado Democrático de Direito.

### 1.2.2 Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

Desde o surgimento da primeira figura que remontaria ao que se conhece por Estado na atualidade, este vem passando por diversas transformações. Esse processo de desenvolvimento foi permeado por diversos estágios evolutivos, que, por fim, desembocaram na formulação do Estado Democrático de Direito. A priori

<sup>5</sup> KANT. *Metaphysik der Sitten*, p. 135 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74.

<sup>6</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Philosophie du Droit*, p. 351-352 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 75.

<sup>7</sup> BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, t. II, p. 128 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 75.

<sup>8</sup> DUGUIT, Léon. *L'État*. Paris: Dalloz, t. 1, p. 615-619 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 76.

<sup>9</sup> WEBER, Max. “Wirtschaft und Gesellschaft”, vierte, neu herausgegebene Auflage, besorget von Johannes Winckelman, I, Halbband, p. 29 e 2. Halbband, p. 830 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 77.

cabe estabelecer o conceito de Estado de Direito. Streck e Moraes entendem que este pode ser descrito como um Estado que tem sua atuação respaldada, norteada e limitada por um regime jurídico ante a relação individual com cada ser da sociedade. Já os componentes da sociedade, os cidadãos, possuem instrumentos que lhes permitem fazer oposição à uma atuação margeada de abuso estatal.<sup>10</sup>

Nessa noção de Estado há a supremacia da lei sobre o agente estatal.<sup>11</sup> Dessa forma, a atuação do agente público é sempre limitada pelo prescrito na lei. Todavia, o conteúdo desse Estado não se esvazia na lei e em sua imposição, agrega também outros conceitos, tais como os direitos fundamentais vinculados a uma determinada cultura.<sup>12</sup> O Estado de Direito é, ainda, uma acepção densa da democracia, e de qual é a função do próprio Estado. Destarte, este poderá figurar como liberal, sob um enfoque delimitado, social e, a roupagem em análise, o democrático.

Em suma no Estado Liberal de Direito não basta que este seja respaldado por um conjunto de normas legais, deve-se haver a instituição de um plano norteador com o intuito de propagar reflexos.<sup>13</sup> É nesse tocante que este Estado encontra os ideais do liberalismo, especialmente, na defesa dos direitos individuais. Assim sendo, os aspectos notórios deste são: a cisão do Estado e da Sociedade Civil; a salvaguarda das garantias dos indivíduos, sobretudo como guia frente as relações homem-Estado; o surgimento das ideias de democracia, representação popular e controle dos produtos advindos do legislativo; por fim, verifica-se a transformação que desembocou de um Estado Mínimo que privilegia as relações interindividuais.<sup>14</sup> Destarte, o escopo desse Estado é proporcionar que as relações entre os indivíduos sem perfaçam sem que haja uma interferência estatal direta<sup>15</sup>, haja vista que as liberdades individuais são anteriores ao próprio Estado.<sup>16</sup>

---

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91-92.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.94.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 96

<sup>16</sup> MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. *Revista de legislação informativa*, Brasília, v. 51, n. 204, p. 269–285, out. / dez. 2014.

Já o Estado Social de Direito é decorrente de um aprimoramento, e consequente, evolução do anterior. Neste incorpora-se ao Direito uma essência social. Isto posto, deve-se limitar a atuação estatal, no entanto, juntamente, deve-se positivizar uma prestação proativa no sentido de viabilizar o ideário social.<sup>17</sup> Assim, o propósito deste é garantir que a incidência estatal será norteadada pelo bem-estar comum, uma vez que os propósitos unicamente individuais deram espaço aos coletivos.

Finalmente, o Estado Democrático de Direito surge como um novo modelo que visa amalgamar um ordenamento jurídico composto por um teor social, um conglomerado jurídico positivado e, um propagador da democracia.<sup>18</sup> Ao viés da legalidade importa que a norma propicie a efetivação da igualdade entre as pessoas. Dessa forma, verifica-se que o Estado Democrático de Direito tem em sua essência um núcleo promulgador de mutação de realidades, com a efetiva participação da sociedade no transcurso desta.<sup>19</sup>

Destarte, os princípios basilares do Estado Democrático de Direito são, também, fundados na acepção de Ferdinand Lassalle na qual a Carta Magna que norteia tanto a vida de um povo, quanto o ordenamento jurídico daquele território, deve refletir a realidade dessa sociedade em questão, ou seja, deve ser emanada dessa.<sup>20</sup>

### 1.3 O Estado Constitucional

A nomenclatura Estado Constitucional tem como precursores constitucionalistas alemães dentre os quais cabe citar Carl Schmitt e Peter Haberle. Todavia, tal conceito se espalhou dentre os redutos constitucionalistas da Itália, Espanha, e ainda, em países como Estados Unidos e Canadá.<sup>21</sup>

O Estado Constitucional<sup>22</sup> não figura no mundo jurídico como uma forma específica do Estado de Direito, e sim como a personificação dos reflexos dos

---

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 96.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>20</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 38.

<sup>21</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

<sup>22</sup> A professora Christine Peter se faz valer da expressão Estado de Direitos Fundamentais para enunciar um outro modelo de Estado, sendo este um norteador para fins de atualização do Estado de Direitos, haja vista a temática do assecuramento dos direitos fundamentais.

direitos fundamentais neste. As duas formas coexistem sem que uma anule a outra, pelo contrário, essa existência pacífica reforça a viabilidade dessa roupagem estatal.<sup>23</sup>

O Estado Constitucional atua como um renovador da essência do Estado de Direito, uma vez que em virtude das diversas problemáticas as quais as instituições são expostas, estas devem sempre balizar a atuação com o intuito de resguardar, ou não, as garantias fundamentais.<sup>24</sup> Todavia, não foi pacificado quais seriam os princípios que devem servir como base de um Estado vinculado efetivamente com a temática dos direitos fundamentais.

É nessa seara que insurge no ordenamento jurídico estado unidense uma teoria que afirma que a capa de juridicidade somente recai após um processo de análise, procedimento este feito por órgãos competentes para tal.<sup>25</sup> Dessa forma, verifica-se claramente que em um sistema de *Common Law* a adequação daquilo que é postulado pelos operadores do Direito é feita por eles próprios, em razão de alterações no cenário incidente, seja na política ou por um clamor sociocultural.

Isto posto, segundo Haberle esse Estado encontra-se terminantemente desabrochado, ou seja, sempre passível de mudança de acordo com a realidade local e temporal. Dessa forma, verifica-se que o Estado Constitucional comunga com todas as diretrizes do Estado de Direito, sejam estas a supremacia do direito; a ideia de um modelo estatal no qual há uma separação dos poderes, sem, no entanto, perder de vista a necessidade de fiscalização entrepartes destes; e o engajamento com a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>26</sup>

Perez Luño elenca algumas incumbências designadas ao Estado Constitucional, tais como estreitar o estudo da relação entre como este se relaciona como os direitos humanos, analisar o cenário doutrinário no qual essa forma de Estado

---

<sup>23</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de direitos fundamentais*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

<sup>26</sup> HABERLE, Peter. La Constitución como cultura, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, v. 6, ano 2002, Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, p. 177-198 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de direitos fundamentais*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

está submergida, dentre outras. Destarte, faz-se necessária a tripartição da análise dos preceitos que se modificaram de um Estado a outro.<sup>27</sup>

A princípio tem-se a ideia de substituição da supremacia da norma positivada pela supremacia da Carta Magna. É pacificado que a preponderância da lei em um Estado de Direito é a sua característica mais forte, haja vista que todo o ordenamento jurídico que se constrói numa forma de cascata busca validade e respeito aos ditames legais. Todavia, em virtude do surgimento, gradativamente mais frequente, de normas tanto de força superior e inferior às leis, estas induzem o intérprete do texto constitucional a uma postura de abertura à variadas formas de apreciação.<sup>28</sup>

Insta consignar, em consonância com a temática, os vieses nos quais a interpretação constitucional pode fluir. De acordo com Canotilho, seja na interpretação como forma de resgatar o direito englobado no texto constitucional escrito, ou entender que a interpretação feita do direito que está na lei da Constituição é uma operação, ou que o resultado da interpretação é em si a aceção dada por esta.<sup>29</sup>

Isto posto, é compreensível o embate acerca dos limites entre a interpretação dada pelos juristas e a, que por inúmeras vezes vai além daquela dada por estes, aplicada pelos magistrados. Destarte, essa temática desemboca na problemática da intromissão das funções precípua entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Por um lado, razoável o entendimento de Capelletti, por mais exaustivo que seja o empenho do legislador na produção da norma, não se consegue esvaziar as possibilidades de interpretação de tal forma que somente seja possível aquela intentada.<sup>30</sup> Dessa forma, é inegável que na constância de uma lacuna na lei o juiz

---

<sup>27</sup> HABERLE, Peter. La Constitución como cultura. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid : Centro de Estudios Políticos y constitucionales, v. 6, p. 177-198, 2002 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de direitos fundamentais*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> CANOTILHO, J. J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1200-1201 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de direitos fundamentais*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

<sup>30</sup> CAPPELLETI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993, p.21 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de direitos fundamentais*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

será provocado para resolver a lide, e uma vez que este não pode se negar a exercer a atividade jurisdicional<sup>31</sup>, inevitavelmente dará o seu entendimento a respeito da norma.

Destarte, a atuação do magistrado no tocante a questões que versem sobre a imprecisão e/ou dubiedade da lei, ou que incidentalmente, o leve a interpretar alguma norma, deve sempre ser guiada por encargos de cunho moral, íntimo e jurídico.<sup>32</sup>

Em relação a mudança de paradigma de modelo de Estado há, também, a transição da separação para a interdependência entre as funções detentoras de poder. Nessa esteira tem-se a passagem de um Estado que toma para si a reserva da lei à um que tem por intuito zelar pela reserva da Carta Magna.<sup>33</sup> Para J. M. C. Vile as funções do Estado e os seus meios de efetivá-las não devem encontrar-se apartados, tampouco amalgamados. Nessa conjuntura haveria um denominador comum no qual o poder estatal estaria sob controle, no entanto seria eficiente.<sup>34</sup>

Não a despeito ao postulado ao longo do desenvolvimento normativo durante a História, o século passado trouxe uma necessidade de mudar o enfoque da disposição das relações entre as funções dos Poderes para interligá-las e controlá-las a partir do estipulado na Constituição.<sup>35</sup> Assim, cada função vinculada aos poderes deteria mecanismos de obstruir a intervenção desmedida de outra.<sup>36</sup>

Nessa esteira, cada uma e todas as ramificações dos poderes deteriam mecanismos para impedir que outra invadisse a sua seara, viabilizando a

---

<sup>31</sup> CAMPOS, Corine. Direito de Ação: *Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição*, 2003. Disponível em: <<http://www.diretonet.com.br/artigos/exibir/1067/Direito-de-Acao-Principio-da-Inafastabilidade-da-Jurisdicao>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 71 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de direitos fundamentais*, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 08 nov. 2016.

<sup>34</sup> VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 367 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de direitos fundamentais*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

<sup>35</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in *Revista de Direito Público*, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de direitos fundamentais*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

<sup>36</sup> Ibidem.

estruturação de cada órgão de acordo com a instrução constitucional.<sup>37</sup> Após se permear o caminho transcorrido desde os primórdios do Estado Liberal até se chegar a análise profunda do Estado Constitucional, é essencial se pontuar o que difere este do Estado Democrático de Direito.

#### **1.4 A Dinâmica da ótica do Estado Democrático de Direito e a do Estado Constitucional: Denotações e Nuances**

Cabe salientar que no tocante a diferença entre Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional encontra-se a ótica sob a qual estes encaram os direitos fundamentais. No primeiro tem-se os direitos fundamentais sob um prisma de subjetividade, já no segundo prepondera a objetividade. Tal transição se deu em virtude da mudança para uma perspectiva mais abrangente em termos de se pensar os titulares dos direitos, adotando-se uma corrente da coletividade.<sup>38</sup>

Ao se adotar uma perspectiva objetiva atesta-se que a prestação jurisdicional exigida vai além da usualmente cabível. As novas demandas impõem e exigem formas de pensamentos inovadores, em razão da crescente evolução da sociedade.<sup>39</sup> Nesse tear, há o constante surgimento de aplicações inovadoras dos direitos fundamentais, em virtude, novamente, do mecanismo interpretativo usado.

Nesse tocante, uma vez que soluções medianas não mais eram satisfatórias visto que nem mesmo as normas conseguiam acompanhar o desenvolvimento tanto da realidade, quanto da sociedade em si, atestou-se a necessidade, já citada, de formas de pensamento mais elaboradas e refinadas no quesito de prestação material.<sup>40</sup>

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais analisados sob a esfera da objetividade são fruto da evolução da população. Isto posto, deixar de

---

<sup>37</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira, in Revista de Direito Público, ano XIV, julho/dez 1981, p. 121-122 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de direitos fundamentais*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 151. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/6399277/e-book---ingo-sarlet---a-eficacia-dos-direitos-fundamentais---2012>>. Acesso em 24 mar. 2017.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 152.

pensar os direitos fundamentais dos indivíduos como singulares, e ponderá-los a partir de uma noção de coletividade, permite a objetivação destes frente ao sistema normativo.<sup>41</sup> Dessa sorte, é na interação entre os titulares dos direitos, sejam difusos ou coletivos, e o aporte jurídico positivado que se verifica a necessidade de prestações condizentes com a realidade da sociedade. Por fim, o Estado Constitucional dentro de sua magnitude e inúmeras facetas busca efetivar as garantias fundamentais. E é no escopo do Estado Constitucional que se vislumbra o desenvolvimento da teoria elaborada por Carl Schmitt intitulada de Teoria das Garantias Institucionais, a qual será objeto de estudo a seguir.

## 1.5 Teoria das Garantias Institucionais

A garantia institucional e a garantia do instituto são espécies de garantias do gênero garantia constitucional. Pode-se afirmar que a garantia do instituto apesar de se enraizar pelo ordenamento jurídico de forma homogênea, tem sua origem precípua no Direito Privado. Já a garantia institucional emerge do Direito Público. Apesar da possível diferenciação entre tais institutos, estes interagem de forma a se transfigurem em uníssono.

### 1.5.1 Teoria da Garantia Institucional

Para Paulo Bonavides o significado da palavra garantia, sob um viés sem vinculação a uma área específica, está relacionado à segurança em contraposição a falta de certeza e fragilidade. No ramo político-jurídico tal conceito se vincula, principalmente, aos direitos de personalidade e liberdade, sendo estes interesses mercedores dessa noção de proteção. No entanto, o autor ressalva que é equivocada a concepção de que direito e garantia são sinônimos para um mesmo instituto.<sup>42</sup>

Esse entendimento errôneo é percebido, frequentemente, nas situações nas quais garantia e Constituição estão relacionadas. Quando o assunto

---

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 151. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/6399277/e-book---ingo-sarlet---a-eficacia-dos-direitos-fundamentais---2012>>. Acesso em 24 mar. 2017.

<sup>42</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 537.

versa sobre garantias, declarações e direitos há três vertentes que tangenciam esses institutos, que são: o indivíduo, a liberdade e a instituição, essa inserida no século XX.<sup>43</sup>

Bonavides afirma que Rui Barbosa foi o mais duro jurista brasileiro em sua época em relação a essa falta de zelo ao conceituar os dois institutos. Para o autor póstumo “[...] Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.”<sup>44</sup>

Já nas palavras do francês Littré, em contraposição Direito é “[...] a faculdade reconhecida, natural ou legal, de praticar ou não praticar certos atos.”<sup>45</sup> Na acepção moderna de Jorge Miranda “Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias; os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.”<sup>46</sup> Por conseguinte, as garantias são vinculadas ao Estado, já os direitos e liberdades são ligados à pessoa de diversas formas.<sup>47</sup>

Não há um conceito concreto para definir a teoria das garantias institucionais. No entanto, pode-se preceituá-la com certeza como um instituto de direito público, cujo teor varia em face da instituição assegurada e ligado à Constituição ou regime político vigentes.<sup>48</sup> Para Márcio Iório Aranha em uma análise da formação de tal instituto deve-se pacificar que não há um entendimento redondo do que ele é, tendo em vista que seu objeto de proteção não é pontual e específico, sendo assim “ A teoria das garantias institucionais pressupõe uma interação subjetiva-objetiva dos direitos fundamentais, faces subjetivas e objetivas, que se relacionam mutuamente.”<sup>49</sup>

---

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 537-538.

<sup>44</sup> BARBOSA, Rui. *A Constituição e os Atos Institucionais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893. *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 540.

<sup>45</sup> LITTRÉ. *Grand Dictionnaire*. Vol. II. p. 1245 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 539.

<sup>46</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t.IV, “Direitos Fundamentais”, p.88-89 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2014,, p. 540.

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 540-541.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 548.

<sup>49</sup> ARANHA, Márcio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 168.

A garantia institucional é, ainda, uma proteção que a Carta Magna destina a direitos fundamentais correlatos as instituições seguradas. No Brasil, tendo em vista que o Estado tem um viés extremamente social, as garantias institucionais se moldam como menos individualistas do que eram originalmente.<sup>50</sup>

Paulo Bonavides conclui que as garantias institucionais e as constitucionais formam um conceito uno e amalgamado. Destarte:

[...] a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.<sup>51</sup>

Certas instituições jurídicas carecem de uma salvaguarda perante qualquer atentado ou forma de inibição da sua atuação por parte do Estado ou de seus legisladores. Assim, tal garantia não é dada pelo Estado, mas sim oponível em face dele.<sup>52</sup>

Carl Schmitt foi pioneiro ao estabelecer a teoria da garantia institucional, sendo esta entendida por ele como uma defesa especial para certas instituições, desagregando-a dos direitos fundamentais. A escola constitucionalista da República de Weimar, na qual os estudos dessa garantia tiveram berço, aperfeiçoou tal conceito ao estabelecer que a garantia institucional oferece um determinado grau de inatingibilidade ao seu objeto de proteção. Outros juristas deram suas contribuições acrescentando um caráter cada vez mais absoluto à concepção em foco.<sup>53</sup>

As garantias institucionais estão inseridas num cenário dinâmico de contraposição, onde de um lado há ordem e conservação e de outro desordem e inovação.<sup>54</sup> Uma garantia institucional vai ter seus parâmetros delimitados de acordo com a valoração atribuída as instituições em cada Constituição, ou seja, muda em cenários diferentes. E uma vez esse valor sendo estabelecido, automaticamente, sobre a instituição recai a garantia. Assim, evidencia-se que a proteção que a garantia

---

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 548-549.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 550.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 551.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 552-553.

<sup>54</sup> ARANHA, Márcio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 165-166.

dá tem por escopo a manutenção da instituição e o distanciamento de qualquer dano mínimo que possa dizimá-la.<sup>55</sup>

Tais garantias asseguram os direitos fundamentais por pô-los na esfera de proteção objetiva do Estado. A teoria estabelece que os direitos fundamentais se corporificam tanto em direito subjetivos como em uma proteção objetiva e efetiva às instituições jurídicas, sendo assim, as garantias protegem esses direitos, em face inclusive do Poder Legislativo. Por conseguinte, essas garantias vão nortear e delimitar a influência da atuação estatal incidente no seu objeto de tutela.<sup>56</sup>

Verifica-se que as garantias institucionais são um alicerce de caráter normativo no qual há a incidência fática de forma a influenciá-lo, ou seja, a proteção não é estanque, se molda à medida que há uma mudança da realidade do cenário em que está inserida sem extinguir a norma positivada. Há, no entanto, uma visão que critica a teoria por entender que essa proteção pode findar por acarretar numa fixação de conteúdo com o enfoque coletivo, ou seja, não haverá espaço para uma evolução dos direitos individuais. Todavia, o que não se passa desapercibido a luz desse embate extremista é que tal teoria protege os direitos materiais constantes da Constituição.<sup>57</sup>

Para Schmitt a Constituição tem um viés estático e um dinâmico, sendo o primeiro relativo a unidade política e o seguinte a não estagnação da unidade popular.<sup>58</sup> Há a abordagem do decisionismo schmittiano que traduz-se como a Constituição sendo uma “[...] decisão política fundamental, por intermédio do titular do poder constituinte, que por natureza encarnaria a unidade nacional.”<sup>59</sup> Para o autor alemão há uma diferença entre a Constituição e a lei constitucional, sendo assim, a essência e a continuidade da primeira estão acima desta.

Em conformidade com esse raciocínio acima descrito, estabeleceu-se o postulado de que há núcleos essenciais no texto constitucional e que qualquer decisão que vise revisá-los irá na verdade alterá-los. Tais cláusulas se assemelham as cláusulas pétreas que existem na Constituição brasileira vigente. Todavia, a

---

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 554-555.

<sup>56</sup> ARANHA, Márcio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 169-171.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 172-173.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 174-175

<sup>59</sup> Ibidem, p. 175.

acepção schmittiana concede o poder de delimitação desses núcleos a quem está no poder, ou seja, torna a norma uma lacaia da política.<sup>60</sup>

A teoria de Carl é qualificada como extremista tendo em vista que esvaziou o conteúdo da Constituição ao submetê-la a um juízo externo.<sup>61</sup> Em consonância com a falta de uma norma, fez-se insurgir um Estado autoritário na Antiga República de Weimar, onde ansiava por estabelecer um poder centralizado e fortificado. Personificando assim a sua falha no campo prático em sucessão à no plano teórico. Partindo agora de um ponto onde a realidade social vai determinar os enfoques da dinâmica jurídica-política, desenvolveu-se o institucionalismo schmittiano, no entanto, mais uma tese imperfeita foi o produto final.<sup>62</sup>

Tal caminho foi percorrido pelo teórico para aprimorar sua obra a ponto de chegar nas garantias institucionais propriamente ditas. Para ele os direitos fundamentais antecederiam e se sobreporiam ao Estado, já as garantias institucionais são limitadas, no entanto são elas que possibilitam o estabelecimento dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais. Assim, vê-se a limitação, já elucidada, que essas garantias provêm ao legislativo, em razão de tais instituições protegidas não terem um conteúdo vazio.<sup>63</sup>

Os direitos fundamentais protegem certos bens jurídicos e as garantias institucionais existem para delimitá-los “[...] na vivência constitucional.”<sup>64</sup> Essa acepção é consonante com a ideia de que as garantias institucionais não precisam de um sujeito titular para que elas possam existir, tendo em vista que os direitos subjetivos estão abaixo das garantias institucionais. E dentro das próprias garantias institucionais há uma delimitação que gera duas vertentes, sendo elas as *garantias institucionais* e as *garantias do instituto*<sup>65</sup>, tópico a ser elucidado no desenrolar do presente estudo.

Por um olhar objetivo, as garantias são a âncora do instituto assegurado, já sob um prisma subjetivo há o distanciamento do direito a elas correlato,

---

<sup>60</sup> ARANHA, Márcio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 176-177.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 178-179.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 180-185.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 186-191.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 194-198.

ou seja, há uma proteção que põe em primeiro plano a instituição. No entanto, essa teoria que tem tais características se torna incoerente ao não a sobrepor ao ordenamento jurídico vigente. Tal negligência teórica tornou o conteúdo dos direitos fundamentais vazio, vinculando-os apenas as suas restrições legais, tendo em vista que qualquer abalo na estrutura política ocasionará uma potencial violação ou alteração desses direitos.<sup>66</sup>

As garantias institucionais têm uma face dúplice no tocante a sua função. Em um lado há o caráter dinâmico de alteração constante do sistema que reflete no seu objeto direto. Em outro há o caráter preservador daquilo que já foi internalizado de forma a se tornar imaculado e intocável. Apesar de aparentemente serem excludentes, essas faces coexistem de forma pacífica e sem se restringirem mutuamente. A teoria institucional protege os núcleos essenciais, já suscitados, permitindo que eles permaneçam intactos. Essa incidirá na atmosfera exterior moldando-a à realidade de dinamismo.<sup>67</sup> Sob um prisma diverso, mas em compasso com o anterior, a dupla função das garantias institucionais se concretiza em “[...] atualizadora e materializadora de conteúdo[...]”<sup>68</sup> e “[...] protetora da essência dos direitos fundamentais[...]”.<sup>69</sup>

Aranha dialoga com Bonavides quando versa sobre a maior importância dessa teoria, sendo ela “[...] revalorizam os direitos da liberdade[...]”.<sup>70</sup> Para Márcio as garantias institucionais em razão de sua função primordial e duplicada cristaliza e dá sentido ao mundo normativo exterior ao instituto abarcado, mas que incide nele. Ao se entender as garantias institucionais como um vínculo entre a positividade e o direito natural garante-se mais do que a existência da teoria. E tal teoria desempenha seu papel sempre em conformidade com outras essências dos direitos, tais sejam a razoabilidade, fundamentação, ou seja, não estão soltas no mundo normativo-jurídico.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> ARANHA, Márcio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 207-212.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 215-216.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 219-223.

### 1.5.2 As Garantias do Instituto

As garantias institucionais propriamente ditas protegem os direitos e bens ligados ao direito público e as garantias do instituto seguram os ligados ao direito privado.<sup>72</sup> Para Schmitt seriam exemplos de garantias institucionais ligadas ao ramo público do direito a proteção dada a independência do juiz, a liberdade de ensino, a proibição de tribunais de exceção...<sup>73</sup>. No entanto, é importante ressaltar que o alargamento do que se pode entender por garantia institucional. Em sua visão, Carl entende que abrir em demasia o leque abarcado pelo instituto pode findar por confundi-lo com elementos impalpáveis e comuns.<sup>74</sup>

As duas vertentes da teoria das garantias institucionais são sempre o complemento e a conexão em uma instituição específica. As garantias do instituto têm seu núcleo objetivo firmado no ordenamento jurídico, embora tenham sido originalmente ligadas ao ramo privado do direito essa essência não se dissipa com a constatação desprendida.<sup>75</sup>

Já as garantias institucionais transformam direitos individuais em objetos de proteção das instituições constitucionais de forma coletiva e limitam o poder do legislador em face desses institutos e direitos. Em relação ao contexto no qual as garantias institucionais estão deve-se visualizá-lo como um mundo normativo com relações que vão delimitar os institutos sobre os quais as garantias incidem. A limitação ao legislativo imposta nessa teoria desemboca em uma transferência de poder do legislativo para o judiciário, e nesse caminho há o enfraquecimento da Constituição. E nessa situação há o embate entre a necessidade de modificar a Carta Magna sem materialmente limitá-la.<sup>76</sup>

A partir da análise do Estado Democrático de Direito, sob a ótica do Estado Constitucional foi possível se trilhar um caminho que desembocou, por vias lógicas, no estudo da Teoria das Garantias Institucionais. Ao findar este assunto, por ora, pode-se concluir que há uma estreita relação entre o objeto de proteção da teoria schmittiana com o do Estado Constitucional. Assim, ato contínuo, buscar-se-á trazer

---

<sup>72</sup> ARANHA, Márcio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 194-198.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 194-201.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 202-206.

a luz deste trabalho uma análise do Ministério Público, desde a sua origem, até a sua investidura na Constituição cidadã.

## 2 O MINISTÉRIO PÚBLICO

### 2.1 Informações Preliminares

Não é possível se determinar, categoricamente, o marco do surgimento desta Instituição. Há autores que defendem o seu nascimento na França do século XIV, outros que entendem que o berço do Ministério Público foi na península itálica, pode-se citar entre eles Antonio Pertile e Vincenzo Manzini. Silvestro Graziano postula pela origem no Egito Antigo, já Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Hijo e Ricardo Levene julgam que o órgão ministerial surgiu na Espanha, à época da Idade Média.<sup>77</sup>

Todavia, dentre os marcos suscitados, o mais remoto encontrou-se entre os egípcios, 5.300 anos antes do surgimento na França com a Ordennance de Felipe, durante a Idade Média. Sabe-se que dentre os funcionários do governo havia aqueles que eram investidos em funções semelhantes às que podemos vislumbrar no Ministério Público. Sendo estas a proteção do cidadão, a participação no que por analogia pode-se entender como processo penal, e a presença do funcionário real nas instruções que buscam a verdade.<sup>78</sup>

Insta consignar que apesar dos romanos terem institucionalizado diversos órgãos que detiam funções similares às do Ministério Público, aqueles, e tampouco os gregos, não chegaram a estruturar uma instituição nos mesmos termos desta. Na Antiguidade Clássica, a democracia vigente era atinente somente a uma parcela da população, e uma vez que a figura do *Parquet* é indissociável do Estado Democrático Moderno, há de se postular pela ausência de razão de ser na existência de tal instituição.<sup>79</sup>

No entanto, é válido esmiuçar uma eventual similitude, e pontuar a divergência, entre as funções desempenhadas pelos funcionários do governo e as do órgão ministerial. A priori, ale ressaltar que apesar destas funções guardarem alguma

---

<sup>77</sup> RAMOS, João Gualberto Guarcez, *Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º Milênio*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/zdxab3.pdf>>. Acesso em: 07 de jan. 2017.

<sup>78</sup> POLI, Mariana dos Reis Andre Cruz. *A evolução histórica do ministério público e as constituições brasileiras: Aspectos relevantes*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7977](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7977)>. Acesso em 08 jan. 2017.

<sup>79</sup> Ibidem.

semelhança com determinadas incumbências dos membros do *Parquet*, estas existiam para garantir a proteção tanto dos interesses quanto do patrimônio privados.<sup>80</sup> A figura dos *Procuratores Ceasares*, por exemplo, tinha como encargos a percepção dos impostos e a gerência do território. Dessa sorte, em muito pouco se aproximam do escopo do Ministério Público<sup>81</sup>, uma vez que se restringem ao âmbito dos particulares.

Dentre os estudiosos que se debruçaram sobre o tema, é unânime o entendimento de que foi na França que raiou o Ministério Público.<sup>82</sup> A partir dessa análise da origem do *Parquet*, propõe-se o estudo sobre este órgão e sua atuação frente o ordenamento jurídico pátrio.

## 2.2 O Órgão Ministerial no Brasil

De acordo com o art.127 da Constituição Federal de 1988 o órgão ministerial é “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*”<sup>83</sup>. Foi a partir da Carta Magna que surgiu tanto a Lei Orgânica do Ministério Público da União, como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. O texto constitucional atribuiu força de cláusula pétrea ao garantir meios que impossibilitam sua extinção, tendo em vista que sua função é essencial à existência do regime democrático e à atividade jurisdicional.<sup>84</sup>

Os membros do *Parquet* em nível estadual são os promotores e os procuradores de justiça, com atuação em primeira e segunda instâncias respectivamente. Já na esfera federal os membros são denominados procuradores da República quando atuam na primeira instância, e procuradores regionais da República na segunda instância. Ainda há os promotores do Trabalho e, os promotores e

---

<sup>80</sup> POLI, Mariana dos Reis Andre Cruz. *A evolução histórica do ministério público e as constituições brasileiras: Aspectos relevantes*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7977](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7977)>. Acesso em jan. 2017.

<sup>81</sup> MEIRELES, José Dilermando. *Ministério Público – sua gênese e sua história*. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 21, n. 84, p. 4, out. / dez. 1984.

<sup>82</sup> POLI, Mariana dos Reis Andre Cruz. op. cit.

<sup>83</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

<sup>84</sup> VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32-36.

procuradores militares que atuam no ramo especializado do Judiciário. Há uma divisão entre o Ministério Público dos Estados e o da União. Esse último se desdobra em outros quatro, tais sendo o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios.<sup>85</sup>

A seara das funções do órgão ministerial é numerosa. Em relação a sua essencialidade à jurisdição estatal se dá no sentido de que sempre que a lei implicar a atuação de tal órgão, essa se faz imprescindível. Entretanto, o alcance dessa garantia atinge também a esfera extrajudicial sempre que de acordo com os pressupostos necessários que ensejam a sua interferência. No tocante à defesa da ordem jurídica nacional, o Ministério Público se vincula como fiscal da lei. A defesa do Estado Democrático de Direito não só garante uma isonomia formal, mas abarca uma série de garantias sociais constantes no art.3º da Constituição.<sup>86</sup>

Clever Vasconcelos entende que para versar sobre núcleo funcional supracitado deve-se atrelá-lo a democracia. Ao contrário da autocracia em que há um poder ilimitado, manipulado ao bel prazer por um indivíduo, na democracia reina o poder popular. Entretanto, por melhor que seja, tal regime ainda concentra muitas falhas. E por essa razão, os constituintes atribuíram a esse órgão três ferramentas que garantem o exercício de sua função, sendo elas: o controle de constitucionalidade que se subdivide em difuso e concentrado, e a titularidade das ações penais e civis públicas.<sup>87</sup>

Em relação ao último núcleo funcional que garante ao órgão em questão a titularidade da defesa dos interesses sociais, depreende-se uma análise extensiva. Sob o conceito de interesse da sociedade incide diversas vertentes. Em um prisma a parte cabe a divisão, segundo Renato Alessi, de interesse público entre primário (bem da coletividade) e secundário (percepção da administração pública sobre o que é de interesse público). A realidade é que nem sempre os dois vão coincidir, assim, cabe ao Ministério Público zelar pelo primário.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.33-34.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p.37-44.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p.44-46.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p.47-52.

Existe ainda uma outra divisão que subdivide os interesses da coletividade em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Entende-se por interesse coletivo *lato sensu* como aquele que abarca as subdivisões, e que atinge um grupo de pessoas com características em comum e finde por permear a esfera do público sem realmente atingi-lo. Logo, encontra-se entre o individual e o público coletivo. O interesse difuso é aquele no qual os titulares são indetermináveis e ligados por uma situação fática e não jurídica, e seu objeto não é passível de divisão. No interesse coletivo *stricto sensu* os titulares são determináveis e se relacionam por meio de um vínculo jurídico-base que une todos, além do que seu objeto é indivisível. Já no interesse individual homogêneo os titulares são determináveis, o objeto é divisível e tal direito tem uma origem comum aos abarcados por ele.<sup>89</sup>

É a partir dessa divisão que é possível se determinar onde reside a titularidade do Ministério Público para propositura de ação. Tal órgão tem investidura para postular sempre que o direito for indisponível (sem valor pecuniário passível de transação), como no caso dos difusos e em algumas exceções dos coletivos. Naturalmente, a pessoa que sofre um dano ou tem um direito ofendido é aquela que detém legitimidade ordinária para propor ação, salvo exceções. Na legitimação extraordinária a titularidade é dada a terceiros com respaldo legal, como no caso da substituição processual, ou quando a uma única pessoa recai a titularidade em defesa de direito de um conjunto.<sup>90</sup>

### **2.3 Princípios norteadores da atuação do *Parquet***

A análise do Ministério Público requer o exame dos princípios que norteiam tanto a atuação como a existência dessa instituição. Os princípios institucionais são aqueles confiados pela Constituição e que garantem a esse órgão a estrutura que hoje goza. E em consonância com a classificação do jurista português José Canotilho, são princípios conformadores, impositivos e de garantia.<sup>91</sup>

O primeiro dos princípios institucionais é a Unidade. Apesar de haver uma divisão organizacional dentro da instituição ministerial, quando um de seus

---

<sup>89</sup> VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 52-57.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p.57-59.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p.70-71.

membros atua o faz em nome e em prol do todo, sob a direção de um chefe em comum. Todavia, tal princípio somente tem reflexo na prática quando se analisa cada Ministério Público.<sup>92</sup> O princípio da Indivisibilidade é decorrente do anterior supramencionado. No âmbito interno, tal órgão não pode sofrer divisões que confirmem autonomia as partes desvinculadas do todo. Não significa dizer que há uma divisão quando um membro substituiu outro, pois cada um deles responde pela instituição inteira.<sup>93</sup>

Já o terceiro princípio é o da Independência funcional. De acordo com esse princípio os membros do *Parquet* somente estão obrigados a cumprir suas funções atribuídas pela Carta Magna, respeitar as leis, e agir de acordo com a sua consciência, em despeito a quaisquer imposições de terceiros ou infraconstitucionais. Tal preceito garante também autonomia funcional em relação aos outros órgãos do Estado, e independência funcional entre os órgãos do mesmo Ministério Público. Contudo, não há uma hierarquia funcional, e sim administrativa quando se suscita a atuação do procurador geral ou de qualquer outro órgão da própria instituição.<sup>94</sup>

O principal objetivo do princípio supramencionado é garantir que o membro de tal órgão cumpra a sua função e atinja a sua finalidade da melhor forma possível, sem a interferência de terceiros. A não atenção a esse princípio pode influir em crime de responsabilidade.

Há, ainda, o princípio do Promotor Natural. Esse preceito afasta a possibilidade da designação de um “promotor de exceção” por haver uma garantia constitucional que estipula que nenhum indivíduo será processado por autoridade que não seja competente. Tal instituto abarca ainda a garantia da independência entre o órgão julgador e o acusador, além de promover a vinculação dos membros do *Parquet* à lei, o que permite uma atuação de forma livre, no entanto, sem permitir discricionariedades. O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de pacificar a existência ou não desse princípio. Conclui-se, à época, que o princípio existe, mas lhe falta legislação regulamentadora para fins de eficácia plena.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 71-72.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p.73-75.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 76-79.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p.80-85.

O princípio da Irrecusabilidade decorre do Promotor Natural. Estipula-se que uma vez que um promotor é designado para uma causa específica, e atendendo aos preceitos legais que determinaram sua atuação, ele se torna irrecusável. Logo, evita, novamente, a existência de um promotor constituído para um caso específico, no caso, de exceção.<sup>96</sup>

Já o princípio da Irresponsabilidade<sup>97</sup> é oriundo de uma doutrina moderna que entende que os membros do órgão ministerial são irresponsáveis por seus atos praticados em exercício de função. Tal garantia promove uma atuação livre e sem receios de uma responsabilização civil a posteriori. Entretanto, nos atos praticados com dolo ou por fraude afasta-se tal preservação e há responsabilização. Por fim, há o princípio do Livre Exercício da Ação Penal que estabelece a liberdade de atuação no processo. Seus membros podem praticar os atos processuais de forma vasta, sempre com respaldo legal.<sup>98</sup>

## 2.4 O Ministério Público nas Ações de Natureza Pública

Insta versar sobre a atuação do Ministério Público nas ações de natureza pública. Conceitualmente, o direito de ação é o direito público, subjetivo e autônomo de acesso à atividade jurisdicional<sup>99</sup>. Assim sendo, cabe ao Ministério

---

<sup>96</sup> VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.85.

<sup>97</sup> Insta suscitar uma questão relevante: a compatibilidade do princípio da irresponsabilidade com o princípio republicano. O Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que o princípio Republicano “repele privilégios e repudia discriminações”, bem como “nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República”. Apesar da nomenclatura utilizada o princípio da irresponsabilidade não é absoluto, visto que sempre que um membro agir, no exercício de suas funções, com dolo ou por meio de fraude, assim como comissivamente/omissivamente quando a conduta esperada no momento era a contrária, e dessa atitude causar perdas ou danos a terceiros, a pessoa jurídica de direito público responderá pelo ato. Este princípio visar proteger a função e não o membro, não havendo óbice a ação regressiva da União, na situação supramencionada. Ou seja, haverá a possibilidade da pessoa física investida como membro do *Parquet* responder, eventualmente, pela sua conduta desvirtuada no exercício de sua função. No tocante a sua vida civil, o membro do órgão ministerial não é abarcado por essa garantia. Dessa forma, não há que se falar em incompatibilidade, tampouco afronta ao princípio republicano, haja vista que este coíbe a diferenciação entre os indivíduos no âmbito civil.

<sup>98</sup> VASCONCELOS, Clever. op. cit, p. 85-87.

<sup>99</sup> LEITE, Kalina Gonçalves. *Conceito e teorias justificadoras do direito de ação*: a teoria da asserção como teoria adotada pelo Novo Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <[https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo\\_teorias\\_da\\_acao.pdf](https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_teorias_da_acao.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2016.

Público a titularidade para a propositura de ações de cunho público, podendo versar sobre matéria cível ou criminal.

#### 2.4.1 Ação Penal Pública

A ação penal pública é aquela em que o Estado-juiz é provocado para exercer jurisdição sobre o acontecimento de um ato/fato tipificado no Código Penal. A eventual sanção penal só decorre da comprovação de autoria e materialidade do ato ilícito típico pelo Ministério Público durante o processo. Contudo, tal relação de existência pode ser afastada nos casos em que há transação penal e o caso não é levado para apreciação do judiciário, onde ainda há imposição de penalidades, entretanto menos gravosas.<sup>100</sup>

A ação penal tem respaldo na Constituição e é regulamentada num plano micro pelo Código de Direito Penal e pelo Código de Processo Penal. Constitucionalmente, cabe somente ao Ministério Público a legitimidade para propositura da ação penal pública, o que veda uma atuação de ofício pelo Estado-juiz. No tocante a titularidade, o Ministério Público constará no polo ativo na ação em apreciação com verdadeiro monopólio e como *custos legis*, ou fiscal da lei, na ação penal privada. A exclusividade na propositura da ação penal não afasta a possibilidade do ofendido ou de seu representante legal apresentar queixa-crime. Quando o Ministério Público for omissor, cabe ação penal privada subsidiária da pública.<sup>101</sup>

A ação penal pública pode ser condicionada a representação ou incondicionada. Na ação penal pública incondicionada não há necessidade de representação do ofendido ou de outrem para oferecimento de denúncia, uma vez presentes as condições da ação. Já na ação penal pública condicionada é necessário que o ofendido, seu representante legal ou até mesmo o Ministro da Justiça requeiram/requisitem o seu processamento. Quando a legislação não versar sobre a natureza de determinada ação penal, presume-se por ser pública e incondicionada.<sup>102</sup>

Na ação penal privada a legitimidade para provocação da máquina jurisdicional é do ofendido ou do seu representante legal. Essa hipótese secundária é

---

<sup>100</sup> VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.170-172.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p.73-175.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 177-181.

caso claro de substituição processual. Em consonância com a linha lógica da ação penal pública, a privada se segmenta em personalíssima, subsidiária da pública, e exclusivamente privada ou propriamente dita.<sup>103</sup>

Destarte, o Ministério Público é o incumbido da persecução penal daqueles que ofendem tanto direitos indisponíveis, quanto incidem na prática de fatos tipificados como crimes. Não obstante o órgão ministerial ser responsável por dar a resposta à sociedade ante a ocorrência de crimes, no âmbito cível há também a possibilidade deste figurar como protetor de diversos direitos como será estudado a seguir.

#### 2.4.2 Ação Civil Pública

No tocante a ação civil pública, esta tem respaldo constitucional e legislação própria constante da Lei 7.347/1985. Sabe-se que mesmo anteriormente à Constituição cidadã já era prerrogativa do Ministério Público ajuizar a citada ação. No entanto, com o novo texto o leque de proteção alcançou outras matérias de forma ampla. Essa ação tem uma gama de fontes de direito para seu ajuizamento. Todavia, o elo comum à tais regulamentos é que em todos a atuação do órgão ministerial se faz necessária quando houver direitos difusos e/ou coletivos como objetos da discussão<sup>104</sup>.

A ação civil pública é espécie do gênero da ação coletiva. Essa última abrange os direitos coletivos e não os individuais. Assim, ao se ajuizar tal modalidade de ação se obtém eficácia perante toda a sociedade. Nessa espécie de ação o Ministério Público poderá atuar com as suas duas investiduras, como custos legis ou no polo ativo da demanda. Independente de como o órgão vai figurar no processo, sua atuação será guiada por dois princípios, o da obrigatoriedade e o da indisponibilidade. No primeiro, uma vez que há indícios de risco, ou propriamente, de lesão à direitos coletivos o Ministério Público deve ajuizar ação civil pública. Já o

---

<sup>103</sup> VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 178-179.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p.208-209.

segundo estipula que via de regra uma vez ajuizada a ação, não é possível um pedido de desistência, salvo algumas exceções.<sup>105</sup>

A ação civil pública tem por escopo principal a responsabilização e reparação de danos, independentemente de sua natureza, à direitos transindividuais e difusos. Por exemplo, os danos ao meio ambiente, ao consumidor, "à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Art.2º, LACP)". É constante do Código de Defesa do Consumidor a definição de direitos coletivos. Resumem-se nas características já estudadas dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, e homogêneos individuais.

Há duas possibilidades nas quais é inviável o ajuizamento de ação civil pública. São elas: quando a pretensão envolver tributos e outros fundos, e quando intentar por substituir ação de inconstitucionalidade. Cabe salientar que na segunda ocorrência o objetivo é evitar que tal ação substitua as cabíveis, pois no caso concreto haverá o controle de constitucionalidade oriundo da ação.<sup>106</sup> Todavia, será possível perceber que essa regra não é estanque, sendo relativizada pelo Supremo Tribunal Federal, assunto que será estudado no capítulo subsequente.

No relativo à competência territorial para ajuizamento/ prosseguimento do feito, a regra é que o foro é o do local do dano. No entanto, existem livros legais que versam sobre as exceções, em decorrência da característica já citada da pluralidade de fonte de direito da ação civil pública. Tal ação pode ter como objeto um valor pecuniário, ou uma obrigação de fazer/não fazer. Todavia, pode-se buscar também apenas uma sentença declaratória ou constitutiva de direito. Os objetivos dessa ação podem ser sintetizados em três, de acordo com a classificação de Motauri Souza, assim sendo: " (1) a prevenção do dano (art.4 da LACP); (2) a recuperação do dano causado; (3) a obtenção de verba indenizatória".<sup>107</sup>

Em relação a legitimidade para propositura da ação civil pública, seus titulares estão definidos em regramentos diversos. Dentre eles constam o Ministério Público, a Defensoria, a União, o Distrito Federal, Sociedade de Economia Mista, entre outros. Assim, percebe-se que ao órgão ministerial não cabe monopólio para ajuizamento de tal ação, como ocorre na ação penal pública, pois sua legitimidade é concorrente com outras. Dessa forma, o autor caracteriza a legitimidade ativa dessa

---

<sup>105</sup> VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 210-211.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p.212-218.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 219-221.

ação como extraordinária, disjuntiva e concorrente. Já no polo passivo podem figurar qualquer pessoa, tanto física quanto jurídica.<sup>108</sup>

É possível se estabelecer uma comparação entre a ação civil pública e as “*class actions*” oriundas de ordenamentos regidos pelo *common law*. No ordenamento estrangeiro os legitimados não são determinados em lei, e sim, no caso concreto. O que difere diametralmente da realidade brasileira. No entanto, há um sistema que garante a participação do Ministério Público local como custos legis, e a possibilidade desse órgão adentrar a demanda em casos específicos como de abandono ou desistência.<sup>109</sup>

## 2.5 A Evolução do Ministério Público até a Constituição Cidadã

A origem do órgão ministerial brasileiro é portuguesa, e a sua institucionalização se deu nas Ordenações Afonsinas em 1603, mais de 80 anos depois de haver a primeira menção ao promotor de justiça nas Ordenações Manuelinas. Nos 300 anos seguintes este órgão teve a atuação restrita a matérias específicas. Nem mesmo a instauração da República trouxe grandes inovações. Todavia, esse é o marco para se falar do Ministério Público como “órgão necessário para a ordem democrática e para a administração da justiça”.<sup>110</sup>

Sem o respaldo de uma constituição que versasse, propriamente e materialmente, sobre sua organização, o *Parquet* foi sendo moldado por códigos do ordenamento jurídico nos primórdios do século XX. As Constituições da República mantiveram-se na orientação de vincular o órgão ao Poder Executivo. Foi no final da Ditadura Militar que começou o processo de insurgência do Ministério Público, de órgão laicaio aos manejos políticos, tornou-se uma figura ativa nos grupos de discussões sobre o futuro do país. E aos poucos, sua estrutura foi ingressando na pauta do Legislativo.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 221-225.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 222.

<sup>110</sup> MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público: Organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 121.

<sup>111</sup> MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público: Organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p.122-124.

Até a Constituição cidadã os membros do Ministério Público tentaram se nivelar com os da magistratura. Uma insurgência de São Paulo foi responsável por inaugurar uma onda de autoafirmação, de liberdade e independência dos membros de uma forma que transcendeu a figura dos indivíduos e se materializou no órgão como um todo. Essa transformação institucional tinha como escopo tentar se desvencilhar do Executivo, assim sendo, essa aproximação com o Judiciário foi feita com esse intuito.<sup>112</sup>

Durante o processo de elaboração do texto constitucional de 1988, os membros do *Parquet* atuaram de forma proativa nas discussões sobre a parte que lhes tocava. O texto final consolidou a meta dos membros de instituir a independência do órgão.<sup>113</sup> E não findou nessa conquista, como estabeleceu a autonomia, as garantias funcionais, as funções do Ministério Público como um todo e os instrumentos legais que possibilitam a sua atuação.<sup>114</sup> Não se pode negar que a Constituição Cidadã foi a propulsora da evolução do órgão ministerial existente na atualidade.

Pode-se verificar que o Ministério Público percorreu um caminho minado de embates, tendo na Emenda Constitucional nº 45 grandes conquistas que possibilitaram a sua evolução como órgão num todo. Tal advento fez com que esta instituição se modificasse até chegar aos moldes que se encontra atualmente. Nessa esteira, cabe salientar como os membros enxergam tanto o *Parquet* como a atuação de seus integrantes.

## **2.6 Facetas do Ministério Público pelo olhar dos membros**

### *2.6.1 O Novo Ministério Público e suas perspectivas de Estado Democrático de Direito*

Carlos Jatahy buscou dissecar o caminho que o Ministério Público percorreu nos 20 primeiros anos desde o começo da vigência da Constituição de 1988. Para Jahaty o texto constitucional da forma como foi redigido instaurou o tão esperado Estado Democrático de Direito. Em um cenário político despenado no pós-período

---

<sup>112</sup> Ibidem, p. 125-126.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 128-131.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 132-136.

ditatorial, havia uma ânsia gritante por um modelo de estado que atendesse as diretrizes da democracia sem pôr de lado as angústias sociais.<sup>115</sup>

Dessa forma, no Estado Democrático de Direito a população participa ativamente das transformações da realidade, sem se ater ao comodismo de um Estado paternalista. Assim sendo, tal modelo tem como escopo a superação das desigualdades sociais em prol de uma justiça social que traga igualdade.<sup>116</sup>

Nesse novo cenário, o Ministério Público foi reformulado, recebeu novas atribuições, tal como ser o agente transformador social e "órgão de extração constitucional", ainda teve modificada sua essência institucional em face da sua "vocação social".<sup>117</sup> Além dos já citados, um dos novos encargos é a proteção da Constituição, e nesse âmbito cabe ao órgão zelar por todo aparato democrático. Por conseguinte, depreende-se que os membros devem sempre tentar mediar conflitos de interesses da sociedade. Em razão desse remodelamento institucional, o Ministério Público foi movido para uma posição em que não está desvinculado dos poderes, mas não obedece à uma relação de dependência. Destarte, propicia o bom funcionamento do sistema de freios e contrapesos.<sup>118</sup>

Ainda em consonância com o novo Ministério Público instituído pelo texto constitucional vigente, há uma proteção substancial dessa instituição em face de qualquer alteração textual que queira subtrair seus instrumentos de atuação e/ou seu campo de abrangência. Logo, foi-lhe outorgada a investidura de cláusula pétreia.<sup>119</sup> Permeando sua atuação em nome da sociedade brasileira, em um Estado Democrático de Direito, ainda assim há obstáculos a efetivação dos preceitos estabelecidos na Constituição.

Sabe-se que sua principal incumbência é a promoção de mudanças na ordem social moderna. No entanto, no decorrer dos últimos anos houve um empoderamento da instituição, tal como um aumento vertiginoso do leque de suas atribuições. Todavia, o quadro de membros e servidores não consegue lidar com o

---

<sup>115</sup> JATAHY, Carlos Roberto. 20 anos de Constituição: O Novo Ministério Público e suas perspectivas de Estado Democrático de Direito. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 3-5.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 6-7.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 8-10.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 11.

volume dessa demanda crescente. Logo, deve-se haver um estudo interno para descobrir a melhor forma de adequar o quadro de profissionais existente às necessidades apreciadas. O autor ainda cita outras questões atinentes à atual estrutura ministerial, tal como sugere mudanças para efetivar os postulados constitucionais.<sup>120</sup>

### 2.6.2 O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social

Gregório Assagra versou sobre as diretrizes do neoconstitucionalismo diante do novo perfil do Ministério Público implementado pela Constituição Federal de 1988. Haja vista o órgão ministerial estar positivado no título *Da Organização dos Poderes*, está no capítulo *Das Funções Essenciais à Justiça*, no artigo 127 que estabelece: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”. Depreende-se desse postulado duas informações extremamente relevantes, o caráter permanente, e, em compasso com o autor previamente analisado, a toga de cláusula pétrea.<sup>121</sup>

Em ordenamentos jurídicos estrangeiros o Ministério Público não é visto como um órgão protetor dos interesses da sociedade. Todavia, no Brasil há o entendimento de que a independência conferida pela Constituição deu legitimidade para o órgão ministerial figurar como defensor de tais direitos. O autor pontua que a evolução histórica possibilita apontar uma verdadeira “vocação democrática” do referido órgão, sendo fundamental para o bom funcionamento do Estado como a Constituição preceituou.<sup>122</sup> No entendimento de Assagra, o Ministério Público não está vinculado a nenhum dos Poderes, em conformidade com a linha de pensamento dos

---

<sup>120</sup> JATAHY, Carlos Roberto. 20 anos de Constituição: O Novo Ministério Público e suas perspectivas de Estado Democrático de Direito. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 12-16.

<sup>121</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 25.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 26.

outros dois autores, mas sim a sociedade civil, em razão do seu escopo e de suas funções.

Em relação ao modelo constitucional do Ministério Público brasileiro, a partir do trabalho de Marcelo Pedroso Goulart, pode-se postular pela existência de duas formas: o *demandista* e o *resolutivo*. O primeiro, mais presente, é o que atua perante o Judiciário. Já o segundo, tem como habitat o cenário extrajudicial de intermediação e resolução de conflitos. Nesse sentido, faz-se necessário haver uma mudança de rumo de modo que o resolutivo seja mais incidente que o outro.<sup>123</sup> Por um outro prisma o autor preceitua que o Ministério Público não apenas o protetor da lei (*custos legis*), mas também o da sociedade (*custos societatis*) e do Direito (*custos juris*). Os dois últimos são visíveis na atuação demandista do *Parquet*.<sup>124</sup>

Em relação ao envoltório de cláusula pétrea, apesar de não estar expressamente no rol do artigo 60, parágrafo 4º, a interpretação cabível ao caráter permanente que o órgão ministerial tem é a de que tal instituição é cláusula pétrea. Sendo assim, impassível de ser extinto. Ainda nesse caminho, é indiscutível que o texto constitucional também proibiu a subtração de funções do órgão. Tal como, por sua natureza superconstitucional, tem permissão para a ampliação de sua abrangência incidental, conduta essa recorrente na atualidade. Essa proteção foi dada com o intuito de proporcionar que a atuação do Ministério Público não tenha barreiras, e se faça de forma eficiente e ampla.<sup>125</sup>

### 2.7.3 As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu Necessário Balizamento

Emerson Garcia traz à luz do seu estudo as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e a necessidade de delimitação dessas normas. Após a criação deste órgão verificou-se que o controle externo era realizado de forma extremamente precária, estampando uma atuação quase omissa. No entanto, no tangente a outras vertentes, mais especificamente no controle de atos

<sup>123</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 26-27.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 28-30.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 31-36.

ligados à autonomia administrativa e financeira, foi vigorosa. Nesse segmento, o CNMP percorreu um caminho contrário ao encargo lhe foi incumbido, ao invés de editar normas que intensifiquem a autonomia do órgão ministerial, usurpou a prerrogativa de juízo de valor inerente ao caráter autônomo das instituições abarcadas.<sup>126</sup>

O poder regulamentar do CNMP consiste em pormenorizar de forma impositiva as medidas a serem implementadas com a finalidade de efetivar os ditames legais. Os regulamentos são imprescindíveis ao bom funcionamento da máquina estatal, haja vista se moldarem a realidade em que estão inseridos, em face da legislação vinculada sem confrontá-la. A regulamentação é visível em situações nas quais: há uma lacuna na lei que carece de guia procedimental; na aplicação das normas positivadas; e na regulamentação das matérias que lhes foram delegadas, tal delegação é aquela expressamente trazida em lei hierarquicamente superior. Nessa perspectiva, uma vez editado um ato regulamentador sua eficácia age de plano obrigando a todos abarcados no texto, inclusive vinculando o órgão editor.<sup>127</sup>

As resoluções no CNMP não estão equiparadas a lei, além de divergirem em suas abrangências, têm finalidades diversas. O Supremo Tribunal Federal chegou a analisar em uma ação declaratória de constitucionalidade a força e autonomia das resoluções de um órgão análogo ao CNMP, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e o entendimento afirmado foi o de que não há uma sujeição à lei. Todavia, essa concepção é facilmente refutada e não recepcionada no mundo jurídico.<sup>128</sup> Em relação ao objeto das regulamentações esse incide no zelo da autonomia das instituições abarcadas. E no tocante às matérias defesas de regulamentação por intermédio de resolução, essas são aquelas que criem condições ou imposições a execução de atos de natureza política.<sup>129</sup>

#### *2.6.4 Propostas de um Novo Ministério Público*

---

<sup>126</sup> GARCIA, Emerson. As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu Necessário Balizamento. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 121-122.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 123-125.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 126-128.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 129-131.

Hugo Nigro partilha as proposituras do que ele vê como a personificação de um Novo Ministério Público. Em seu estudo o autor perfaz um caminho pontuando a atual estrutura do órgão ministerial. Hugo já inicia concluindo que, indubitavelmente, dentro dos órgãos que mantêm relações com o Judiciário, o Ministério Público é o que mais se reformulou e amoldou em resposta ao desenvolvimento e insurgências sociais. Suas atribuições saíram de um patamar modesto para emplacar um crescimento vertiginoso, à título de exemplificação: o órgão ministerial a princípio não investigava diretamente, usava apenas aquilo que a autoridade policial colhia. Atualmente, detém instrumentos como o inquérito civil que permitem uma inquirição extrajudicial e direta.<sup>130</sup>

Ato contínuo pontua uma situação conflitante entre a figura do Procurador-Geral como chefe do órgão ministerial e o Procurador-Geral da República (PGR) em suas outras funções atinentes, tais sejam a denúncia de autoridades, o controle do CNMP. Pode-se entender que o acúmulo de funções é prejudicial ao bom desempenho do PGR. Dessa forma, faz-se necessário a implementação de formas de destituição do mesmo pelos seus pares. Isto posto, o controle de eficiência seria feito por aqueles que entendem a importância e como deve ser desenvolvido o papel do chefe do Ministério Público.<sup>131</sup>

Postula-se, ainda, pela necessidade de uma proatividade do órgão ministerial em participar dos debates legislativos. Por atuarem em uma área na qual a lei é a guia do seu posicionamento, os membros do *Parquet* são legitimados para discutir sobre formas de aperfeiçoamento, falhas gritantes, e propostas de alteração fundadas na expansão de eficácia.<sup>132</sup>

O próprio Ministério Público, nos últimos anos, foi o autor das propostas de reinvenção de sua atuação, promovendo o que visivelmente hoje estampa um novo perfil da instituição como um conjunto. Todavia, o fez sem um grande amparo da sociedade, as custas de, por muitas vezes, ter que fazer um trabalho longe de ser de excelência com o intuito de sempre dar a resposta comissiva esperada desse órgão. Sendo assim, verifica-se que para uma mudança ainda melhor

---

<sup>130</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Propostas de um Novo Ministério Público. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 133-134.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 138-139.

é necessário que a sociedade comece a atuar estimulando os órgãos estatais a atentarem para o Ministério Público como o órgão realmente merece. Somente dessa forma a instituição será capaz de atender plenamente as demandas sociais.<sup>133</sup>

Ante o estudado foi possível notar que o Ministério Público chegou ao Brasil antes mesmo da primeira Constituição ter sido elaborada e promulgada. Durante sua evolução o órgão ministerial deixou de ser um laiaio operador das vontades dos governantes e se tornou uma instituição forte e independente que tem por escopo assegurar garantias essenciais à sociedade, bem como ao bom funcionamento do ordenamento jurídico. Atualmente tais garantias são estipuladas pela Constituição Cidadã, e não obstante o rol constante do texto constitucional, nos casos concretos vê-se o alargamento de suas incumbências, o que será analisado a seguir.

Dessarte, pode-se verificar que o Ministério Público é um garantidor tanto do regime democrático quanto dos direitos fundamentais. Frente a tal conclusão, é tangível a vinculação do órgão ministerial como uma garantia institucional, visto que ambos têm por fito a preservação das garantias fundamentais. Dessa sorte, cabe se examinar a postura do *Parquet*, no plano prático, na busca da efetivação, bem como da proteção tanto dos direitos precípuos como de suas demais incumbências.

---

<sup>133</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Propostas de um Novo Ministério Público. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 140-143.

### 3 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 3.1 Considerações Iniciais

O Ministério Público é uma garantia institucional dos direitos fundamentais de todas as gerações. Entende-se por garantia institucional, em suma, uma proteção diferenciada que determinadas instituições detêm com o fito de tolher o Poder Legislativo de qualquer iniciativa no sentido de diminuí-las ou afetá-las.<sup>134</sup>

Os direitos fundamentais são aqueles básicos a qualquer ser humano, constituindo um núcleo inviolável dentro de um ordenamento jurídico.<sup>135</sup> Tais garantias são divididas em direitos de primeira, segunda, terceira, e uma corrente contemporânea entende que há também uma quarta, gerações.<sup>136</sup> Os direitos fundamentais de primeira dimensão, individuais ou negativos são os vinculados ao princípio da liberdade<sup>137</sup>, basicamente dizem respeito às garantias civis e políticas<sup>138</sup>, além de exigirem uma prestação negativa do Estado.<sup>139</sup>

Os direitos fundamentais de segunda geração são os sociais, econômicos, culturais ou positivos<sup>140</sup> e têm como norteador o princípio da igualdade. Tais direitos exigem uma atuação comissiva do Estado<sup>141</sup>, com fito de promover a minoração das desigualdades. Já os de terceira geração, difusos e coletivos baseiam-se, precipuamente, na ideia de fraternidade<sup>142</sup>, evoluindo para uma visão na qual os titulares de tais direitos são indeterminados, pois estão englobados em uma

<sup>134</sup> ALMEIDA, Fernanda Leão de. *A Garantia Institucional do Ministério Público em Função da Proteção dos Direitos Humanos*. 2010. 324f. Trabalho de conclusão de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010, p. 128.

<sup>135</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2017.

<sup>136</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 362-364.

<sup>137</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>. Acesso em: 22 fev. 2017.

<sup>138</sup> OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Elementos do Direito, v. 1).

<sup>139</sup> NOVELINO, Marcelo, op. cit., p. 362-364.

<sup>140</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Op. cit.

<sup>141</sup> NOVELINO, Marcelo. Op. cit.

<sup>142</sup> Ibidem.

coletividade, sem determinar nominalmente quem são.<sup>143</sup> Ainda há os defensores da existência de uma quarta geração, a qual assegura o direito à democracia, guiando a sociedade a uma abertura e pluralismo tanto sociais como políticos.<sup>144</sup>

Os direitos transindividuais ou metaindividuais estão ainda alocados em outra classificação, as dos direitos coletivos *lato sensu*, podendo ser classificados como difusos, individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito<sup>145</sup>. Os direitos difusos são aqueles, consoante o artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor<sup>146</sup>, “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. São interesses indivisíveis e nos quais não há um único titular nominal, pertencentes a diversas de pessoas, em virtude de uma circunstância de fato<sup>147</sup>, podendo serem vislumbrados, a título exemplificativo, no direito a um meio ambiente saudável.

Os direitos individuais homogêneos são os decorrentes de uma origem comum. Nessa categoria tem-se direitos divisíveis, com titulares determinados, mas que em razão de pertencerem a uma pluralidade de pessoas podem ser defendidos por essa coletividade.<sup>148</sup> Já os coletivos em sentido estrito diferem dos difusos no tocante aos detentores e determinação destes. Os direitos coletivos estrito sensu são indivisíveis, porém pertencem à um grupo determinado de indivíduos, ligados por uma relação jurídica.<sup>149</sup> Tal vínculo faz com que eventual disposição de tais direitos deve ser realizada em nome do todo, visto que são de uma natureza não passível de divisão.

<sup>143</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindadade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2017.

<sup>144</sup> SANTOS, Leonardo Fernandes dos. *Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente*. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/2713857](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2713857)>. Acesso em: 22 fev. 2017.

<sup>145</sup> GASTALDI, Suzana. Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14164](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164)>. Acesso em 04 mar. 2017.

<sup>146</sup> O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, define cada categoria de direitos transindividuais, sendo, por conseguinte, a fonte normativa escolhida para basear os conceitos propostos.

<sup>147</sup> SILVA, Yanna Deiany Ferreira. *Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj027370.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> GASTALDI, Suzana. *op. cit.*

Dentro os direitos fundamentais há a garantia à um Estado Democrático de Direito. No tocante à esta garantia se tem o Ministério Público como defensor precípua tal como afirmado no texto constitucional da Constituição Federal de 1988 “ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.<sup>150</sup> Sabe-se que o órgão ministerial pode subsistir mesmo sob a égide de um governo totalitário. Todavia, a garantia de independência elencada no parágrafo primeiro do artigo supramencionado não se materializaria.<sup>151</sup>

Alocar os membros do *Parquet* como asseguradores legítimos da defesa da ordem democrática demandou um esforço monumental da instituição como um todo. Em 1982, como consequência da edição da primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar n. 40 de 14 de dezembro de 1981), foi criada a Associação Paulista do Ministério Público.<sup>152</sup> Na assembleia extraordinária de 04 de janeiro do ano de 1982, restou aprovada por maioria que o órgão ministerial deveria atuar no seguimento abaixo transcrito:

“Porque o Ministério Público almeja a construção de uma sociedade plenamente democrática, a luta pela adoção de novas regras legais que o estructurem não se deve fazer buscando apenas firmar a convicção de sua conveniência entre os membros do Poderes Executivo e Legislativo, mas sim buscando convencer e interessar todos os segmentos da sociedade, para que todos eles participem dessa luta”.

Após novas assembleias, novamente se trazia a necessidade de englobar a defesa da democracia como incumbência do órgão ministerial.<sup>153</sup> Como se pode observar na fala, do então membro do Ministério Público o Estado de São Paulo e atual ministro do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, o Ministério Público passaria de um mero fiscal da lei, para um assegurador do Estado Democrático de Direito:

“Associação Paulista do Ministério Público, por deliberação de sua Assembleia Geral Extraordinária tomada por maioria de votos, deverá postular uma redefinição do conceito de Ministério Público, a fim de que nele se passe a vislumbrar o instrumento de preservação de uma legalidade que

<sup>150</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

<sup>151</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático. *Justitia*. vol. 179/180, p. 139 e s., jul/dez. 1997, disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpedemocracia.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> *Ibidem*.

se qualifique como essencialmente democrática. Em consequência, o Ministério Público deixará de ser o fiscal de qualquer lei para se converter no guardião de um ordenamento jurídico cujos fundamentos repousem na vontade do povo, legitimamente manifestada através de seus representantes. O Ministério Público deixa, pois, de fiscalizar a lei pela lei, inútil exercício de mero legalismo. Propõe-se, agora, que o Ministério Público avalie, criticamente, o conteúdo da norma jurídica, aferindo-lhe as virtudes intrínsecas, e neutralize, desse modo, o absolutismo formal de regras legais, muitas vezes divorciadas dos valores, ideias e concepções vigentes na comunidade em dado momento histórico-cultural<sup>154</sup>

Ante o discurso supracitado, verifica-se que para a defesa da democracia constar no texto constitucional fez-se necessária uma insurgência do próprio órgão ministerial chamando para si tal responsabilidade. Tal movimento foi o precursor da ampliação da legitimidade do Ministério Público para a defesa em juízo de direitos variados ao longo dos anos. Dessa forma, diversas demandas são levadas ao Poder Judiciário, e, em muitas delas, há o questionamento da possibilidade do *Parquet* estar tutelando determinados direitos.

Destarte, observa-se que a Corte Constitucional pátria recebeu a incumbência de julgar casos, em sede de Recurso Extraordinário<sup>155</sup>, nos quais há o questionamento suscitado acima. O referido instrumento de exercício do Direito de Ação tem como requisito de admissibilidade a existência de Repercussão Geral<sup>156</sup>, que é o mecanismo pelo qual o Supremo Tribunal Federal tem para selecionar as demandas na quais as matérias são de relevância política, social, jurídica ou econômica.

Ante o exposto, a fim de se verificar materialmente a legitimidade do Ministério Público para defesa de determinados direitos, a partir da análise de 07 (sete) julgados permear-se-á o caminho, tal como o entendimento sedimentado ou não pelos ministros do tribunal supramencionado. Dessa avaliação será possível

---

<sup>154</sup> MELLO FILHO, José Celso de. Ministério Público e a Legalidade Democrática O Ministério Público e a legalidade democrática. O Estado de São Paulo, São Paulo, n. 32.853, 18 abr. 1982, p. 55 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático. *Justitia*. vol. 179/180, p. 139 e s., jul/dez. 1997, disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpedemocracia.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

<sup>155</sup> O Recurso Ordinário é, consoante sítio eletrônico do STF: "Recurso de caráter excepcional para o Supremo Tribunal Federal contra decisões de outros tribunais, em única ou última instância, quando houver ofensa a norma da Constituição Federal". Tal recurso encontra a sua fundamentação legal tanto na Constituição Federal de 1988 (artigo 102, inciso III), como no Regimento Interno do STF (artigos 321-3219), além do Código de Processo Civil (artigos 987; 994, inciso VII e 1.029 - 1.041)

<sup>156</sup> A Emenda Constitucional nº 45 inseriu a Repercussão Geral como requisito de admissibilidade ao Recurso Extraordinário, que somente poderá ser recusado ante a manifestação de dois terços dos ministros (vide artigo 102, § 3º, da Constituição Federal de 1988). O Código de Processo Civil disciplina a matéria em seu artigo 1.035.

atestar se em tais ações houve a constatação da Repercussão Geral, tal como quais os direitos fundamentais assegurados pelo Ministério Público nos casos em tela, e, ainda, qual o posicionamento do Supremo.

### 3.2 *Leading case* R.E. 576.155<sup>157</sup>

No caso colecionado foi questionada a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de Ação Civil Pública a qual visava tornar nulo Termo de Acordo de Regime Especial<sup>158</sup> entre um contribuinte e o Poder Público que causava prejuízo ao erário. O órgão ministerial ajuizou Ação Civil Pública contra a Brink Móbil Equipamentos Educacionais Ltda. e o Distrito Federal, com o fito de anular o TARE firmado entre estes, assim como, obter a condenação da Brink Móbil, para que esta procedesse ao adimplemento do imposto que não foi recolhido.

O magistrado de primeiro grau entendeu por bem declarar a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 2.381/1999, a qual embasou a firmação do TARE, bem como, julgou procedente o pleito do órgão ministerial. Irresignados, os réus interpuseram apelação, momento no qual alegaram a ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública cujo objeto verse sobre matéria tributária. O e.

---

<sup>157</sup> “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE. POSSÍVEL LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LIMITAÇÃO À ATUAÇÃO DO PARQUET. INADMISSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 129, III, DA CF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I - O TARE não diz respeito apenas a interesses individuais, mas alcança interesses metaindividuais, pois o ajuste pode, em tese, ser lesivo ao patrimônio público.

II - A Constituição Federal estabeleceu, no art. 129, III, que é função institucional do Ministério Público, dentre outras, “promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Precedentes.

III - O Parquet tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de anular Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, em face da legitimação ad causam que o texto constitucional lhe confere para defender o erário.

IV - Não se aplica à hipótese o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/1985.

V - Recurso extraordinário provido para que o TJ/DF decida a questão de fundo proposta na ação civil pública conforme entender.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. R.E. 576.155/DF. Tribunal do Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 12, de agosto de 2010. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2589396&numeroProcesso=576155&classeProcesso=RE&numeroTema=56>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

<sup>158</sup> A fim de tornar mais efetivo o adimplemento das obrigações fiscais pelo contribuinte do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), a lei autoriza que seja utilizado um regime especial, que é concedido para fins de emissão e escrituração de documentos e livros fiscais, assim como para quitação de impostos. Para o contribuinte gozar das benesses desse regime diferenciado, esse firma Termo de Acordo de Regime Especial - TARE com o Fisco.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios acolheu a tese supramencionada, para declarar a ilegitimidade do *Parquet* para a propositura da referida ação, acórdão este combatido pelo R.E. em análise.

A demanda foi ao plenário virtual, e teve a Repercussão Geral reconhecida por maioria dos votos. O relator do processo em questão foi o Ministro Ricardo Lewandowski, que afirmou que o entendimento aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual sedimenta que não caberá ação civil pública sobre questões relativas a tributos cujos beneficiários podem ser individualizados<sup>159</sup> não se aplica ao caso em tela, visto que nesta demanda tem-se como escopo a proteção de direitos transindividuais. Assim sendo, o TARE era claramente lesivo ao patrimônio público, visto que causava o recolhimento aquém dos tributos devidos, conforme alegado pelo *Parquet*, o que, na oportunidade, permitiu se reafirmar a sua legitimidade para defesa dos recursos de natureza pública.

Como já indicado, o entendimento pacífico do Supremo é o de que o Ministério Público é legitimado para propor ação civil pública em defesa dos direitos difusos e coletivos, como se pode verificar nos seguintes julgados: AI 497.618 – ED/SP, Res 267.023/MA, 248.202/MG e, ainda no:

“ Recurso Extraordinário – O Plenário desta Corte, no R.E. 208.790, em hipótese análoga à presente, entendeu que é o Ministério Público legitimado para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público – Desse entendimento divergiu o acórdão recorrido. Recurso Extraordinário conhecido e provido.”

Dessa forma, o Supremo atestou a legitimidade do órgão ministerial para a propositura de ação civil pública cujo objetivo seja a defesa do erário. Nessa esteira, verifica-se que os direitos fundamentais envolvidos são, conforme o i. relator sustentou, metaindividuais, ou seja, ao passo em que há uma lesão ao patrimônio público, tal prejuízo desembocará em um comprometimento de, por exemplo, ações que visam o provimento de educação, manutenção da saúde pública, dentre outros. Dessa forma, verifica-se que mesmo em casos nos quais, aparentemente, há somente a discussão de um direito privado cuja importância se limita as partes envolvidas em um negócio jurídico, pode-se ter consequências mais abrangentes, cujo dever de proteger aqueles os quais recairão tais sequelas é do Ministério Público.

---

<sup>159</sup> Vide artigo 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1085.

Ante o posicionamento da Corte Constitucional pátria que, em mais uma oportunidade, corroborou seu entendimento pela legitimação extensiva do *Parquet* para a tutela de inúmeros interesses sociais, é inegável a enorme valia deste órgão para a sociedade. No litígio em exame, os membros do Ministério Público visavam o recolhimento de um imposto em sua integralidade, visto que o acordo firmado faria com que a contribuição tributária fosse a menor.

Dessa forma, há mais do que um direito tutelado, no pano de fundo se observa um leque extensivo de garantias constitucionais que teriam sua implementação prejudicada uma vez que houvesse o recolhimento de um percentual tributário ínfimo. E na iminência de tal situação o órgão ministerial se prontificou a respaldar toda a população do Distrito Federal e entorno, indiretamente.

### **3.3 *Leading case* R.E. 605.533<sup>160</sup>**

O Recurso Extraordinário em tela apesar de encontrar-se ainda pendente de análise de mérito pelo Supremo, traz um tema em voga, e extremamente questionado pelos operadores do Direito: a imposição da obrigação do Estado de prover certos medicamentos a portadores de determinadas doenças.

O Ministério Público teve a sua legitimidade para a propositura de ação civil pública que visa compelir entes federados a entregar medicações para pessoas que têm certas doenças questionada. O órgão ministerial do estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública contra o Estado de Minas Gerais, com o fito de obrigar o réu a fornecer os medicamentos para o tratamento dos indivíduos portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia severa.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que o órgão ministerial não era legitimado para pleitear o tratamento médico de pessoas determinadas, assim sendo, anulou a ação civil pública. O órgão colegiado entendeu,

---

<sup>160</sup> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIOS - LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RECUSA NA ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA." BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *R.E. 605.533/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 26, de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3791720&numeroProcesso=605533&classeProcesso=RE&numeroTema=262>>. Acesso em: 23. Fev. 2017.

ainda, que o pleito da referida ação afronta o princípio da Separação de Poderes, visto que não cabe ao Judiciário determinar quais remédios devem ser adquiridos e fornecidos pelo Executivo.

Inconformado, o *Parquet* interpôs o recurso em análise e sustentou a legitimidade deste para a defesa dos interesses individuais indisponíveis, nos termos dos artigos 127 e 129, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Alega, ainda, que o pleito da ação anulada era genérico (entrega da medicação a todos os portadores das patologias supramencionadas), haja vista tutelar direito coletivo. Acerca de eventual violação à Separação dos Poderes, o órgão ministerial afirmou que o intuito não era compelir somente a Administração Pública, mas sim o Estado como um todo, visto que a atenção à saúde dos menos afortunados é problema concernente a todos os poderes.

Ante o breve relatório processual supra, foi admitida a Repercussão Geral da temática, por maioria dos votos. A União ingressou como interessada no feito. O mesmo pleito foi indeferido ao Ministério Público do Estado de São Paulo, que o requereu ante a relevância manifesta da temática em discussão. A importância social, que faz insurgir a jurídica, dessa questão é incontestável. A seção II, do capítulo II, do título VIII da Carta Magna nacional é dedicada à saúde. O artigo 196 versa sobre este tema da seguinte forma:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”<sup>161</sup> (Grifo nosso)

Isto posto, pode-se afirmar que indubitavelmente cabe ao Estado prover o necessário para a manutenção/tratamento de saúde da população. Apesar de tutelar o direito fundamental à saúde, diariamente inúmeras demandas análogas são levadas ao Poder Judiciário com o intuito de promover o acesso a determinados tratamentos e/ou medicações. Tais ações levantam o embate entre o direito à saúde daquele que pleiteia uma determinada prestação estatal e o princípio da Reserva do Possível<sup>162</sup> corriqueiramente suscitado pelos estados e municípios. Dessa forma,

<sup>161</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010.

<sup>162</sup> O Princípio da Reserva do Possível modula a atuação do Estado na prestação/efetivação de determinados direitos, condicionando esse fornecimento ao orçamento disponível. É possível se observar que é com base nesse princípio que diversos estados e municípios tem se esquivado de prestar tratamentos médicos a portadores de doenças peculiares. Dessa forma, a alegação de

atualmente, tem há demandas, por exemplo, para fornecimento de medicamentos de alto custo, cujo entendimento do STF é no sentido da concessão destes<sup>163</sup>.

O ministro Gilmar Mendes, neste julgado, indicou seu posicionamento da seguinte forma:

“[...] A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida **o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado**, passível de garantia pela via judicial.

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente[...].

[...]

O fato é que o denominado problema da ‘judicialização do direito à saúde’ ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.” Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 178.” (Grifo nosso).

Desta feita, percebe-se uma inclinação do Supremo para o provimento de pleitos que demandem os entes federados à concessão de tratamentos/ medicamentos não fornecidos usualmente pelo Sistema Único de Saúde, desde que, em atenção ao princípio da razoabilidade, tal fornecimento não prejudique de forma irreparável a prestação dos usais gozados pela coletividade. Esta postura mostra-se condizente com um Estado que visa a manutenção do bem estar social de sua população como um todo, além de garantir a efetivação do princípio da Igualdade.

### 3.4 *Leading case* R.E. 631.111<sup>164</sup>

---

insuficiência de recursos tem velado o problema de má gestão do erário, que finda por prejudicar a vida de pessoas acometidas pela mais variada sorte de anomalias.

<sup>163</sup> Vide Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; e Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e Suspensão de Liminar (SL) 47, todas do STF.

<sup>164</sup> Vide anexo A. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. R.E. 631.111/GO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 07, de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3964240&numeroProcesso=631111&classeProcesso=RE&numeroTema=471>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

No R.E. 631.111 discutiu-se a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública para defesa dos interesses dos beneficiários do seguro DPVAT<sup>165</sup>. O órgão ministerial do Estado de Goiás propôs a ação supramencionada contra Marítima Seguros S/A, em virtude do pagamento aos beneficiários do DPVAT de valores aquém aos estipulados no artigo 3º, da Lei 6.194/74. O juízo de primeira instância extinguiu o processo sem resolução de mérito (artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil de 1973), ante a ilegitimidade ativa do *Parquet*. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás entendeu por bem reformar a decisão referida anteriormente, em sede de apelação, uma vez que na demanda debatida o órgão ministerial tutelava direitos indisponíveis e de interesse social.

A ré interpôs Recurso Especial que sequer foi conhecido pela corte superiora. Todavia, em sede de Agravo Regimental, o STJ aplicou o entendimento de que o Ministério Público é parte ilegítima para pleitear, em nome de particulares, tal benesse. Renitente, o presente recurso foi interposto, com a seguinte tese vislumbrada:

“Com fundamento no art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público está legitimado a promover a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, mesmo de natureza disponível, quando a lesão a tais direitos, visualizada em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a comprometer relevantes interesses sociais.”<sup>166</sup>

Foi verificada a Repercussão Geral da temática, isto posto, o relator, ministro Teori Zavascki, debruçou-se numa intensa análise sobre os direitos coletivos. Em seu entendimento, uma das características das ações que tutelam direitos coletivos é a da substituição processual, ou seja, a promoção da defesa do direito por um terceiro autorizado legalmente. Apesar de no caso em tela haver direitos individuais homogêneos, podendo serem tutelados por seus titulares, a partir da interpretação do artigo 127 do texto constitucional afirma-se a legitimidade do *Parquet* para tutelar tal interesse social.

Na visão do relator, a natureza indenizatória do seguro transcende os direitos individuais dos assegurados, como se pode perceber, uma vez que a

---

<sup>165</sup> O DPVAT é o **Seguro** de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres, é um "**seguro** obrigatório" pago anualmente juntamente ao IPVA. Esse seguro é de natureza social que provê uma indenização às vítimas de acidentes de trânsito, abarcando os casos de morte, invalidez permanente e reembolso de despesas médicas e hospitalares.

<sup>166</sup> Idem, BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. R.E. 631.111/GO.

seguradora tem que repassar 50% dos valores arrecadados para um fundo do SUS. Dessa forma, o entendimento veiculado é de que ante o indiscutível interesse coletivo, o Ministério Público tem legitimidade para a proposição da ação civil pública que visa a complementação de indenizações pagas à menor.

No cenário exposto constata-se que o direito tutelado foi o da percepção de indenização às vítimas de acidentes de trânsito nos casos elencados na Lei nº 6.194/1974. Tal direito assegurado pelo referido ditame legal busca ressarcir os gastos com medicamentos e despesas médicas, e indenizar os vitimados que findaram por se tornarem inválidos de forma permanente, assim como, indenizar os familiares das vítimas fatais. Sendo, portanto, fundamental àqueles que sofrem com as consequências do trânsito caótico da atualidade.

Pode-se pontuar a atuação do *Parquet* contemplando uma diversidade de direitos que, *a priori*, podem apresentar uma investidura que afastaria a legitimação deste órgão em sua defesa. Todavia, há sempre uma avaliação a fim de se constatar se, sob o prisma dos mecanismos de interpretação constitucional, há um direito maior a ser tutelado. Tais juízos feitos ainda na instituição, antes mesmo da propositura de qualquer ação, mostram a dinâmica de funcionalidade desta, que permite o pleno desempenho de suas funções.

### **3.5 *Leading case* R.E. 409.356<sup>167</sup>**

O presente recurso ainda não teve seu mérito julgado pelo Supremo. Todavia, a Repercussão Geral do tema já foi reconhecida por maioria absoluta dos membros, sendo, inclusive, tema de extrema relevância, como suscitado pelo relator, ministro Luiz Fux, social, econômica, jurídica e política, visto que se assemelha a diversas outras ações aguardando julgamento. No cenário deste R.E. há o questionamento da legitimidade o órgão ministerial para o ajuizamento de ação civil pública, cujo escopo é a anulação de ato administrativo em defesa do patrimônio

---

<sup>167</sup> "DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. R.E. 409.356/RO. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 03, de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2179476&numeroProcesso=409356&classeProcesso=RE&numeroTema=561>>. Acesso em 25 fev. 2017.

público. Como se pode observar, a defesa do erário é assunto frequente na ata de atuação deste órgão.

Dessa forma, visando a defesa do patrimônio público, o Ministério Público do Estado de Rondônia ajuizou ação civil pública para tornar nulo ato administrativo que concedia diversos complementos ao militar que foi transferido para a reserva. Ao invés do policial militar ir para a reserva percebendo uma remuneração sem as demais gratificações e em atenção ao teto salarial, este teve integrado a suas verbas tais complementos.

O magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pleito, e ordenou a exclusão de uma determinada gratificação, o que fez com a remuneração percebida obedecesse ao teto, no caso o de Secretário de Estado. O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia ao analisar as apelações interpostas pelas partes sustentou o entendimento do juiz de primeiro grau, e reafirmou a legitimidade do *Parquet*, com fulcro no artigo 129, inciso III, da Constituição Cidadã. O réu interpôs o recurso em tela alegando que as hipóteses de cabimento da ação civil pública são as elencadas no artigo 1º, da Lei nº 7.347/1985, e uma vez que a situação analisada não se encaixa em nenhuma das enumeradas, afasta-se tanto o cabimento da referida ação, como a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento desta.

Apesar do R.E. discutir a legitimidade do *Parquet*, o mérito da referida ação merece atenção. Na jurisprudência nacional é possível se encontrar diversas ações judiciais nas quais é questionada proventos de militares, principalmente para reclamar eventuais e supostas minorações, como se pode verificar no seguinte caso:

**“ADMINISTRATIVO - MILITAR DA RESERVA REMUNERADA DO EXÉRCITO - ADICIONAL DE INATIVIDADE - EXTINÇÃO DO REFERIDO ADICIONAL A PARTIR DA MP 2131 DE 28/12/2000 - SUPOSTA DIMINUIÇÃO DE PROVENTOS - INOCORRÊNCIA - INCORPORAÇÃO AO SOLDADO BÁSICO - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À DETERMINADA SITUAÇÃO JURÍDICA - SENTENÇA MANTIDA.**

1. O servidor público, seja civil ou militar, segundo remansosa doutrina e jurisprudência, não tem direito adquirido à determinada situação jurídica, ressalvado eventual decesso remuneratório.
2. Com a edição da medida provisória 2131, de 28 de dezembro de 2000, houve alteração na remuneração dos servidores militares federais, extinguindo-se o adicional de inatividade, que foi incorporado ao soldo básico.
3. Desta feita inexistente na hipótese em exame a alegada diminuição de proventos.
4. Sentença mantida. Apelação improvida.” (Grifo nosso).<sup>168</sup>

<sup>168</sup> Insta consignar que o julgado colecionado acima traz, ainda, um debate de importância inquestionável: a inexistência de direito adquirido a determinada situação jurídica, sendo o regime

Não obstante a verificação de demandas em que há uma diversidade de assuntos pertinentes, no caso considerado neste tópico há, novamente, a tutela do patrimônio público que finda, como explanado no item 3.1, por causar lesões a uma enorme gama de direitos. Assim sendo, ratifica-se a atuação do Ministério Público na defesa dos recursos públicos, garantidores da efetivação de uma imensidão de garantias constitucionais.

Cabe salientar, ainda, que a provocação do Poder Judiciário, incessantemente, para discutir demandas semelhantes traz um abarrotamento do sistema, fazendo com que os méritos somente sejam analisados pós o transcurso de muito anos, sendo que em cada pleito há a busca por um pedido, muitas vezes, descabido. Não obstante, atualmente, tem se discutido incessantemente a necessidade da reforma da Previdência Social. E são questões como as acima enumeradas, que faz insurgir a necessidade mencionada.

### **3.6 *Leading case* A.R.E. 728.188<sup>169</sup>**

A conjuntura supracitada é a de um Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário contra acórdão que não conheceu do Recurso Especial Eleitoral ementado em primeiro plano. O Ministério Público Eleitoral recorreu de uma decisão que deferiu o registro de candidatura a um determinado candidato, porém não o fez sem no momento do pedido inicial do referido registro apresentar impugnação ao pleito. No mérito do presente R.E. o órgão ministerial alegou que está autorizado a assegurar a promoção das garantias constitucionais frente o Judiciário. Alegou, ainda, a necessidade do reconhecimento da legitimidade recursal extensiva nas ações que discutem o registro de candidatura,

---

estatutário. A doutrina majoritária e a jurisprudência são consoantes na concepção de que não há direito adquirido a regime jurídico. PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível. AC 444829 CE 0017290-26.2005.4.05.8100. Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt. Recife, 05, de junho de 2008.

<sup>169</sup> Vide Anexo B. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. A.R.E. 728.188/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 18, de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4348076&numeroProcesso=728188&classeProcesso=ARE&numeroTema=680>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

uma vez que as regras de direito eleitoral têm ligação com a ordem jurídica e com o regime democrático.

Ante a fundamentação retro, a Repercussão Geral foi reconhecida, visto que a legitimidade do Ministério Público para interposição de recursos frente o cenário apresentado é de tamanha relevância que extrapola os limites da causa. Desta feita, o acórdão combatido entendeu que o órgão ministerial só teria legitimidade para recorrer da decisão que deferiu o registro de candidatura caso tivesse apresentado impugnação ao pedido inicial. O relator, ministro Ricardo Lewandowski, discordou do entendimento postulado, dado que a Constituição Cidadã conferiu ao *Parquet* o dever de defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Em razão desta incumbência cabe aos membros dessa instituição verificar a necessidade de recorrer nos casos como o em análise, mesmo que não tenha sido apresentada impugnação ao pedido inicial de registro de candidatura, posto que além de ser matéria de ordem pública, há o direito subjetivo de cada indivíduo da sociedade escolher aqueles que os representarão.

Dessa forma, afasta-se a incidência de eventual preclusão consumativa ante o transcurso do prazo de impugnação *in albis*, uma vez que o Ministério Público não é parte interessada no embate eleitoral. Em sua função de *custos legis*, entende-se que o *Parquet* deve empreender esforços no combate a qualquer situação que afronte seus objetos de defesa.

Consoante o entendimento de Edson de Resende:

“Sabe-se que o Partido Político ou Coligação que não tenham impugnado a candidatura também não pode recorrer da decisão que defere. Nesta hipótese, apenas o Ministério Público poderá interpor o recurso, mesmo não tendo impugnado, pois que a Instituição atua na defesa de interesses suprapartidários”<sup>170</sup>

O Supremo entendeu, ainda, que a Súmula 11<sup>171</sup> do Tribunal Superior Eleitoral não se encaixa no caso em análise, visto que a vedação expressa no texto é dirigida aos partidos políticos. Não obstante, a jurisprudência do TSE é na linha de

---

<sup>170</sup> CASTRO, Edson de Resende de. Curso de Direito Eleitoral. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 261.

<sup>171</sup> Súmula – TSE nº 11: “No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional”. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Súmula nº 11*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-11>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

raciocínio de ampliação da legitimação do Ministério Público no tocante aos registros de candidaturas, sem qualquer restrição.

Assim, o Ministério Público deve fazer o controle de legalidade do processo eleitoral, de forma imparcial, visando a manutenção do regime democrático. Qualquer entendimento diverso deste, atentaria contra forma de atuação dos membros da instituição, e uma vez que, conforme já estipulado, esta é uma garantia institucional, tal cerceamento não pode acontecer.

Todavia, ao R.E. não pôde ser dado provimento, pois já havia transcorrido um lapso temporal suficiente para fazer com que os candidatos estivessem já ocupando os cargos pleiteados. No entanto, foi asseverado que desde as eleições de 2014 o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para interpor recurso contra registro de candidatura, mesmo que não tenha apresentado impugnação ao pedido inicial.

É importante consignar que o entendimento sedimentado é consonante com o texto constitucional, e mais ainda, com a realidade prática. Somente no ano eleitoral de 2016 o TSE recebeu mais de 500 mil pedidos de registro de candidatura. É inegável que mesmo detendo uma boa estrutura, o Ministério Público Eleitoral não tem capacidade, em relação ao efetivo disponível, de realizar um crivo minucioso por todos os pleitos, não obstante o seu prazo para impugnação ser de 05 dias<sup>172</sup>. Assim sendo, mostrou-se extremamente razoável o posicionamento do STF, que oportuniza a intervenção do órgão ministerial.

### **3.7 *Leading case* A.R.E. 823.347<sup>173</sup>**

<sup>172</sup> Vide artigo 3º, da Lei Complementar de nº 64/1990.

<sup>173</sup> “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A COBRANÇA JUDICIAL DA DÍVIDA.

I. O Ministério Público Estadual conforme precedente do STF não possui legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas que impõem responsabilização de gestor público ao pagamento de multa por desaprovação das contas.

II. Apelo improvido. (fl. 125)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. A.R.E. 823.347/MA. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 02, de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4598814&numeroProcesso=823347&classeProcesso=ARE&numeroTema=768>>. Acesso em: 26 fev.2017.

A ementa colecionada se trata de apelação a qual deu origem ao Recurso Extraordinário com Agravo em análise. Ante a inadmissibilidade do R.E. foi interposto agravo com o fito de propiciar a análise do mérito da questão de fundo. No recurso mencionado o Ministério Público do Maranhão se insurge contra a decisão que afirmou sua ausência de legitimidade para figurar em juízo a fim de cobrar dívidas de gestores públicos cujas contas não foram aprovadas pelo Tribunal de Contas competente.

Alega o *Parquet* que sua legitimidade para tal questionamento é dada tanto pela sua Lei Orgânica<sup>174</sup> como pela Constituição Federal de 1988, em sede de defesa do patrimônio público. O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão não vislumbrou o prequestionamento da questão constitucional, assim inadmitiu o recurso. No entanto, o Supremo verificou a existência de Repercussão Geral da matéria, posto que a discussão em tela extrapola os interesses das partes, sendo de relevância ímpar, a atividade financeira estatal.

No entanto, apesar da suma importância do tema, o relator, ministro Gilmar Mendes, asseverou que este já foi objeto de análise em diversas outras oportunidades, o que fez o Supremo pacificar o entendimento de que a ação de execução proposta pelo Ministério Público só pode ser ajuizada pelo ente público que faz jus a condenação imposta pelo Tribunal de Contas. Como se pode verificar no julgado infra transcrito:

“LEGITIMIDADE ATIVA MINISTÉRIO PÚBLICO EXECUÇÃO  
CONDENAÇÃO POR TRIBUNAL DE CONTAS PRECEDENTE.

Conforme entendimento consolidado do Supremo, os títulos executivos decorrentes de condenações impostas pelo Tribunal de Contas somente podem ser propostas pelo ente público beneficiário da condenação.”<sup>175</sup>

Dessa forma, o tribunal reafirmou sua jurisprudência por entender incabível interpretação ampliativa do ditame legal suscitado pelo *Parquet* para legitimar sua atuação, bem como declarar a sua ilegitimidade para a propositura da execução de tais títulos. Tal posicionamento tem sido adotado progressivamente pelo

<sup>174</sup> Lei nº 8.265/1993: “Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...]VIII - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas;”.

<sup>175</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. *RE 791575 AgR*. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27, de junho de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6258603>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

STJ, como se vê no Recurso Especial de nº 1.194.670, de relatoria do Ministro Napoleão Maia Nunes Filho:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR A EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PROVENIENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS. PRECEDENTE DO STF. VEDAÇÃO AO MP DE EXERCER AS FUNÇÕES DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DE ENTIDADES PÚBLICAS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Inexiste dúvida acerca da eficácia de título executivo extrajudicial de que são dotadas as decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa, nos termos do art. 71, § 3o. Da Constituição Federal.

2. Em que pese a anterior jurisprudência desta Corte em sentido contrário, deve prevalecer a tese diversa, pela qual entende-se não possuir o Ministério Público legitimidade para cobrar judicialmente dívidas consubstanciadas em título executivo de decisão do Tribunal de Contas. Precedente do STF.

3. Destaca-se que, antes da Constituição de 1988, nada obstava que lei ordinária conferisse ao Ministério Público outras atribuições, ainda que incompatíveis com suas funções institucionais; contudo, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o exercício pelo *Parquet* de outras funções, incompatíveis com sua finalidade institucional, restou expressamente vedado (art. 129, inciso IX da CF), inclusive, a representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.”<sup>176</sup>

Insta consignar que o posicionamento adotado por essas cortes diverge do sedimentado anteriormente, sem a superveniência de novo ditame que o justifique. Realizando-se uma breve pesquisa pelo site do STJ pode-se verificar um vasto número de julgados que até o ano de 2010 adotavam entendimento contrário ao aplicado atualmente. Dentre estes enumera-se os Recursos Especiais de nº1.119.116 – SP, de relatoria do ministro Castro Meira, o de nº 1.119.377 – SP, cujo relator foi o ministro Humberto Martins, e por fim, o nº 1.119.115 – SP, cuja ementa se transcreve, de relatoria do, época ministro do STJ, Luiz Fux:

“LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CERTIDÃO DE DÉBITO EXPEDIDA POR TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL.

1. O Ministério Público possui legitimidade para a propositura de ação de execução de título extrajudicial oriundo de Tribunal de Contas Estadual. **REsp 996031/MG**, PRIMEIRA TURMA, DJ de 28/04/2008 e **REsp 678969/PB**, PRIMEIRA TURMA, DJ 13/02/2006.

2. É que a decisão de Tribunal de Contas Estadual, que, impõe débito ou multa, possui eficácia de título executivo, a teor do que dispõe o art. 71, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

3. In casu, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sede de Processo Administrativo, constatando irregularidades na remuneração dos

<sup>176</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp 1.194.670*. Relator: Napoleão Maia Nunes Filho. Brasília, 20, de junho de 2013. Disponível em: < [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130808-10.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130808-10.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2017.

agentes públicos do Município do Estado de São Paulo, determinou a restituição dos mencionados valores à municipalidade.

4. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 129, caput).

5. Destarte, a Lei 8.429/92 estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade administrativa, prevendo que a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público (artigo 17, § 4º), **permitindo ao Ministério Público ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas (artigo 25, VIII, da Lei 8.625/93).**

6. Os arts. 129, III, da Constituição Federal de 1988, 6º, VII, "b", da LC 75/93, e 25, IV, "a" e "b", da Lei 8.625/93, admitem a defesa do patrimônio público pelo Ministério Público, em ação civil pública.

7. Recurso especial provido." (Grifo nosso).<sup>177</sup>

Ante a ementa supra percebe-se, com o mínimo de perplexidade, que o STJ afirmava a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação combatida no início deste tópico. Sem dúvidas há uma surpresa quando se verifica que o relator deste caso, ao passo que ingressou no quadro de ministros da Suprema Corte, mudou seu entendimento sem motivos aparentes, visto que entendeu haver a reafirmação de jurisprudência do tribunal.

Não obstante há a alarmante ausência de modulação desse entendimento, visto que existem entes públicos desprovidos de procuradorias próprias, que dependem da atuação do órgão ministerial para perseguirem tais direitos. Não o sendo, a título exemplificativo, determinado município localizado no interior do país que tivesse título de crédito a ser percebido só poderia proceder a execução mediante a contratação de advogado, medida esta que causaria dispêndio de dinheiro público que, via de regra, para as regiões menos afortunadas, sempre está escasso.

A oscilação de entendimento das cortes superiores no Brasil causa, durante o processo de transição entre a implementação da nova sapiência e a saída da antiga, uma instabilidade jurídica desmedida. Como no caso em análise há um número exorbitante e indeterminado de ações no Judiciário que serão extintas ante a

---

<sup>177</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp. 1.119.115/SP*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 01º, de julho de 2009. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob\\_page.show?\\_docname=2236775.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2236775.PDF)>. Acesso em: 04 mar. 2107.

ilegitimidade pacificada do Ministério Público, ou seja, questões que já estavam a vias de serem decididas com resolução do mérito terão que ser novamente propostas ante a ausência de legitimidade do polo ativo.

### **3.8 *Leading case* R.E. 643.978<sup>178</sup>**

A decisão acima ementada deu ensejo ao Recurso Extraordinário enunciado, recurso este que ainda está pendente de julgamento pelo Supremo. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública com o intuito de obrigar a Caixa Econômica Federal a adotar o regime de cota única relativo as contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, visto ser mais benéfico aos trabalhadores. No Tribunal Regional Federal da 5ª Região a CEF conseguiu a extinção da ação sem resolução de mérito, ante a inadequação da via eleita para o pleito.

Frente a oposição de Embargo Infringentes foi declarada a viabilidade da ação pelo Ministério Público, o que fez com que a análise do mérito fosse retomada. Assim, foi confirmada a legitimidade do órgão ministerial para a propositura da referida ação, haja vista que este tem a obrigação de agir na defesa dos direitos individuais homogêneos, até mesmo os disponíveis, desde que detenham um viés social, além de afastar a necessidade de declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985<sup>179</sup>.

No mérito do R.E. a CEF alega que interpretar a norma conforme a Constituição finda pela verificação de inconstitucionalidade da própria norma. Por

---

<sup>178</sup> “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FGTS. SISTEMA DE MÚLTIPLAS CONTAS. PREJUÍZO PARA O TRABALHADOR EM ALGUMAS HIPÓTESES DE SAQUE PREVISTAS NO ART. 20 DA LEI N. 8.036/90. NECESSIDADE DE ADOÇÃO DO SISTEMA DE CONTA ÚNICA. LEGITIMIDADE DO MPF PARA PROPOSITURA DA DEMANDA. INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI N. 7.347/85. ACOLHIMENTO DO PEDIDO PARA DETERMINAR A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE CONTA ÚNICA. EFEITOS ERGA OMNES DA SENTENÇA. (e-STJ, fl. 110)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. R.E. 643.978/DF. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17, de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4087609&numeroProcesso=643978&classeProcesso=RE&numeroTema=850>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

<sup>179</sup> “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).”

consequente, não há incompatibilidade entre o artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985, que veda o cabimento de ação civil pública cujo objeto seja o FGTS, e o artigo 129 da Constituição. Isto posto, requereu o reconhecimento da constitucionalidade do artigo supramencionado, além da decretação da extinção do processo ante a ausência do interesse de agir, em virtude da via processual inadequada para promoção do direito.

Optou-se pela interposição simultânea de R.E. e Recurso Especial, este último não foi conhecido tendo em conta a natureza constitucional da matéria. Até o momento somente a Repercussão Geral foi reconhecida, e no caso, por unanimidade.

O caso enumerado mostra, novamente, uma atuação do Ministério Público em prol dos bens sociais. O FGTS é de suma importância para os trabalhadores brasileiros, podendo ser utilizado, por exemplo, para o financiamento da casa própria, o que torna ele quase imprescindível para a maioria de seus titulares. Em consonância com o entendimento do TRF-5, vê-se que o intuito do órgão ministerial ao intentar a ação pública não era individualmente discutir o FGTS, mas sim a reorganização da sistemática deste, a fim de garantir um direito de incontáveis titulares.

### **3.9 Considerações Finais**

Ante a análise dos julgados colecionados acima foi possível verificar que o questionamento da legitimidade do Ministério Público no ajuizamento de ações civis públicas é constante e somente tende a crescer, dado que este órgão detém a incumbência de defender direitos sociais, além do ordenamento jurídico e do regime democrático. Assim, ao passo que a sociedade insurge com novas demandas, o *Parquet* tem se mostrado sempre atento e proativo na defesa dos interesses sejam sociais ou de determinados indivíduos.

Nesse tocante o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de corroborar essa atuação. Uma evidência que ratifica tal afirmação é a de existência de Repercussão Geral em todos os julgados desta temática. Nas sete vezes que o Supremo foi provocado para veicular ou não a importância da legitimidade

do órgão ministerial, este foi incisivo na manifestação pela presença de relevância social, política, jurídica e econômica.

Destarte, diante de temas dos mais variados matizes, percebe-se um Ministério Público atuante, que busca exercer suas atribuições com o fito de não somente garantir, mas promover os direitos fundamentais contemplados no texto constitucional. Doravante, não é temerário se afirmar que a jurisprudência construída pelo STF indica que a tendência é a de validar a atuação do Ministério Público, seja eleitoral, estadual ou federal, incorrendo na validação deste como uma garantia institucional.

Importante lembrar aqui que em cada caso estudado foi possível se verificar que o Ministério Público guarda uma estreita relação com a teoria das garantias institucionais. Em cada julgado atestou-se que o órgão ministerial atuou tendo em vista a proteção de algum direito fundamental ou do regime democrático.

No primeiro julgado, tem-se o Ministério Público buscando, por meio de uma Ação Civil Pública, a anulação de um acordo firmado entre a Fazenda Pública e uma pessoa jurídica de direito privado que causaria lesão ao erário. Ante um pacto que findaria por causar um recolhimento de tributo aquém do devido, o órgão ministerial se prontificou a questionar a sua validade, visto que uma das inúmeras finalidades de um tributo é a sua conversão em uma prestação a sociedade, seja no âmbito da saúde, educação, segurança, etc. O entendimento da egrégia Corte Constitucional foi no sentido de corroborar a legitimidade do Ministério Público. Dessa forma, é tangível a incidência do garantidor do patrimônio público, tal como, por conseguinte, a de uma garantia institucional, haja vista que essa visa a proteção dos direitos fundamentais.

Já no segundo julgado, o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública com o fito de compelir um determinado ente federado a prover tanto o tratamento médico ambulatorial quanto as medições para os indivíduos portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia severa. Nesta oportunidade, o *Parquet* buscou tutelar não somente a saúde, mas também a qualidade de vida destes cidadãos, bem como da vida como um todo. Ainda se encontra pendente de julgamento no STF a presente demanda, todavia há uma tendência, como no caso em estudo, pela legitimação do *Parquet* para pleitear o fornecimento de medicamentos e demais estrutura

mantenedora da saúde dos indivíduos. Assim, com o fito de preservar um bem da vida tão essencial, o órgão ministerial se prontificou a entrar em juízo e fazer valer a incidência da garantia institucional.

Em outra oportunidade, o *Parquet* levou ao Poder Judiciário Ação Civil Pública postulando pela defesa dos interesses de beneficiários do seguro DPVAT. Apesar de à primeira vista aparentar se tratar de direitos individuais disponíveis, neste caso o Ministério Público atuou para assegurar o recebimento da benesse, visto ser um direito indisponível e de cunho social indiscutível. Neste caso o entendimento do STF foi o de, novamente, privilegiar a atuação do órgão ministerial ao se confirmar a sua legitimidade. Mais uma vez o Ministério Público tutela os mesmos direitos objetos das garantias institucionais.

No R.E. 409.356, o *Parquet* questionou a validade de ato administrativo que permite a incorporação de benesses à servidor militar que foi transferido para a reserva. A Ação Civil Pública visava a anulação do referido ato, ante o flagrante e iminente dano ao patrimônio público. Neste caso, pode-se observar que o órgão ministerial, novamente, buscou afastar um eventual dano aos cofres públicos, visto que tal dano tem por consequência uma infinidade de lesões a sociedade como um todo. Apesar de ainda não ter sido julgado pelo STF, este recurso vislumbra mais uma atuação do *Parquet* com o fito de assegurar as riquezas públicas. Dessa forma, em um cenário diferenciado em razão da natureza do questionamento, o Ministério Público atuou como uma garantia institucional ao Estado Democrático de Direito.

No quinto caso examinado, o Ministério Público atuou como verdadeiro garantidor do regime democrático. Por meio de seu órgão especializado, o Ministério Público Eleitoral, o *Parquet* recorreu da decisão que deferiu um determinado registro de candidatura, sem, no entanto, ter apresentado impugnação ao pleito inicial do candidato. O entendimento do STF foi de que o órgão ministerial poderia recorrer de decisões como a do caso em tela, mesmo que não tenha, em um primeiro momento, impugnado o pedido o candidato, ante o seu dever de realizar o controle de legalidade do processo eleitoral. Frente a este entendimento, pode-se afirmar que a atuação do Ministério Público pode ser expansiva, mas nunca poderá ser cerceada e/ou minorada, haja vista este ser uma garantia institucional.

No penúltimo caso analisado, foi questionada a legitimidade do Ministério Público para cobrar as dívidas oriundas de condenações dos Tribunais de Contas, sejam estaduais ou federal. Neste julgado, o órgão ministerial buscou o adimplemento da obrigação de pagar quantia certa estipulada em decisão de Tribunal de Contas estadual que reprovou as contas de um determinado administrador público. Assim sendo, o *Parquet* atuou em prol do ente público beneficiário, visando o recebimento de uma condenação pecuniária, que seria transformada em uma futura prestação à sociedade. Apesar de novamente o órgão ministerial tutelou o interesse social, corroborando a incidência da garantia institucional sob a sua figura, o posicionamento do STF foi de afastar a legitimidade deste para a propositura da referida ação, haja vista que cabe ao ente público beneficiário da condenação executar esta.

Por fim, no último caso analisado, que se encontra pendente de análise do mérito, tem-se o Ministério Público ajuizando Ação Civil Pública para compelir a CEF a adotar um regime diferente do adotado atualmente, no que tange ao recolhimento do FGTS. A referida ação foi proposta a fim de garantir aos milhões de beneficiários deste fundo um regime mais benéfico. Assim, o *Parquet* não visa a discussão individual da benesse, e sim tutelar o interesse social coletivo advindo desta. Não bastasse o *Parquet* se prontificar os interesses individuais indisponíveis, este frente a qualquer resquício de lesão ao interesse social, tutela este para se mostrar, mais uma vez, como uma garantia institucional.

Destarte, é inegável que em cada caso analisado o Ministério Público se fez valer de suas funções constitucionais, e atuou como verdadeira garantia institucional, não deixando de vislumbrar os mais remotos dos direitos os quais este é incumbido de assegurar. Dos 07 julgados examinados, 04 já tiveram o mérito decidido pelo STF e em 03 deles, ou seja, maioria, a legitimidade do órgão ministerial foi confirmada. Desse estudo, pode-se afirmar que é inconteste a ampla seara da legitimação dessa instituição na defesa tanto dos direitos fundamentais, quanto do regime democrático, permeando, ainda, a defesa do ordenamento jurídico

## CONCLUSÃO

Dentre as várias definições propostas para conceituar Estado pode-se entender que, em suma, este é uma organização que a partir da instituição do Direito visa a perpetuação da vida em sociedade. Esta instituição evoluiu ao longo da história da humanidade, passando pelo Estado de Direito em que há a supremacia da lei, ao Estado Liberal de Direito, cujo escopo é a promoção das relações individuais sem a interveniência estatal, ainda, pelo Estado Social de Direito que pretende corroborar o anterior adicionando um viés social a atuação do Estado.

Essa mutação elucidada propiciou a instauração do Estado Democrático de Direito. Neste há um prisma sob ordenamento jurídico que é positivado, o qual faz reluzir os ideais sociais a partir da democracia. Assim, ao passo que a sociedade muda, as normas e o Estado devem se adequar para corresponderem às expectativas emanadas da população. É nessa necessidade de dar uma resposta à população que o Constitucionalismo trouxe a ideia do Estado Constitucional, ou de Estado de Direitos Fundamentais.

No Estado Constitucional entende-se haver a permuta entre a supremacia da lei para a supremacia da Constituição, para que a Carta Magna passe a ser o referencial principal dentro do ordenamento jurídico. Há a alteração de ótica da ideia de separação dos poderes para uma interdependência entre as funções portadores do poder, assim ao invés de se preconizar a reserva da lei se faz a reserva da Constituição. Por fim, e sendo a diferença entre o Estado de Direito e o Constitucional, se tem a ótica de análise dos direitos fundamentais. No primeiro entende-se que estes devem ser examinados adotando-se uma perspectiva de subjetividade, por outro lado, o segundo afirma que somente a partir de um prisma de objetividade se pode garantir efetivamente a atenção a estes direitos.

Dessa forma, e cada vez mais, vem-se exigindo do Poder Judiciário brasileiro uma prestação fora dos moldes corriqueiros, para que se atenda de forma satisfatória as demandas sociais, visto que as mudanças da sociedade são constantes e ininterruptas. Assim, perceber os direitos fundamentais por um viés de coletividade faz com que estes sejam efetivados. Em relação a efetivação das garantias fundamentais é pertinente elencar a Teoria das Garantias Institucionais.

Esta teoria permite a alocação dos direitos fundamentais na esfera de proteção objetiva do Estado. As garantias fundamentais são tanto direitos subjetivos como se corporificam em uma proteção objetiva às instituições jurídicas, fazendo com que recaia sob estas um manto de proteção que lhes confere intangibilidade. Todavia, tal envergadura não finda por estancar as mudanças das instituições, pelo contrário, permite que estas se modifiquem em razão da evolução humana, sem que haja uma alteração da norma positivada incidente. Assim, pode-se entender que há núcleos essenciais na constituição análogos às cláusulas pétreas, visto que não podem ser alterados. Em suma, uma garantia institucional é uma proteção especial que certas instituições têm, a fim de impedir que o Poder Legislativo possa diminuí-las ou sequer afetá-las minimamente.

Ao se estudar a teoria schmittiana é impossível não se fazer remissão a uma das funções essenciais à justiça, conforme o texto constitucional: o Ministério Público. Este órgão que teve sua origem na França do século XIV e, no Brasil, foi instituído, nos moldes atuais, pela Constituição Federal de 1988. Os constituintes entenderam que havia uma necessidade gritante de se garantir a preservação do regime democrático e, assim sendo, abençoaram o órgão ministerial com tal incumbência. Dessa forma, não somente atribuí-lhe tal função, como deu mecanismos para efetivá-la, como por exemplo, a ação civil pública. Não obstante, cabe ao *Parquet*, também, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além de assegurar a ordem jurídica.

Diante de tamanha importância, o órgão ministerial é dado como permanente e se faz presente em todos os ramos do Direito, seja na seara trabalhista, eleitoral, militar, assim como está presente em todos os entes federativos e, ainda, possui um específico para a União. Para exercer as atribuições que lhes cabe o *Parquet* tem princípios norteadores dados pela Constituição, sendo a unidade, indivisibilidade e independência funcional, e outros intrínsecos e que dão respaldo a sua atuação, como a título exemplificativo o do Promotor Natural e o da Irrecusabilidade. Tais princípios auxiliam os membros nas ações de titularidade precípua, sendo as de natureza pública.

Percebe-se que a atuação do Ministério Público nas ações penais são as que, via de regra, *a priori* são vinculadas ao órgão e geram maior comoção social. No entanto, existe o instituto da ação civil pública, que visa a responsabilização e

reparação de danos à direitos difusos e transindividuais. E foi dentro desta ação que foi possível se analisar um assunto pertinente a este trabalho, a legitimidade do Ministério Público para a proposição desta.

Foi proposta a análise de sete julgados do Supremo Tribunal Federal, a fim de se atestar ou se afastar a legitimidade do Ministério Pública para a propositura de ação civil pública em matérias variadas. Em todos os processos foi identificada a relevância social, econômica, jurídica e política da demanda, findando por se afirmar a Repercussão Geral da temática. Assim, se examinou a legitimidade do órgão ministerial para propor ações civis públicas que visavam a anulação de acordo entre contribuinte e o Poder Público que causava prejuízo ao erário; compelir entes federados a fornecerem medicamentos a portadores de certas doenças; anulação de ato administrativo que transferia militar para a reserva com integração de benesses indevidas, o que ocasionava um dano ao patrimônio público; a afirmação da possibilidade do *Parquet* recorrer de decisões que deferem registro de candidatura, mesmo que não tenha impugnado o pedido inicial; execução de condenação dos Tribunais de Contas tanto em âmbito federal quanto estadual e, por fim, defesa dos direitos relativos ao pagamento aquém de valores vinculados ao FGTS.

Pontua-se a variedade de matérias discutidas, temas os quais têm por cenário de fundo a garantia de diversos direitos fundamentais, sendo este, saúde, reparação civil, proteção ao patrimônio público, dentre outros. Em quatro dos casos enumerados já houve o trânsito em julgado e o entendimento do Tribunal foi de que em três deles há a legitimidade do Ministério Público para os respectivos pleitos. No caso denegatório houve, por via indireta, a legitimação dos entes públicos para a execução das condenações do TCU, decisão esta que ante a ausência de modulação pode ensejar novo questionamento quanto a legitimidade do *Parquet* para questionamento do crédito ante a ausência de procuradoria própria.

Nos demais cenários, ao se analisar outros julgados da corte constitucional e do STJ, é passível de se afirmar que a tendência é a de corroboração da legitimidade do órgão ministerial.

Assim, pode-se observar que o *Parquet* tem atuado no sentido de assegurar por todas as vias possíveis e necessárias a preservação dos direitos fundamentais. Pois bem, eis o ponto cerne deste trabalho. Visto que, conforme já

elucidado, o Estado Constitucional propõe uma nova ótica aos direitos, os alocando numa esfera de objetividade para se vislumbra-los como coletivos. Destarte, pode-se postular sem receios que, conforme comprovado pela jurisprudência colecionada neste trabalho, o Ministério Público atua na defesa das garantias fundamentais de toda sorte. Partindo-se da premissa de que sendo o escopo do Estado Constitucional a efetivação dos direitos fundamentais, o *Parquet* nada mais é do que a instituição garantidora e mantenedora da essência deste Estado, promovendo no plano prático os fins postulados por este.

Ato contínuo, verifica-se que nos casos em que a legitimidade do Ministério Público era incontestável a decisão do Supremo findou por propiciar a auto afirmação do órgão, assim como, garantir a sua atuação nos moldes do texto constitucional. Isto posto, remete-se, novamente, a teoria da garantia institucional. Consoante conceitos já abordados, resumidamente, tal garantia confere a determinadas instituições uma proteção que lhe concede intangibilidade frente ao Poder Legislativo ante qualquer iniciativa que vise a diminuição de sua esfera de atribuições, assim como alterar seus mecanismos de atuação, além de legitimá-las como direitos fundamentais. Destarte, se a Constituição Federal em seu artigo 127, *caput*, já garantiu o caráter de permanente do órgão ministerial, conferindo-lhe status de cláusula pétreia, e este atua em prol das garantias constitucionais, é factível que o Ministério Público é uma garantia institucional.

Os postulados propostos são no seguinte sentido: o Ministério Público por ser um garantidor dos direitos fundamentais, este finda por se tornar um direito fundamental ao Estado Constitucional, em um segundo momento tem-se o *Parquet* como uma instituição que é também um direito fundamental, sendo, então, uma garantia institucional. Ante o exposto, não há dificuldade em se arrematar as premissas supramencionadas. Por lógica e diante do lastro de evidências colecionadas neste trabalho, é fato que o Ministério Público é uma garantia institucional ao direito fundamental a um Estado Constitucional.

Por fim, foi possível se identificar que no plano prático a teoria das garantias institucionais finda por legitimar e promover o trabalho realizado pelo *Parquet*, haja vista que em todos os casos transcritos em que houve a identificação da legitimidade do órgão, qualquer decisão em contrário iria contradizer aquilo constante na Constituição.

Frente as características, fatos e julgados colecionados, pode-se verificar que após quase 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público evoluiu seguindo os anseios da sociedade, se auto afirmou a partir das normas positivadas que permitiram a edição de portarias, resoluções e recomendações próprias, bem como, se consolidou como defensor dos direitos coletivos, individuais indisponíveis e do regime democrático. Tal processo foi viabilizado pela incidência da garantia institucional revestindo o órgão. Assim, o objetivo deste trabalho foi cumprido, pois sendo capaz de comprovar a incidência da garantia institucional nesta instituição de importância ímpar, teve uma contribuição para o mundo acadêmico.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Leão de. *A Garantia Institucional do Ministério Público em Função da Proteção dos Direitos Humanos*. 2010. 324f. Trabalho de conclusão de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARANHA, Márcio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999.

BARBOSA, Rui. *A Constituição e os Atos Institucionais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893.apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 540.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp 1.194.670*. Relator: Napoleão Maia Nunes Filho. Brasília, 20, de junho de 2013. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130808-10.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130808-10.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp. 1.119.115/SP*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 01º, de julho de 2009. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob\\_page.show?\\_docname=2236775.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2236775.PDF)>. Acesso em: 04 mar. 2107.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula nº 11. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-11>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *R.E. 576.155/DF*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 12, de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2589396&numeroProcesso=576155&classeProcesso=RE&numeroTema=56>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *R.E. 605.533/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 26, de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3791720&numeroProcesso=605533&classeProcesso=RE&numeroTema=262>>. Acesso em: 23. Fev. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *R.E. 631.111/GO*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki . Brasília, 07, de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3964240&numeroProcesso=631111&classeProcesso=RE&numeroTema=471>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *R.E. 409.356/RO*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 03, de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2179476&numeroProcesso=409356&classeProcesso=RE&numeroTema=561>>. Acesso em 25 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. *A.R.E. 728.188/RJ*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 18, de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4348076&numeroProcesso=728188&classeProcesso=ARE&numeroTema=680>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. *A.R.E. 823.347/MA*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 02, de outubro de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4598814&numeroProcesso=823347&classeProcesso=ARE&numeroTema=768>>. Acesso em: 26 fev.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. *R.E. 643.978/DF*. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17, de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4087609&numeroProcesso=643978&classeProcesso=RE&numeroTema=850>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. *R.E. 791575 AgR*. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27, de junho de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6258603>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, Brasília, ano XIV, jul. / dez. 1981.

BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Paris: LGDJ, 1966-1976. t. 2.

apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 75. BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Paris: LGDJ, 1966-1976. t. 2.

CAMPOS, Corine. *Direito de Ação: Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição*. 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1067/Direito-de-Acao-Principio-da-Inafastabilidade-da-Jurisdicao>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

CASTRO, Edson de Resende de. *Curso de Direito Eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*.

Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindadade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2017

DEL VECCHIO, Giorgio. *Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 2003.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos

fundamentais?. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>. Acesso em: 22 fev. 2017.

DUGUIT, Léon. L'État. Paris: Dalloz, t. 1. *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*.

10.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GARCIA, Emerson. As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o

seu Necessário Balizamento. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério*

*Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de

Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GASTALDI, Suzana. Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais

homogêneos: conceito e diferenciação. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 120,

jan 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164)

[juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14164](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164)>. Acesso em 04 mar. 2017.

HABERLE, Peter. La Constitución como cultura. *Anuario Iberoamericano de Justicia*

*Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, v.6, p. 177-

198, 2002.

JATAHY, Carlos Roberto. 20 anos de Constituição: O Novo Ministério Público e suas

perspectivas de Estado Democrático de Direito. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas*

*Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KANT. *Metaphysik der Sitten*, p. 135 apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 74.

LEITE, Kalinca Gonçalves. *Conceito e teorias justificadoras do direito de ação: a teoria da asserção como teoria adotada pelo Novo Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <[https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo\\_teorias\\_da\\_acao.pdf](https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_teorias_da_acao.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2016.

LÉVI-BRUHL, Lucien. A Teoria do Estado em Hegel. *Princípios Revista de filosofia*, Natal, v.20, n. 33, p. 655, jan. / jun. 2013.

LITTRÉ. *Grand Dictionnaire*. Vol. II. p. 1245 apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2014.

MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público: Organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático. *Justitia*. vol. 179/180, p. 139 e s., jul/dez. 1997, disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpedemocracia.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Propostas de um Novo Ministério Público. In: ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MEIRELES, José Dilermando. Ministério Público – sua gênese e sua história. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 21, n. 84, p. 4, out. / dez. 1984.

MELLO FILHO, José Celso de. Ministério Público e a Legalidade Democrática O Ministério Público e a legalidade democrática. O Estado de São Paulo, São Paulo, n. 32.853, 18 abr. 1982, p. 55 apud MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático. *Justitia*. vol. 179/180, p. 139 e s., jul/dez. 1997, disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpedemocracia.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, "Direitos Fundamentais"*. Coimbra: Coimbra, 2010, t. 4.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. *Revista de legislação informativa*, Brasília, v. 51, n. 204, p. 269–285, out. / dez. 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362/364.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Elementos do Direito, v. 1).

POLI, Mariana dos Reis Andre Cruz. A evolução histórica do ministério público e as constituições brasileiras: Aspectos relevantes. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7977](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7977)>. Acesso em 08 jan. 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 71.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível. AC 444829 CE 0017290-26.2005.4.05.8100. Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt. Recife, 05, de junho de 2008.

RAMOS, João Gualberto Guarcez, *Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º Milênio*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/zdxab3.pdf>>. Acesso em: 07 de jan. 2017.

SANTOS, Leonardo Fernandes dos. *Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente*. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/2713857](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2713857)>. Acesso em: 22 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 151. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/6399277/e-book---ingo-sarlet---a-eficacia-dos-direitos-fundamentais---2012>>. Acesso em 24 mar. 2017.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de direitos fundamentais*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128/estado-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

SILVA, Yanna Deiany Ferreira da. *Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj027370.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VASCONCELOS, Clever. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WEBER, Max. “Wirtschaft und Gesellschaft”, vierte, neu herausgegebene Auflage, besorget von Johannes Winckelman, I, Halbband, p. 29 e 2. Halbband, p. 830 apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 77.

## **ANEXO A - Legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de interesses de beneficiários do DPVAT.**

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. **AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA.**

1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III).

2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo.

3. Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (an debeat, quid debeat e quis debeat); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o cui debeat e o quantum debeat), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios.

4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127).

5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos.

**6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito.**

Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º).

7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, **há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares**, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE 163.231/SP, AI 637.853 AgR/SP, AI 606.235 AgR/DF, RE 475.010 AgR/RS, RE 328.910 AgR/SP e RE 514.023 AgR/RJ).

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.” (Grifo nosso).

**ANEXO B - Legitimidade do Ministério Público Eleitoral para recorrer de decisão que defere registro de candidatura, ainda que não haja apresentado impugnação ao pedido inicial.**

“AGRAVO REGIMENTAL. ILEGITIMIDADE;

1. Nos termos da Súmula-TSE nº 11, a parte que não impugnou o pedido de registro de candidatura, seja ela candidato, partido político, coligação ou o Ministério Público Eleitoral, não tem legitimidade para recorrer da decisão que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional.

2. Infere-se a ilegitimidade do Ministério Público Eleitoral ante a ausência de impugnação para interpor agravo regimental contra decisão deferitória de pedido de registro de candidatura que versou sobre a questão alusiva ao atendimento da exigência de apresentação de certidão criminal, a que se referem os arts. 27, II, da Res.TSE nº 23.373, e 11, § 1º, VII, da lei nº 9.504/97. Agravo regimental não conhecido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA ELEITORAL.

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RECORRER DE DECISÃO QUE DEFERE REGISTRO DE CANDIDATURA, AINDA QUE NÃO HAJA APRESENTADO IMPUGNAÇÃO AO PEDIDO INICIAL. SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DA TESE A PARTIR DAS ELEIÇÕES DE 2014, INCLUSIVE.

I - O Ministério Público Eleitoral possui legitimidade para recorrer de decisão que julga o pedido de registro de candidatura, mesmo que não haja apresentado impugnação anterior.

II – Entendimento que deflui diretamente do disposto no art. 127 da Constituição Federal.

III – Recurso extraordinário a que se nega provimento por razões de segurança jurídica.

IV – Fixação da tese com repercussão geral a fim de assentar que a partir das eleições de 2014, inclusive, o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para recorrer da decisão que julga o pedido de registro de candidatura, ainda que não tenha apresentado impugnação.”