

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MIKICELY SAHARA MEDEIROS A. DE MELO

**O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA (TAC) E O MINISTÉRIO PÚBLICO:
o uso de técnicas extraprocessuais na efetivação dos direitos transindividuais**

RECIFE
2011

MIKICELY SAHARA MEDEIROS A. DE MELO

**O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA (TAC) E O MINISTÉRIO PÚBLICO:
o uso de técnicas extraprocessuais na efetivação dos direitos transindividuais**

Monografia apresentada como um dos requisitos para a obtenção de grau de Bacharel em Direito na Faculdade Damas da Instituição Cristã.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.
Orientador: Professora Natália Lourenço Soares.

RECIFE
2011

Melo, Mikicely Sahara Medeiros A. de

O termo de ajustamento de conduta (TAC) e o ministério público: o uso de técnicas extraprocessuais na efetivação dos direitos transindividuais./ Mikicely Sahara Medeiros A. de Melo. – Recife: O Autor, 2011.

49 folhas

**Orientador(a): Profª Natália Lourenço Soares
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução
Cristã. Trabalho de Conclusão de curso, 2011.**

Inclui bibliografia.

**1. Direito 2. Direito Processual Civil 3. Ministério Público
I. Título.**

**340
340**

**CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2011- 050**

Mikicely Sahara Medeiros Arnaud de Melo
O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA (TAC) E O MINISTÉRIO PÚBLICO:
o uso de técnicas extraprocessuais na efetivação dos direitos transindividuais

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de junho de 2011

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientadora Professora Natália Lourenço Soares (FDIC)

1º Examinador: Professor (FDIC)

2º Examinador: Professor (FDIC)

DEDICATÓRIA

A DEUS, pelo êxito e pela vida

Aos meus filhos, pela renovação da minha vida

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Deus, acima de tudo pelo dom da vida.

A orientadora Natália Lourenço Soares pela especial atenção neste trabalho

A meu pai, Arnaud, pelo tempo e esforço empreendidos na minha formação e pelo exemplo de homem esforçado e vencedor.

A meu esposo, Eduardo, por sempre acreditar e oportunizar os meus estudos e pela nossa linda família.

Aos meus abençoados filhos, Arthur e Thiago, pelo amor e luz que trouxeram à minha vida.

Aos meus colegas de curso da Faculdade Damas e a todos da Instituição, pelos frutíferos debates e pela convivência.

“[...] Devemos de estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios tradicionais sempre que sejam demasiado caros lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente”

(MAURO CAPPELETTI)

RESUMO

O presente trabalho é uma análise sobre a efetivação da tutela coletiva, no caso dos direitos transindividuais, fora do âmbito judicial por meio de instrumentos extraprocessuais, em especial, a atuação do Ministério Público, que após a Constituição Federal de 1988 se tornou uma importante instituição com o objetivo de efetivar a cidadania, dentro de um processo de redemocratização. Assim, a partir do Texto Magno de 1988, a instituição teve suas funções ministeriais reformuladas e ampliadas, passando a ser estabelecida como defensor dos direitos e garantias constitucionais do cidadão. Somado a isto, e dentro deste novo contexto, surge uma nova teoria de direito constitucional, o neoconstitucionalista, que atende que para a efetivação da cidadania é de fundamental importância a implementação de um ordem jurídica justa, que se viabiliza através do acesso à justiça de forma plena, através do direito à informação, que se perfaz mediante o acesso à educação, desenvolvendo uma cultura de conhecimentos de direitos, configurando uma forte ferramenta para o exercício da cidadania num Estado Democrático de Direito. Para tanto, e em específico, a concretização dos direitos mediante a tutela coletiva quando da ocorrência da ameaça ou lesão dos direitos transindividuais, característico desta nova sociedade de massa complexa e dinâmica, o direito e os meios legais (lícitos) devem refletir sobre as necessidades contemporâneas e para atendê-las, deverá buscar soluções jurídicas alternativas que permitem meios mais céleres, menos custosos e mais acessíveis ao cidadão para a almejada efetivação dos direitos reclamados. As técnicas extraprocessuais, em especial o termo de ajustamento de conduta, da qual prescinde da figura do Estado-juiz, mas não se alijando da segurança jurídica, da qual deve revestir toda e qualquer solução jurídica, contribuem de forma contundente por meio da via extraprocessual a efetivação da tutela coletiva, sem significar, em absoluto, a desnecessidade em definitivo do processo judicial, mas como forma complementar do mesmo, no sentido que de alcançar a solução jurídica de acordo com cada caso, antes que se estabeleça o conflito propriamente dito. Destarte, diante da sociedade moderna e pela necessidade de ter novos meios adequados e democráticos que viabilizem a efetivação dos direitos transindividuais deve o Direito e, a partir da criação de uma nova mentalidade dos operadores jurídicos, com a participação da sociedade, desenvolver e fortalecer os meios alternativos que alcance seguramente desiderato de resolução dos conflitos sociais.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, Ministério Público e Instrumentos Extraprocessuais

ABSTRACT

This study is an analysis of the effectiveness of collective protection, in case of rights transindividual, outside the courts through extraprocessuais instruments, in particular, the role of prosecutor, who after the Constitution of 1988 became an important institution with the goal of effective exercise of citizenship, within a process of democratization. Thus, from the Great Text of 1988, the institution had his ministerial duties reworked and expanded, becoming established as a defender of constitutional rights and guarantees of citizens. Added to this, and within this new context, a new theory of constitutional law, the neoconstitutionalism, which caters to the realization that citizenship is fundamental to implementing a just legal order, which is made possible through access to justice fully through the right to information, which makes through access to education, developing a culture of knowledge of rights, setting a strong tool for the exercise of citizenship in a democratic state. To do so, and in specific, the realization of rights through the collective protection upon the occurrence or threat of injury to the rights transindividual, characteristic of the new mass society complex and dynamic, law and legal means (legal) should reflect on the needs contemporary and to meet them, they should seek legal solutions that allow alternative means faster, less costly and more accessible to citizens on the expected realization of the rights claimed. Extraprocessuais techniques, especially the term of behavior adjustment, which dispenses with the figure of the State court, but not jettisoning of legal certainty, which should take any legal solution, contribute forcefully through via extra- the effectiveness of collective protection and does not signify absolutely unnecessary in the final of the judicial process, but as a complementary form thereof, in the sense that reaching the legal solution according to each case before the establishment of the conflict itself. Thus, in the face of modern society and the need for new democratic and appropriate means that enable the realization of rights must transindividuais the law and, from the creation of a new mindset of legal practitioners, with the participation of society, develop and strengthen alternative means to reach surely wish for resolution of social conflicts.

Keywords: Access to Justice, prosecutors and Instruments Extraprocessuais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

.....E

Erro! Indicador não definido.

CAPITULO 1 A IMPORTÂNCIA DE UMA NOVA CONCEPÇÃO, DE CONTEÚDO MATERIAL, DE ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À INFORMAÇÃO, PARA UMA PLENA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DITOS DE NOVA DIMENSÃO, OS TRANSINDIVIDUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS **Erro! Indicador não definido.**

1.1. Do Acesso à Justiça e do Direito à Informação..... **Erro! Indicador não definido.**

1.2. Dos Direitos Transindividuais, a Nova Dimensão ou dos Direitos de Terceira Geração **Erro! Indicador não**

1.3. Estado Democrático De Direito - Novo Paradigma **Erro! Indicador não definido.**

CAPITULO 2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A MODERNA FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (PARQUET) NA DEFESA E PROMOÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS **Erro! Indicador não definido.**

2.1. A Constituição Federal de 1988 e o Ministério Público **Erro! Indicador não definido.**

2.2. Ministério Público e a tutela dos Direitos Transindividuais **Erro! Indicador não definido.**

2.3. A Tutela Extrajudicial Coletiva e seus Princípios Informadores **Erro! Indicador não definido.**

2.4. Tutela Judicial e Extrajudicial dos Direitos Transindividuais (Espécies) **Erro! Indicador não definido.**

CAPITULO 3 MINISTÉRIO PÚBLICO E O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA NA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS **Erro! Indicador não definido.**

3.1. Natureza Jurídica..... **Erro! Indicador não definido.**

3.2. Legitimidade para celebração do Termo de Ajustamento de Conduta **Erro! Indicador não definido.**

3.3 Requisitos Essências para o Compromisso de Ajustamento de Conduta **Erro! Indicador não definido.**

3.3. Cumprimento e Descumprimento: propositura da Ação Civil Pública (ACP) e a Execução da Multa..... **Erro! Indicador não definido.**

CONCLUSÃO..... **Erro! Indicador não definido.**

REFERÊNCIAS..... **Erro! Indicador não definido.**

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a efetivação da tutela coletiva (dos direitos transindividuais) pode e deve também ser efetivada fora do âmbito judicial. Para tanto, devem os operadores jurídicos dispor de técnicas extraprocessuais de efetivação de direitos.

A Constituição Federal de 1988, após um processo de redemocratização, estabeleceu em seu texto um conteúdo de direitos materiais voltados para cidadania, justiça e democracia, estabelecendo para Ministério Público função de concretização desses direitos. Essas novidades exigem uma releitura e uma nova interpretação jurídica do ordenamento pátrio.

Acrescente-se a esse fenômeno uma nova dimensão de direitos, os direitos de 3° geração, chamados de direitos transindividuais, caracterizados por uma titularidade coletiva, reflexo das novas relações sociais ou necessidades da sociedade moderna de produção e consumo de massa.

Tal contexto, trás a reboque um novo paradigma quanto o acesso à justiça e a efetivação de direitos. O acesso à justiça, até então entendido dentro de uma concepção jurídica clássica, é compreendido como acesso aos tribunais daqueles casos em que as partes litigam pelos seus respectivos direitos individuais, passa a ser pautado a partir da compreensão de que somente se efetiva o valor justiça pelo mais amplo possível acesso a instrumentos de efetivação de direitos, tornando-se imprescindível a promoção ao direito a informação, que possibilita a todo cidadão conhecer seus direitos, não só como individuo, mas enquanto coletividade, e assim poder saber como e de que forma poderá defendê-los de maneira mais eficaz, desenvolvendo uma cultura de conhecimento sobre seus direitos, da qual a educação é um elemento fundamental. Portanto, neste novo paradigma, para se falar em acesso à justiça, é necessário entender o que é e o que se entende por justiça, mediante observância das necessidades atuais da sociedade dinâmica pós Segunda Guerra Mundial, devendo fazer, por conseguinte, uma evolução do conceito histórico de justiça, sendo faz mister uma compreensão sob uma ótica sócio-político contemporânea.

Defender esses direitos, no contexto atual, exigiu do Direito, por conseguinte, de seus remédios e/ou instrumentos legais (lícitos), buscar adaptar-se a uma nova forma de alcançar a adequada efetividade para a tutela coletiva dos direitos transindividuais, e assim, se conformando com o novo perfil de direitos e de seus

respectivos conflitos. Dentro desta perspectiva, a via extraprocessual apresenta-se como adequada para tanto, devido as suas peculiaridades, na medida que pode ser utilizada em momento anterior ao conflito propriamente dito.

Os instrumentos extraprocessuais, em especial, o Termo de Ajustamento de Conduta, objeto do estudo, uma vez que se pautam no consenso (espontâneo) das partes em formar um compromisso, se caracterizam pelos princípios como o da mínima formalidade necessária, da participação (pautado na cidadania ativa), da máxima efetividade possível e da complementaridade entre as técnicas extraprocessuais e processuais.

Com isto, não se pretende dizer que é desnecessário, em definitivo, do uso do processo judicial, e sim evitá-lo, objetivando meios alternativos de se alcançar soluções jurídicas seguras, de forma a complementar os meios tradicionais existentes, para que ocorra a efetivação da tutela coletiva dos direitos transindividuais ameaçados ou lesionados nesta sociedade complexa e dinâmica.

É de extrema importância e um dever que o direito e seus operadores (com a participação de toda sociedade) reflitam sobre as questões atuais e necessidades que surgem na pós-modernidade que geram conflitos peculiares e que reclamam por uma forma também mais moderna e adequada de equacionamento, a partir de procedimentos mais acessíveis ao povo, para que o direito permaneça capacitado em cumprir suas funções de pacificação, regulação e integração perante a sociedade.

Para este trabalho optou-se pelo método de análise bibliográfica, tendo como ponto de partida as obras dos autores que trabalham especificamente sob o tema em reflexão, tendo sua estrutura desenvolvida em 3 (três) capítulos, em que no Capítulo I será trabalhada a importância de novas concepções e paradigmas pertinentes ao Estado Democrático de Direito (contemporâneo), no Capítulo II, será tratado, especificamente, o reflexo destas novas concepções que ensejou mudanças, precipuamente, de conteúdo material na nossa Constituição Federal de 1988, e dentre estas, em especial, as ocorridas no Ministério Público ocasionando uma remodelação e ampliação de suas funções, e no Capítulo III será, justamente, feita a análise do objeto de estudo que é o uso de instrumentos extraprocessuais, em especial ao Termo de Ajustamento de Conduta como técnicas extraprocessuais de efetivação de direitos, tendo como objetivo contribuir para adequada tutela dos direitos transindividuais.

Desta forma, o estudo proposto neste trabalho busca, junto desta nova realidade social, moderna e dinâmica, que repousa num poder estatal democrático de

direitos, demonstrar outra forma de alcançar soluções jurídicas condizentes com as reais necessidades atuais dos cidadãos, com a finalidade precípua, de acordo com o qualificativo deste Poder (democrático de direitos), refletir e assegurar o direito a ter direitos e de forma ampla e irrestrita, contribuir com uma cultura de conhecimento dos direitos, auxiliando na promoção da concretização dos mesmos, dentro de uma ordem jurídica justa e democrática.

CAPITULO 1 A IMPORTÂNCIA DE UMA NOVA CONCEPÇÃO, DE CONTEÚDO MATERIAL, DE ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À INFORMAÇÃO, PARA UMA PLENA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DITOS DE NOVA DIMENSÃO, OS TRANSINDIVIDUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

1.1 Do Acesso à Justiça e do Direito à Informação

Neste capítulo tentar-se-á demonstrar a importância de uma nova compreensão a luz do texto constitucional do acesso à justiça, dentro do nosso ordenamento pátrio, que recebeu um incremento no seu significado, pautado na redemocratização e na contemporaneidade. Corolário a este entendimento de acesso à justiça tem-se o direito a informação, o qual se configura como ferramenta indispensável para o conhecimento da existência de tais direitos pelos cidadãos, devendo ser alcançado, sobretudo, por meio da educação. Este incremento, como ponto de partida, está relacionado diretamente com o movimento do acesso à justiça que permeia a algumas décadas, mundo afora, e que de acordo com o pensamento de Bobbio, citado na obra de Geravonsk (2010 *apud* BOBBIO, p.24 e 25), que destaca: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. E acrescenta, após alguns anos:

“Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos , qual é a sua natureza e seu fundamento,[...] mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

É de extrema relevância e decisivo que no modelo Estado Democrático de Direito exista uma estreita relação entre democracia e o valor de justiça, e que esta relação na construção do conceito de justiça não fique circunscrito a uma abstração, meramente formal e estática de justiça, como também deve, seus valores serem irradiados na ordem jurídica.

O qualitativo, democrático, que é aplicado ao Estado, assegura o direito de ter direitos, para ser exercido concretamente, tendo a possibilidade de se recorrer a

diversos mecanismos de proteção que tenham por objetivo a sua tutela a fim de evitar, de forma preventiva e repressiva, a lesão dos direitos, deflagrando, assim, o pleno acesso à justiça.

Neste aspecto, como pontualmente reflete Rodrigues (2002, p.32), faz necessário destacar que dentro desta nova concepção estabelecida de Estado e de justiça, não se deve entender acesso à justiça, dentro de uma concepção meramente abstrata, restringindo a existência de órgãos ou Tribunais que venham a garantir a concretização efetiva dos direitos, primordialmente, individuais amalgamados no ordenamento jurídico. Mas, sim também, e essencialmente, um acesso que signifique a possibilidade efetiva do usufruto dos direitos individuais e coletivos por seus titulares, fundado na cidadania e dignidade da pessoa humana, não podendo mais, o Direito em sua aplicação, declinar da preocupação com a contextualização real, para permitir um efetivo acesso à justiça ou, mais apropriadamente, a uma ordem jurídica justa.

Para que se torne possível uma evolução do conceito histórico de justiça, se faz mister, que ocorra, perenemente e a cada tempo, uma evolução histórica do próprio conceito de acesso à justiça, devendo levar sempre em consideração as idéias mais caras da Humanidade sobre o que é justo na percepção de todos, o que será neste tempo a manifestação, que traduzirá o anseio ou necessidade da respectiva sociedade, vindo a refletir e incidir no conceito e na sua interpretação. Ainda que seja sobre perspectivas dogmáticas.

É necessário que o acesso à justiça seja interpretado e compreendido sob uma ótica sócio – político espacial, e dinâmico, ainda que este tenha um quê de conotação universal, para não cair na inocuidade. Oportuno mencionar, segundo Rodrigues (2002 *apud* BENJAMIN,1995, p.33), que “o verdadeiro sentido do movimento é, sobretudo conseguir mais justiça nas relações e transações, em que os indivíduos estão envolvidos” e acrescentando que “a justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais”.

Este novo significado de acesso à justiça é simultâneo a essa sociedade moderna constituída por uma diversidade e complexidade de novas relações sociais e jurídicas dos seus cidadãos, privadas e públicas, trazendo inovações subjetivas e objetivas no Direito, mudando paradigmas até então, dominantes Rodrigues (2002, p. 34). Este significado atualmente concebido surgiu efetivamente a partir da construção de uma tipologia de direitos, no tocante ao sujeito e ao objeto do direito, denominados pela doutrina de direitos de nova geração ou dimensão , Moraes(2004, p.61), que se

caracterizam pela transindividualidade. Ditos de terceira dimensão, por serem “tipicamente vinculados a esta sociedade de consumo e economia de massa, padronizada e globalizada”, segundo Marinoni (2008, p.737). Desta forma, vão além do indivíduo, considerado como tal, levando – se em conta toda coletividade.

Como já antes comentado, não podendo prescindir da realidade dos fatos, o Direito, no caso a justiça, deve alcançar as novas necessidades sociais, uma vez que esta sociedade, democrática e moderna, apresenta situações cotidianas em que certas atividades podem trazer prejuízo aos interesses de um grande número de pessoas, necessitando de uma tutela coletiva. Ao passo que estes conflitos se caracterizam por serem frutos de produção e consumo de massa, na medida em que e conforme sua própria essência seriam ignorados nas demandas individuais, necessitando, por conseguinte, de uma demanda coletiva.

Outro ponto importante, e relevante para esta concepção de acesso à justiça, é procurar oportunizar o desenvolvimento de uma cultura de conscientização de direitos, tornando – se, para tanto, imprescindível o acesso a informação. Devendo esta informação ser ampla e irrestrita, que enseje a todo cidadão conhecer seus direitos e quais mecanismos disponíveis para a promoção destes. Assim, terá condições de saber quais instituições podem ser provocadas, quais remédios judiciais e extrajudiciais podem ser disponibilizados, o que pode ser feito de forma autônoma ou depende da atuação de outros agentes público ou privado para que se exerça a democracia participativa e se tenha o pleno acesso à justiça . Esse direito a informação não deve ser entendido, como citamos anteriormente, apenas como cumprimento de meras formalidades, como a publicação feita nos diários oficiais.

1.2 Dos Direitos Transindividuais, a Nova Dimensão ou dos Direitos de Terceira Geração

A classificação dos direitos foi se modificando de acordo, e ao compasso, das transformações da sociedade e conforme suas necessidades, que reflexamente provocou ou exigiu do Estado mudanças na sua estruturação, organização e contraprestações, embora, muitas vezes, essas mudanças só ocorressem a nível meramente formal, só em seus próprios fundamentos e sua forma de atuação, entretanto, tenha deflagrado mudanças de paradigmas.

Estas mudanças, no tocante a militância de direitos, tem-se considerado como ponto de partida, a rigor, o lema revolucionário da Declaração Francesa do século XVIII, exprimindo em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, “profetizando” uma seqüência histórica de sua gradativa institucionalização, à liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos fundamentais de primeira geração são na sua essência “os direitos do homem livre e isolado, direitos que possuem em face dos Estados” e “absolutos”, entretanto, podendo, conforme Bonavides(2004. p, 560) “ser relativizados dentro dos limites legais” onde se vinculam precipuamente à liberdade e à dignidade da pessoa humana, com significado de universalidade. A partir, e ao tempo do Estado Liberal, passam a surgir formalmente os direitos voltados para o individuo e seus interesses, segundo os quais a doutrina classificou – os baseados numa ordem cronológica – como de primeira geração, os direitos e garantias individuais e políticos clássicos , segundo MORAES (.2004. p, 61), focados na pessoa do individuo, surgidos institucionalmente a partir da Constituição Americana (1787), e da Revolução Francesa (1789) no mundo europeu, os ditos direitos de primeira geração (ou dimensão), a saber, entre outros : direito à liberdade, à propriedade, à segurança, à integridade física . Os quais objetivaram e, ainda objetiva, limitar o poder do Estado, sendo o individuo, o possuidor da titularidade dos mesmos.

Em seguida, tem – se os denominados direitos de segunda dimensão, surgidos no início do século XX, período pós I Guerra Mundial e decorrentes das conseqüências ocorridas sócio-economicamente, como a recessão de 1929, refletindo de forma prejudicial na condição de vida do cidadão, somados ao clamor dos direitos dos trabalhistas e sociais, ocorrendo, ao tempo a “mudança” do modelo Liberal para o modelo de Estado Social (de Direitos) , que precisando atender a tal reclames da sociedade, passa a ter um papel interventor na sociedade, tendo como seu maior desafio buscar compatibilidade entre o bem estar social e as demandas do neocapitalismo, ocasionando o aparecimento de uma nova categoria de direitos ,os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais necessitam da contraprestação do Estado para seu pleno usufruto , dentre estes tem – se os direitos sociais relacionados : com o trabalho, com à saúde e à educação e com a própria subsistência, que estabelece, em síntese, condições mínimas de existência digna.

Modernamente, após as grandes mudanças ou transformações ocorridas até então citadas, outro aspecto importante para a construção da teoria dos direitos, foi a

experiência da Humanidade de ter passado pela grande catástrofe e crueldade decorrentes de ações governamentais respaldadas em leis, como o genocídio dos judeus durante a II Guerra Mundial. Uma experiência lamentável, entretanto, relevante para a “construção” de um Estado que tivesse como premissa básica, não só a declaração de direitos, mas, principalmente, garantira ou asseguramento efetivo de direitos e promoção da justiça para todos igualmente, o que em síntese representa o compromisso fundamental do Estado Democrático de Direitos (o qual será abordado mais à frente).

Após este triste experiência, as sociedades passam a sofrer algumas transformações: as distâncias e as relações entre os Estados, e até entre particulares, se estreitam e as grandes empresas passam a estar presentes em vários países, ensejando uma era de globalização, de produção e consumo de massa, gerando novos tipos de ameaça e lesão de direitos, originando a construção de uma nova categoria de direitos, os quais apresentam inovações subjetivas e objetivas, configurando os ditos direitos de terceira dimensão ou coletivos, denominados também como direitos da solidariedade ou fraternidade.

Os direitos de terceira Dimensão se caracterizam pela sua transindividualidade, o que significa dizer que, este direito vai além da pessoa do indivíduo, sem, contudo perder totalmente o contato com a idéia da pessoa. O seu titular não é o indivíduo, o qual, em regra, pode disponibilizar, ou seja, renunciar ou conceder, reduzindo o conteúdo dos direitos. Ao contrario dos direitos individuais, nos transindividuais o interesse é de uma coletividade, e seus direitos tangenciam vários indivíduos. Este direito inovador ganha espaço na medida em que os sistemas jurídicos passaram, então, a reconhecer a existências de movimentos sociais, de massas de pessoas, organizadas ou não formalmente, possuem titularidade desses direitos, e que seu gozo, por consequência, é atribuível a um conjunto, mais ou menos, indeterminado de pessoas, característicos das relações sócias desta sociedade contemporânea.

Segunda a doutrina, o Direito Transindividual é o gênero que abarca três espécies, segundo Rodrigues (2002, p.47), a saber: os direitos difusos, os direitos individuais homogêneos e os direitos coletivos. Estes direitos, embora nem todos sejam transindividuais em sua essência, como os individuais homogêneos, de acordo com Código do Consumidor, podem se utilizar da tutela coletiva em sua defesa pelo fato de serem “decorrentes de origem comum”, e devido a sua repercussão social, no exercício desta tutela.

Buscando uma otimização da tutela coletiva, por nossa doutrina, desejando ser mais precisa enquanto a concepção destes direitos, restou as definições previstas no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceram as definições legais e as seguintes características, em síntese :

- Dos direitos Difusos: são aqueles que a lei estabelece ser “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Características: i) indeterminação de seus titulares; ii) ausência do vínculo jurídico; iii) incindibilidade objetiva iiiii) indisponibilidade, devido a indeterminação de seus titulares; iiiii) de natureza extra patrimonial;
- Dos direitos Individuais Homogêneos: oportuno lembrar que estes não são na sua essência direitos transindividuais, mas são considerados para o estudo para fins da tutela coletiva, uma vez que se inserem no contexto na medida em que “decorrem de origem comum”, apresentando como características: i) um numero considerável de pessoas determináveis que foram lesionadas na sua esfera jurídica II) os direitos existem a partir de um núcleo de fato e de direito, mas não um vínculo jurídico entre estes iii) sua incidência possui extrema relevância social, por isso a tutela coletiva é a única adequada para garanti-los ; iiiii) a disponibilidade do direito no âmbito individual não afeta a tutela coletiva;
- Dos direitos Coletivos: definidos como os “ de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica de base”. Características: i) pertencem a um número indeterminado de pessoas de um grupo; ii) o direito pertence a todos, e não o somatório dos direitos individuais de todos; iii) o individuo não pode dispor do direito coletivo; iiiii) podem ser patrimoniais ou não; iiiiii) excepcionalmente pode o grupo transigir sobre o direito coletivo, quando representado legalmente e sendo patrimonial.

Os direitos de terceira dimensão, ou transindividuais, segundo a lei possuem um aspecto diferencial e de extrema relevância que é esta transindividualidade que tem um significado inovador e diverso até então da doutrina clássica conhecida.

Com a tutela coletiva o cidadão passa a ter outra perspectiva perante a atividade jurisdicional, em defesa destes direitos. Seja porque esta pode ser provocada pelo cidadão, ou pela associação, ou pelo sindicato que participa, ou pelo Ministério Público, ou pelo fato de se ter uma maior extensão de beneficiários tocados pela decisão judicial, e ainda podendo esta ser viabilizada e efetiva por meio da via extrajudicial, a

qual possui peculiaridades, ocasionado uma forma alternativa de concretizar seus direitos transindividuais reclamados e que de forma que ambas as vias, judicial e extrajudicial, podem atuar de forma complementar, o que só vem a acrescentar benefícios ao cidadão.

1.3 Estado Democrático De Direito - Novo Paradigma

Considerando as transformações historicamente relevantes ocorridas nas sociedades no que tange seus aspectos político- social e econômico, temos a criação de um Estado politicamente organizado, constituído por um povo, geograficamente estabelecido. Este povo, ou indivíduos cedem, pela necessidade de sua conservação e convivência pacífica, parte de seus direitos a este ente maior e soberano, por meio de pacto social, em troca de, ao se submeter deliberadamente a seu poder ou leis, teria a proteção e a efetivação de seus direitos, em nome do bem comum ou interesse coletivo, mantendo a ordem social, e conforme o pensamento Rousseauano (1981, p.28) “ em lugar da pessoa particular de cada contratante ,este ato de associação produz um corpo moral e coletivo [...] e desse mesmo ato recebe sua unidade, sua vida e sua vontade, [...] um corpo político, chamado por seus membros, Estado.”

Assim, esta tarefa de encontrar a melhor forma da sociedade poder usufruir de seus direitos e conviver harmonicamente em suas relações sociais, o Estado passou por diversas transformações político – social e econômica , que por vezes foram desumanas e de extremo desrespeito com o individuo , ensejando ao longo do tempo formas diferentes de gerir o Estado. Para alguns autores, como Rodrigues (2002, p.10) que considera “como um dos maiores legados da modernidade, o Estado de Direito”, um marco para uma nova construção e estruturação de uma sociedade, que veio atender as necessidades ou anseios sociais.

Dentre os aspectos relevantes para a caracterização formal desta nova conformação, o Estado de Direito, podemos citar:

A Soberania do Estado, a unidade de ordenamento jurídico, a divisão dos poderes estatais, o primado da lei sobre fontes de proteção jurídica, o reconhecimento da certeza do Direito como valor político fundamental, a igualdade formal dos cidadãos perante a lei, o reconhecimento e a garantia dos direitos individuais, civis e políticos, a garantia constitucional, a distinção entre o público e o privado e a garantia da propriedade privada e da liberdade de iniciativa econômica. (ALVIM, 2002, p.10)

O Estado de Direito dentro da perspectiva Liberal, em síntese, tinha como premissa: i) a submissão ao império da lei; ii) divisão de poderes e iii) o enunciado e garantias dos direitos individuais. Daí, em falar Estado Liberal de Direito.

Politicamente, esta concepção iluminista, que tivera como ponto de partida para toda sua estruturação, o uso e o domínio da razão, institui ao mesmo tempo, o meio de sua fundação, a Constituição. As origens de Estado de Direito e a Constituição se confundem, restando uma difícil tarefa de se identificar quem precede. Esta sistematização advinda da noção de que haveria uma lei maior e imperativa, que determinaria a todos, Estado e cidadãos, a conformação ou não com o direito perante outras leis ou atos jurídicos. Esta concepção de Estado serve de apoio aos direitos do homem, que convertera os súditos em cidadãos livre, na medida que, passou a afastar ou limitar a mão arbitrária do poder, no caso agora, do Estado, ensejando uma intervenção mínima deste.

Entretanto, não tardou as concepções deformadoras do conceito de Estado de Direito, uma vez que este está vinculado ao próprio significado que se tenha de Direito. Conforme Silva (2007, p. 113) citando o entendimento de Carl Schmitt coloca que esta expressão “Estado de Direito” pode ter distintos significados como a própria palavra “Direito”. E, da mesma forma, denominar tantas organizações quanto as que se aplica a palavra Estado. Por conseguinte, dependendo de como se fundamenta ou se manipula estes conceitos, pode-se ter um Estado de Direito Feudal, ou Burguês, ou Nacional, Constitucional, Liberal ou Social, ou até Fascista e entre outros.

Devido a este aspecto, possibilitou-se um sentido ambíguo da expressão Estado de Direito, quando desprovido de qualquer qualitativo que lhe acrescente um conteúdo material. Assim, pode-se entender apenas o aspecto formal do Estado de Direito ou de Justiça, onde o justo se assenta conforme a razão, voltado para um conceito abstrato, absoluto, idealista. Como também, conceber o Direito apenas como um aglomerado de normas estabelecidas pelo Legislativo, passando a ser um Estado de Legalidade, e como bem observa Silva (2007, p.114) “o que constitui uma redução deformante”.

Ocorre desta forma, uma semelhança entre a concepção jurídica de Hans Kelsen, que também contribui para uma idéia deformante, em que o Direito e o Estado se confundem, e que o Direito é tão somente o que estar positivado, com norma pura, uma idéia formalista, desvinculado de qualquer conteúdo e privado de qualquer compromisso com a realidade social, política, econômica ideológica, e etc. Desta forma,

qualquer Estado pode ser de Direito, até mesmo os ditatoriais, quando se limita apenas a observância formal da lei. Por isso, pode se concluir que a igualdade do Estado de Direito, em sua concepção clássica, se pauta no aspecto puramente formal e abstrato, na generalidade das leis, não buscando conteúdo material na qual esta se realiza na vida concreta.

O Estado de Direito constitucional, no entanto, é pioneiro em estabelecer uma democracia representativa. Uma vez, que o seu texto constitucional estabeleceu o voto periódico de todos do povo, a alternância do poder, a representação popular, a separação dos poderes e a revisão jurisdicional. Foram, porém, grandes conquistas oriundas da democracia representativa e liberal.

A democracia, por sua vez, de acordo com Silva (2007, p.112/ 113), é um conceito histórico, não sendo um valor – fim, mas sim um instrumento por meio do qual se realiza os valores essenciais (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é mais amplo do que o conceito de Estado de Direito”. Por isso, que sua concepção ou interpretação na aplicabilidade, sofre modificações e adaptações ao passar dos tempos, logo a democracia na Grécia antiga não é a mesma dos tempos modernos e nem a democracia burguesa capitalista corresponde a democracia popular. E , quando superado o liberalismo, levantou – se a questão se haveria sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática .

Importante questão sobre a manipulação dos conceitos jurídicos temos, como exemplo, a teoria democrática formal que sofreu desgastes, na medida em que todos se arrogam democráticos, ficando mais frágil e distorcido o ideário democrático, perdendo seu substrato definidor, pelo seu uso indiscriminado. Deve-se, então, de forma coesa, observar e entender o que de simbólico esta contido na expressão democracia, uma vez que o discurso democrático pode e tem a aptidão para legitimar a ordem instituída.

Desde já podemos anotar que, o que se almeja é a conjugação de democracia com justiça material, em que a concepção de Estado Democrático de Direito, seja um Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça Material), edificador de uma sociedade democrática, buscando a efetiva incorporação de todos, nos mecanismos de controle das decisões do Estado.

A democracia, neste contexto, não pode prescindir de uma teoria de justiça substancial. Cabendo ao Estado, por sua vez, o poder-dever de prover a todos, da forma eleita como a melhor para maioria, uma igualdade substancial, com efetivo

compromisso de máxima inclusão dos cidadãos nos seus desígnios não só políticos como econômicos, para que possam usufruir de seus direitos, não apenas os individuais como também os direitos coletivos.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez tem em seu bojo a reunião dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, que não devem ser entendidos apenas numa concepção formal, e sim como um novo conceito que leva em consideração seus elementos, mas os supera, ao incorporar um componente revolucionário de transformação de *status quo*, de acordo com Silva (2007, p.118). O que torna isto possível é justamente a qualidade de abertura que a essência da democracia lhe empresta, uma vez que sua concepção política não é meramente abstrata e estática, mas um processo de afirmação e garantias que o povo vai conquistando no decorrer da história. Não é por menos que o Estado Democrático de Direito é fundado num texto constitucional aberto que estabelece e define seus princípios basilares, permitindo que varie de categorias, tendo suas molduras diferenciadas, observando as mudanças pertinentes ao longo do tempo.

Isto posto, e pautado neste novo contexto oriundo da redemocratização do direito constitucional, em que refletiu em todos seus elementos constitutivos e na sua atuação enquanto Estado, será, por conseguinte, tratado no próximo capítulo os reflexos do referido contexto na nossa Constituição Federal de 1988 e também ,e especialmente, perante o Ministério Público, onde houve grande repercussão sobre as funções da instituição que modificou-se e adaptou-se para assumir a nova tarefa de respeito, promoção, concretização e defesa dos direitos constitucionalmente estabelecidos dos cidadãos.

CAPITULO 2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A MODERNA FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (PARQUET) NA DEFESA E PROMOÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Dentre as referidas modificações decorrentes do processo de redemocratização nos ordenamentos jurídicos, em especial na seara constitucional, a nossa Constituição Federal de 1988 absorveu e incorporou este movimento de redemocratização que provocou um acréscimo e uma nova roupagem do que afirma e pronuncia o texto constitucional, ocasionando um incremento no conteúdo material e no direcionamento nas atuações do Estado, representados por seus respectivos órgãos, instituições e seus agentes físicos, pessoal, que passarão ou devem passar a exercer as funções estatais pautados e voltados, precipuamente, na promoção dos direitos estabelecidos, sendo norteados, entre outros, pelos princípios do Estado Democrático de Direito, da soberania, da cidadania, da isonomia e dignidade da pessoa humana.

Entretanto, não se deve interpretar estes princípios restritamente como simples formadores de conteúdos programáticos, algo desejado ou prometido, mas longe de ser concretizados dentro das expectativas dos seus cidadãos. Este comando é uma meta, um dever para qual o Estado, conforme sua norma fundamental, é estruturado e organizado para o exercício de tais fins, já que não se pode, e nem se permite mais entender, que o Estado, ou seu direito posto, seja um fim em si mesmo.

Dentro deste raciocínio e buscando este fim em comento, reflete de forma clara este novo contexto que a Constituição Federal de 1988 trouxe inserido em suas previsões constitucionais, e de forma bastante expressiva, que melhor represente esta nova roupagem, foi em relação ao Ministério Público, que teve uma ampliação de suas funções e também no corpo do texto constitucional, assim como, uma reformulação de suas funções e se elevado a defensor dos direitos e garantias constitucionais do cidadão, superando e quebrando esta visão limitada e dicotômica de ser um órgão a serviço dos interesses do Estado em face do cidadão, um vez que, atualmente, “interesse do Estado” ou interesse público, não se afasta do exercício de uma democracia que se volta para os interesses dos seus cidadãos, mais sim vincula e norteia suas ações. Pois, com este raciocínio e para este fim, se faz necessário e oportuno este novo conteúdo material constitucional, na qual esta inserida a previsão do Parquet.

2.1 A Constituição Federal de 1988 e o Ministério Público

A palavra Constituição, em sua acepção, é ato de constituir, de estabelecer, de firmar. Historicamente e juridicamente, Constituição, também concebeu similar significado. Uma vez que sendo entendida como lei fundamental ou suprema de um Estado é, então, a organização dos elementos essenciais e constitutivos deste ente jurídico, firmando ou estabelecendo, segundo Silva:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. (SILVA, 2007, p.38).

Entretanto, devendo também, neste novo contexto constitucional, estar vinculada a sua realidade social, embasada por um conjunto de valores que busque representar o pensamento e a cultura da respectiva sociedade.

A Carta Magna no Brasil sofreu varias modificações de acordo com as transformações político-sociais e econômicas, ora já mencionadas, ocorridas ao longo do tempo. Neste processo emergiu e se fortaleceu e se modificou, simultaneamente e nem sempre a seu favor, ao processo histórico do ordenamento pátrio. Desde sua concepção de Império em 1824, passando pela República de 1891, Estado Novo de 1937, a Redemocratização de 1946, a Nova República, as Constituições do período Militar (1967/1969) e a Constituição cidadã de 1988, chegando ao Estado Democrático de Direito contemporâneo. Ao passo e dentro deste contexto histórico, surgiu, transforma-se e, moderniza-se o Ministério Público e suas respectivas funções em consonância com essa nova carga material contida no texto constitucional.

A Constituição federal de 1988 implementou, não devendo ser por mera casualidade, o Estado democrático de Direito e deu essa nova essência a instituição ou Parquet (ALVIM, 2003, p.562). Trazendo além deste novo conteúdo relevante, supracitado, estabeleceu nitidamente estar voltada de forma especial e contundente, para as questões que visem a implementação da cidadania, e neste contexto, o Ministério Público passou a ocupar com maior destaque um lugar na organização do Estado, Silva(2007, p.39) e sendo – lhe estabelecido um alargamento de suas funções de proteção aos direitos indisponíveis e de interesses individuais ou coletivos, um defensor dos interesses do cidadão.

As diversas modificações do posicionamento constitucional ocorridas com a instituição ocasionadas por esta transformação “evolutiva” jurídico-social provocaram

um dissenso entre as opiniões, entre aqueles que defendiam novas funções do Ministério Público de defesa dos interesses da sociedade, e os que entendiam ser melhor reservar ao Ministério Público apenas a atribuição tradicional no âmbito criminal. Todavia, o que estava claro era a necessidade de romper a dependência da instituição ao Poder Executivo e com seu histórico de atuar, muito restrito as questões do individualismo e praticamente atuando apenas em juízo.

A instituição nesta nova ordem encontra-se imbuída de remodelação de suas funções e com novas atribuições, garantias pessoais e institucionais, que somado ao entendimento anterior, vem a possibilitar uma ampla atuação de defesa extrajudicial da cidadania, com poderes de investigação, como também a defesa do patrimônio público e social. Estas questões ocasionaram, por conseguinte, uma análise constante sobre quais suas funções ou quais seriam as suas características fundamentais e definidoras dentro do organismo estatal contemporaneamente.

Moraes traz em sua obra o entendimento do ex- Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, que observa:

A seção dedicada ao Ministério Público insere-se, na Constituição de 1988, ao final do título IV – Da organização dos Poderes, no seu Capítulo III – Das funções Essenciais à Justiça. A colocação tópica e o conteúdo normativo da Seção revelam a renúncia, por parte do constituinte de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os poderes, desvinculando do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa da defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania (MORAES, 2004, p.516/517).

Respeitadas as diferentes características que cada ordenamento jurídico possua, esta é tendência internacional, acrescenta Moraes, citando a informação do jurista espanhol Banir (2004, p.517). A instituição ora comentada, deve estar subordinada preferentemente ao Estado de Direito e tem como finalidade de suas ações buscarem, pelo explícito desejo constitucional, impulsionar o Estado social, no tocante aos direitos do cidadão, e em todo caso, a defesa das leis democráticas. Oportuno mencionar, que nos países que tiverem similar processo constituinte destinados primordialmente a defesa dos interesses da sociedade em face do Poder Público, conceberam instituições como defensor do povo ou ombudsman Rodrigues (2002, p 193). Esta instituição surgiu na Suécia há quase dois séculos, e tinha seu campo de atuação originário o controle da função administrativa do Estado, atuando

extrajudicialmente, atendendo aos cidadãos suas reclamações contra a ineficiência da prestação dos serviços públicos ou da adoção de práticas administrativas incompatíveis com o interesse público. Podendo, então, observar um traço marcante do Parquet pátrio similar ao do ombudsman, ao trazer uma mensagem de que o controle dos atos da administração Pública está ao alcance de qualquer um do povo, simbolizando um efetivo exercício da cidadania.

Ainda sobre a análise de posições doutrinárias, afirma Alvim (2003, p.561), que a literatura não tem abordado de forma suficiente, perante a sua importância, a influência das modernas transformações do Estado na estrutura e na função o Ministério Público, ficando, assim, faltando à atenção devida.

A Constituição Federal (CF) de 1988 em seu art. 127 CF, estabeleceu que o Ministério Público é uma instituição permanente e autônoma em relação aos demais Poderes, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tendo como seus princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional e sendo-lhe assegurada autonomia administrativa e orçamentária. Seus membros desfrutam das prerrogativas da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, sendo vedado de acordo com o art.129, IX,CF, a este prestar qualquer atividade de consultoria judicial ou extrajudicial a pessoa jurídica de direito público, desvinculando – o desta forma, da função de agir em nome da União em juízo ou em fora deste, a qual foi incumbida a Advocacia Geral da União (AGU). Na seara penal, em grande escala, possui o Parquet a titularidade da ação penal e zelar, como já mencionado, junto à justiça, pelo cumprimento da lei. Porém, alguns pontos negativos foram previstos constitucionalmente, como a investidura do Procurador – Geral da República (chefe do Ministério Público da União) que é realizada pelo Chefe do Poder Executivo, após aprovação do nome pelo Senado Federal, agora com consulta dos membros da instituição que é adotada facultativamente pela Presidente da República, e do Procurador Geral de Justiça (chefe do Ministério Público dos Estados) pelo Governador, a partir de lista tríplice votada pelos membros da instituição, e há ausência de um controle social da instituição.

A ordem constitucional, conforme exposto, incumbiu ao Ministério Público, além das atribuições tradicionalmente conhecidas, o exercício de importante função política do controle da atividade administrativa estatal, bem como o da promoção e efetivação dos direitos transindividuais, não sendo mais compatível na vivência e

consolidação de um Estado Democrático de Direito, limitar ou distorcer o exercício das atribuições da Instituição, que a contento, traduz um compromisso com a democracia e o acesso a justiça.

2.2 Ministério Público e a tutela dos Direitos Transindividuais

Esta nova roupagem ou atribuição que a Instituição recebeu da Constituição de 1988 de defensor dos direitos do cidadão, entre estes, encontram-se os direitos transindividuais, ainda encontra resistência, devido principalmente, a sua própria história, desde surgimento, como “Promotor da ação penal”, e também pelas respectivas mudanças nas previsões constitucionais e também pela sua tradição de atuação de acusador do Estado. Por isto, ainda há dificuldade em superar todos estes resquícios para que o Ministério Público possa desempenhar sua função com dinamismo na promoção e defesa dos direitos transindividuais, uma vez que tais direitos são inerentes, principalmente, de uma sociedade moderna e dinâmica.

Desenvolver e construir uma nova cultura com este perfil em relação à instituição é de fundamental importância, inclusive para o reconhecimento e devida efetivação destes direitos, a qual poderá ser feita por meio da formação de um quadro técnico capacitado do Ministério Público que necessite de uma contínua estreita relação com as instituições de formação profissional, tais como a academia e órgãos técnicos.

Entretanto, importante ressaltar que em nosso ordenamento, fora estabelecido outros legitimados concorrentes, como bem coloca Rodrigues, para agir em defesa dos direitos transindividuais, a saber, entre as hipóteses legais: o cidadão na proteção ao meio ambiente ocasionada por omissão ou ato do poder público, e moralidade administrativa, bem como em defesa do patrimônio público por meio da ação popular; associações e os sindicatos nos direitos difusos e coletivos, e individuais homogêneos quando relacionados em sua esfera de atuação; os órgãos estatais e paraestatais em defesa dos seus interesses decorrentes de suas atribuições legais, auxiliando nesta tarefa árdua de defender esses direitos, como feito pelo Ministério Público.

De forma geral, a atuação do Parquet tem correspondido aos anseios da sociedade em sua atuação em prol dos direitos transindividuais, auxiliada pela inovação legislativa que também estabeleceu com maior precisão os direitos transindividuais.

Entretanto, embora esta forma de atuar enseje uma mudança qualitativa e quantitativa de atuação da instituição no tocante aos litígios no âmbito cível, esta atividade se encontra ainda, de forma preponderante, no âmbito judicial.

Mas é perceptível, ainda que silenciosa, uma revolução na forma de agir do Ministério Público, na medida em que um novel rol de funções pode ser realizado extrajudicialmente. É bem verdade que a instituição já atuava fora do âmbito judicial, como nos atendimentos individuais e curadorias de fundações, mas o que tem de inovador é sua atuação a ser empreendida em caráter mais amplo, envolvendo matérias, entre outras, como educação, saúde, direito do consumidor, voltada não apenas para uma perspectiva individualista, e sim coletiva.

É, no entanto, necessário um tempo para que esta nova cultura seja consolidada ou torne-se habitual dentro das problemáticas pertinentes aos direitos transindividuais, sendo imprescindível a participação da sociedade para a construção desta cultura para fins de uma ordem jurídica justa, constituída de membros esclarecidos e conscientes de seus direitos, organizados, que busquem e cobrem dos órgãos estatais, inclusive do *Parquet*, o respeito e a implementação devida destes direitos. Quando a instituição torna-se incumbida da defesa destes direitos, reflete a existência de uma sociedade madura, forte e mais justa, necessitando, por conseguinte, que entre ambas, haja sempre uma ponte de diálogo, para que permita o fortalecimento de uma instituição pública independente e nobre, condizente ao fim para que a qual foi prevista, comprometendo-se junto ao cidadão, com a defesa dos direitos que vai além do indivíduo, pertencendo a toda coletividade.

E para tanto, torna-se necessário também que o Direito, representado pelo sistema jurídico como um todo, encontre uma nova maneira de se efetivar os direitos transindividuais em consonância com esta sociedade complexa e dinâmica, um vez que novas questões inerentes desta contemporaneidade, que se configura mediante uma globalização, padronização e massificação de produção e consumo, característico do tempo, precisam ser atendidas e tuteladas de forma inovadora, das praticadas até então realizadas, somando-se e superando as técnicas ou meios, na medida em que, se necessita.

2.3 A Tutela Extrajudicial Coletiva e seus Princípios Informadores

A tutela extrajudicial Coletiva, de atribuição do Ministério Público, vem como uma alternativa para a satisfação ou implementação dos direitos transindividuais, apresentando uma forma diferenciada de tutela jurídica dinâmica, entretanto, atua de forma paralela às demais tutelas, administrativa e jurisdicional, e com estas não se confundindo.

Seu objetivo de mediato é de poder garantir ou viabilizar de forma mais adequada à proteção e concretização dos interesses ou direitos coletivos através da via do consenso, em momento anterior da instalação do conflito propriamente dito, dispensado, por conseguinte, as tutelas tradicionais, principalmente, a jurisdicional. Caso este consenso não enseje êxito, as técnicas extraprocessuais vêm ainda a qualificar ou classificar a concretização destes direitos por via da tutela administrativa, por meio do poder de polícia, ou pela tutela jurisdicional coletiva, através das ações cabíveis. Uma vez que se pressupõem ao consenso, anterior ao conflito, imposição de condutas para aquele indicado como responsável por ameaça ou lesão ao direito e interesse coletivo.

A possibilidade da concretização e da criação dos direitos e interesses coletivos na busca de soluções jurídicas corretas, e não de verdades irrefutáveis, coloca Gavronsk, necessita-se relacionar a uma máxima racionalidade, GAVRONSK (2010, p.135), em face do ordenamento vigente, devendo, no entanto, identificar seus limites enquanto técnicas extrajudiciais de tutela coletiva.

Perceber ou evidenciar seus limites é fundamental para que se possa ter ciência não só da dimensão do seu potencial neste desiderato maior na busca da efetivação da respectiva tutela, como também de afastar qualquer pretensão de renunciar em definitivo do processo judicial ou de negar sua importância na efetivação da tutela coletiva. Ao contrário, uma vez que para efetivá-las urge um processo judicial cada vez mais adaptado para atender suas peculiaridades e que deste dependerão da força impositiva quando não implementados espontaneamente os interesses e direitos coletivos reclamados pelos responsabilizados. Além do que, incorrer num desprestígio de qualquer tutela judicial poderá trazer reflexos negativos em outras vias como também no próprio direito como controlador da vida social.

As peculiaridades da tutela coletiva e a dificuldade do processo judicial para que sozinho possa garantir sua efetividade mediante as complexidades e inovações dos direitos transindividuais, não se deve interpretar as técnicas extrajudiciais com algo que venha superar ou suprir o processo judicial, mais compreendida em sua correta dimensão de ser uma alternativa capaz de, não apenas suprir as deficiências deste processo tradicional, como a de propiciar efetividade desta tutela, sobretudo, contribuir para que o direito possa também fora da seara judicial, exercer sua função social integradora, aproximando-se do ideário de justiça na persecução da pacificação social, o que pressupõe, de acordo com Gavronsk, buscar a máxima efetividade dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico vigente.

Somada a esta breve discussão sobre a tutela extraprocessual coletiva, para que se tenha uma aceitabilidade racional e a consistência das soluções construídas fora do processo judicial almejando-se que o direito também seja respeitado e cumprido nesta esfera, faz mister para nortear a compreensão da matéria, principalmente em sede constitucional, a menção e destaque aos princípios, que entendidos como, segundo Gavronsk(2010, p.274) coloca “ uma ordem axiológica ou teleológica (isto é, destinado à realização de escopos e valores) de princípios gerais”, uma vez que tem o condão de assegurar uma coerência e consistência ao exercício do direito em sua função de integração social, como também preenchem lacunas e ensejando uma melhor interpretação dos seus respectivos institutos e instrumentos, no caso, da tutela jurídica.

Justamente para dar uma contribuição a uma melhor compreensão deste instituo e de uma teoria geral na perspectiva teleológica de sua efetividade, de acordo com a linha de pensamento de Gavronsk, faz necessário identificar ao menos alguns dos mais relevantes e uteis princípios informadores ou orientadores das técnicas extrajudiciais nesta sua aspiração maior de contribuir na efetividade da tutela coletiva.

Com a atenção voltada ao que estar citado anteriormente, e levando em consideração de serem as técnicas extraprocessuais entendidas ou notadamente percebidas como vias instrumentais, será preterido, conforme o mesmo autor, aqueles princípios que, embora, tenha relevância à tutela coletiva e se apliquem as técnicas em comento, mas não se coaduna com o caráter desta análise, ao qual esta focada na atuação da tutela coletiva e não restrito a aplicabilidade eminentemente processual.

Mediante a escassez de estudo desta área do direito, tema que deveria ser maior de idade atenção nos dias atuais, a originalidade da identificação destes princípios torna-se inevitável e um tanto arriscada. E militando a favor desta árdua tarefa na

construção desta fundamentação teórica, encontra no seu embasamento: i) a Tutela dos Direitos e Interesses Coletivos e a Sociedade Complexa (Pós) Moderna; II) Tutela Coletiva , Acesso à Justiça e Estado Democrático de Direitos Brasileiro; iii) a Concretização e a Criação do Direito pelas Técnicas Extraprocessuais em Tutela Coletiva (possibilidade, legitimidade e limites) e iiiii) a modesta pretensão de aplicabilidade restrita às técnicas extraprocessuais.

Feito as devidas ressalvas e estipulados os critérios a serem adotados, conforme a argumentação do autor ,GRAVONSK (2010, p 276), será abordado os princípios fundamentais, identificados no estudo, na tutela extraprocessual coletiva sob a perspectiva instrumental da efetividade:

- Princípio da Máxima Efetividade Possível

Para o entendimento deste princípio, faz-se necessário entender efetividade e tutela, no contexto já exposto acima refere à tutela extraprocessual coletiva. Efetividade relaciona-se a idéia de realização material, ou seja, a concretização no mundo dos fatos. E a tutela, relaciona-se a dois sentidos, um sentido estático, quando por meio da positivação de normas no ordenamento jurídico, postas abstratamente, buscam-se proteger interesses ou direitos, situações ou valores considerados eticamente relevantes por uma sociedade, e um sentido dinâmico quando se refere às atividades desempenhadas que se destinam para que se tenha esta proteção concretizada. Por conseguinte, as técnicas extraprocessuais como uma atividade que se utiliza dos instrumentos disponíveis, a serem explicados no item posterior, são uma espécie de tutela coletiva, a qual se destina essencialmente a garantir a concretização ou preservação destes direitos e interesses coletivos, e de forma subsidiária, quando não alcança este objetivo, qualifica e facilita a efetividade das demais atividades de tutela coletiva em que o ordenamento permite o uso da coerção ou força. Logo, sobre estas duas finalidades deve recair o princípio da máxima efetividade possível. Onde o aplicador do direito, no exercício de sua atividade, deverá se valer de todos os instrumentos e meios necessários eficazes para que o processo coletivo (inclusos aí, os instrumentos extraprocessuais da tutela coletiva) seja realmente efetivo, menciona Gavronsk (2010 apud Almeida, 2003, p.278). Onde o termo possível tem seu conteúdo relativizado de acordo com o direito ou interesse em questão, na medida em que outros fatores externos, como orçamento público, afetam sua aplicação e a efetividade deste

direito. Representa este princípio uma relação direta com a finalidade maior da tutela extraprocessual coletiva.

- Do Princípio da Participação

Da explicação exposta acima referente ao princípio antecedente, em suma, apresenta grande relevância por apresentar relação direta ao fim que se propõe as técnicas extraprocessuais. Este por sua vez, apresenta sua importância devida, a expressão “participação” servir de sustentáculo como meio privilegiado de se alcançar a legitimidade para esse fim. Esta por sua vez representa uma forma da coletividade exercer a democracia, uma vez que possibilita aos legitimados e demais interessados a participar de forma mais próxima e direta dos desígnios do Estado, no caso, Democrático de Direito, na busca de soluções jurídicas com finalidade de equacionar as questões de interesse social. Não se nega, entretanto, que o próprio ajuizamento da ação é uma via manifesta da participação, contudo, a informalidade destas técnicas, inserida num momento prévio ao conflito propriamente dito, se torna um solo mais fértil para o desenvolvimento deste princípio. Por outro prisma, este princípio possibilita uma maior e mais fácil participação dos atingidos na construção da solução jurídica do que aquela feita pela via judicial, na medida em que permite uma maior abertura da tutela coletiva ao pluralismo, sendo menos dependente do Estado-juiz, configurando uma via emancipatória da tutela coletiva favorecendo, desta forma, equacionar os problemas oriundos de uma sociedade moderna e complexa;

- Do Princípio da Criação e Concretização dos Direitos e interesses Coletivos pela Construção Argumentativa do Consenso

A criação e concretização dos direitos e interesses oriundos fora do âmbito judiciais esta vinculado a uma construção argumentativa do consenso, balizando, por conseguinte, a legitimidade das soluções jurídicas para assegurar efetividade da respectiva tutela. Por serem decorrentes de uma autocomposição, segundo ROCHA (2007, p.13), que é guiada por legitimado que não possui a titularidade dos direitos que defende e por não poder valer-se da legitimidade de decisões proferidas por juízes em processo judicial em que afirma o direito, estas técnicas extraprocessuais encontram sua legitimidade do consenso alcançado entre o legitimado coletivo e o responsável pela ameaça ou lesão ao direito, da satisfação dos requisitos para que possam ser consideradas corretas, a saber: não ter vícios para a sua formação e quando não contrariar a lei, como também a regra

da proporcionalidade, de modo a ver assegurada a legitimidade também mediante terceiros. Esta concretização e criação de direitos a qual depende a efetividade da respectiva tutela serão construídas a luz de um discurso jurídico racional. Dente os princípios identificados, este sem duvida é o que se relaciona mais especificamente com as peculiaridades das técnicas extraprocessuais, na medida em que, embora a via processual também se desenvolva, pelo menos em tese, em observância da argumentação racional, esta não depende do consenso para gerar efeitos e assegurar sua legitimidade, basta, no entanto, na pratica, ser realizada por autoridade competente mediante a observância do devido processo legal;

- Do Princípio da Mínima Formalidade Necessária

Não há duvida de que uma das características mais marcantes na efetividade da tutela extraprocessual comparando a tutela processual é o seu caráter informal. Com exceção do Inquérito Civil não existe um procedimento pré-estabelecido que dependa a legitimidade da solução jurídica construída por meio das técnicas. Isso se deve principalmente, porque para tanto, prescinde da rigorosidade de um processo que venha solucionar o conflito de interesses, na medida em que justamente para este fim só será alcançado mediante o consenso dos envolvidos, uma vez que não se permite a imposição de condutas e nem de sanção. Como também não se destina para a formação do convencimento de terceiros, estranhos ao fato, como o juiz, e nem almejam que outros juízes reapreciem em grau de recurso. Embora esta dispensa da formalidade selasse uma característica, deva-se sempre respeitar seus limites inerentes a tais técnicas extraprocessuais, com já comentados anteriormente, devido a cada natureza, finalidade ou utilidade de cada instrumento e, devido, principalmente, as peculiaridades de cada caso e pela viabilidade ou não do consenso. Caso contrário, se o consenso ora almejado se perfazer inviável e o processo judicial for inevitável, a informalidade será incorporada aos instrumentos informadores (inquérito civil, requerimento de informações e certidões e audiência pública) para posteriormente no processo serem utilizados na formulação de provas válidas. Por isto é que a formalidade nas técnicas extraprocessuais deverá ser a necessária, tendo uma análise em razão da natureza e da finalidade do instrumento ou ato realizado, levando em consideração o caso concreto e a utilidade daquele. Deve-se, então ter a adequada aferição desta formalidade, na medida em que durante a utilização ou desempenho dos instrumentos poderá ter como resultado a efetividade da tutela extraprocessual coletiva, não precisando, então, recorrer ao

processo. Daí dizer que a formalidade deve ser apenas a necessária, como bem recomenda o referido princípio;

- Do princípio da Complementaridade entre as técnicas extraprocessuais e processuais

Sendo este o último a ser identificado, para esse estudo, como informador da tutela extraprocessual coletiva, é o que mais consegue diretamente demonstrar a árdua tarefa de se buscar uma mudança de mentalidade entre os operadores do direito, de acordo com Gavronsk, que atuam na tutela coletiva, uma vez que esta questão é tão difícil quanto necessária. Em nosso ordenamento a efetividade jurídica da tutela coletiva dinâmica não só se opera pelas vias judiciais ou administrativas, embora sejam estas que se utilizam da força estatal, sendo também permitida a disponibilidade de um rol de instrumentos extraprocessuais, qualificados e hábeis para que se alcance o efetivo usufruto dos interesses e direitos coletivos reclamados por meio da respectiva tutela. As tutelas extraprocessuais e processuais possuem seus limites e vantagens dimensionados de acordo com as suas respectivas natureza e funções para as quais se destinam, por isso mesmo se complementam e não concorrem entre si por ser mais ou menos eficaz. Será escolhida ou aplicada a que se mais adequar para o fim que se pretende, observando cada caso e suas peculiaridades. Entretanto, oportuno lembrar que as técnicas extraprocessuais se utilizam do consenso, ora formulado pelos envolvidos voluntariamente, e não disposição de condutas pela força, mesmo quando o que foi acordado ou ajustado não seja cumprido por quem deveria ser e nem mesmo quando consubstanciada de título executivo, tendo então como salvaguarda as técnicas processuais que se prestam para tanto, agindo assim, sempre que aquelas não conseguirem garantir a adequada e correta efetividade da tutela coletiva. Demonstrado esses pressupostos, percebe-se a grande importância e dinamismo, bastante necessária ao direito nesta sociedade complexa e moderna, ao se apreender uma percepção conglobante da tutela coletiva em nosso ordenamento pátrio, tem como escopo promover e viabilizar aos legitimados coletivos a efetividade máxima possível dos direitos e interesses coletivos. Por conseguinte, ambas as tutelas extraprocessual e processual coletiva se diferenciam enquanto o modo que desempenha sua função, levando em consideração as peculiaridades envolvidas em cada caso, no entanto, ambas se destinam a contribuir para uma pretendida efetividade da respectiva tutela.

2.4 Tutela Judicial e Extrajudicial dos Direitos Transindividuais (Espécies)

A Tutela Coletiva tem como escopo a promoção e implementação dos direitos transindividuais, os quais surgem ao mesmo tempo com esta sociedade complexa e moderna que reclama um novo ou reformulado direito que se adéque, nas suas funções estatais, buscando a efetivação dos direitos dos seus cidadãos, de forma mais adequada e eficiente.

Para esta efetivação de direitos transindividuais, acima já comentado, o Estado enquanto, entre outras funções, garantidor, provedor, prestador e protetor dos destes direitos, e todos os outros estabelecidos em nosso ordenamento pátrio, estabeleceu e, ao mesmo, se adaptou as novas necessidades da sociedade ou dessa nova relação jurídica de produção e consumo de massa, possibilitou que tais direitos desta nova dimensão, conforme RODRIGUES (2010 *apud* BOBBIO, 1992, p.34) , que tem sua titularidade não mais essencialmente individualista, e sim numa coletividade, sejam protegidos e concretizados de forma mais apta e adequada, condizente com suas peculiaridades.

Sob este foco, tem-se a tutela coletiva a qual poderá desempenhar este desiderato pela via judicial ou extrajudicial. Por conseguinte, tem-se a tutela coletiva judicial e a tutela coletiva extrajudicial. Ambas, que já foram citados no tópico anterior e descritos alguns aspectos no decorrer deste trabalho, atuam com similar finalidade, na busca da efetivação de tais direitos, embora de formas distintas.

Entre suas formas de desempenho e sua finalidade, alguns pontos relevantes serão mencionados para demonstrar as diferenças marcantes, além do que já fora mencionado ao longo deste trabalho, que caracterizam as tutelas coletivas e suas espécies respectivamente. Entretanto, no tocante as espécies serão apenas relatadas a título de informação e como parâmetro de comparação para facilitar o nosso objeto de estudo que são as técnicas extraprocessuais, mais especificamente o termo de ajustamento de conduta, que conforme menciona Gavronsk no estudo de sua obra, como um dos instrumentos de criação e concretização dos direitos e interesses coletivos.

Entre ambas o ponto principal que enseja todas as conseqüentes diferenças, é que a tutela judicial (processual) utiliza como o nome já sugere, ou se desenvolve dentro do âmbito judiciário ou mediante um processo judicial, enquanto a tutela extrajudicial desenvolve-se fora do âmbito judicial; a judicial seu procedimento é formal, se pauta no devido processo legal, em especial, podemos citar, na legalidade, na imparcialidade no exercício da jurisdição e no contraditório, inseridos aqui um maior

tempo de duração e as custas que ele requer; a extrajudicial se pauta no consenso entre o legitimado coletivo e o apontado como responsável pela afronta ao interesse ou direito, denotando, assim, a informalidade que propicia o alcance desse consenso, o qual não nega a possibilidade de resistência ao cumprimento da lei ou do conflito, entretanto procura evitar um e outro, servindo de solução, por autocomposição, para a controvérsia a respeito da efetivação de direito ou interesse em questão; a tutela judicial será proposta após estabelecido o conflito, a qual é permitida o uso da força coercitiva estatal para o cumprimento da medida imposta ao responsável pela ameaça ou lesão ao direito deste direito; no caso da tutela extrajudicial, deverá ser utilizada antes que se instale o conflito propriamente dito, onde será acordado pelas partes a conduta a ser imposta ao apontado como responsável, caso este se torne insuficiente e não podendo se utilizar da coerção, encontrará salvaguarda na judicial que a suprirá para que seja garantida a correta e adequada efetividade da tutela.

No que diz respeito à tutela judicial dos direitos transindividuais, o ordenamento constitucional atribuiu a defesa destes direitos ser cometida não exclusivamente ao Ministério Público, com ativos poderes, seja como autor ou fiscal da lei, para a instrução e propositura de ações em favor de tais direitos, embora o legislador nacional tenha, de forma sábia, estabelecido vários legitimados concorrentes para propositura das ações civis cabíveis em se tratando da via judicial.

No tocante a defesa judicial dos direitos transindividuais o ordenamento brasileiro disponibiliza um razoável sistema, em que é composto:

- Ação Popular – precursora, que tem como seu objeto a defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente quando for oriundo de atos administrativos ilegais;
- Ação Civil Pública – que protege os direitos coletivos e difusos, incluindo também a defesa do patrimônio público, do meio ambiente, da moralidade administrativa, independente de quem o praticou;
- Ação Coletiva – introduzida pelo código de Defesa do Consumidor, que também tutela os direitos individuais homogêneos;
- Ação de Improbidade Administrativa – que aplica sanções em face de pessoas naturais ou jurídicas que tenha cometido atos que visem enriquecimento ilícito, que venha lesionar o Erário Público ou viole ou princípios reitores da administração pública;

- O Mandado de Injunção Coletivo – quando da ausência de regulamentação de norma que venha causar gravame a direitos e liberdades constitucionais, ou a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania de um grupo ou coletividade;
- O Mandado de Segurança Coletivo – que protege o direito coletivo quando da ameaça ou violação por ato de autoridade co-autora.

Pelas seguintes ações, as quais não serem tecidas maiores comentários por não ser o propósito do estudo:

No caso da tutela extrajudicial, em nosso ordenamento jurídico é permitido que direitos coletivos sejam efetivados fora do âmbito judicial por instrumentos extrajudiciais, o que, como já foi explicado, não exclui a utilização da tutela supracitada, quando através destes não se consiga o desiderato de uma efetivação da referida tutela.

Neste tópico serão citados e feitas algumas observações dos instrumentos extrajudiciais, os quais são utilizados nas técnicas extraprocessuais, com a finalidade de contribuir com a efetividade da tutela coletiva. E dentre estes serão abordados, de acordo com Gavronsk e Rodrigues, os considerados mais relevantes, sendo também os instrumentos mais relevantes das atividades extrajudiciais à disposição do Ministério Público. Isto posto:

a) Inquérito Civil

O Inquérito Civil é um instrumento extraprocessual informador da tutela coletiva, de uso privativo do Ministério Público, sendo este o único legitimado autorizado pela Constituição Federal, conforme estabelece o art. 129, III, c/c ¶1º, CF. Oriundo do advento da Lei da Ação Civil Pública. Tendo como características: i) exclusividade quanto à titularidade do Ministério Público; ii) é facultado a sua propositura, na fase pré-processual; iii) de caráter inquisitivo, não lhe aplicando o contraditório e a ampla defesa; iii) publicidade mitigada, quando necessário sigilo;

b) Recomendação

A Recomendação instrumento de criação e concretização do direito da tutela coletiva surgiu no nosso ordenamento pátrio, como um instrumento da tutela coletiva, através da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), a qual também foi

posteriormente inserida na Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC 75/93). Consiste, como o nome sugere, na possibilidade do Ministério Público recomendar aos apontados como responsáveis a adoção de medidas para que venham a favorecer a adequada prestação de serviços públicos ou quando for a respeito de interesses, direitos ou bens transindividuais. Entretanto, esta por sua vez, com já exposto anteriormente, não obriga ao recomendado a cumprir seus termos, mas serve de advertência a respeito das sanções cabíveis, quando da sua inobservância;

c) Audiência Pública

A Audiência Pública é um instrumento considerado importante do Estado de Direito democrático, o qual se originou de uma expansão do princípio clássico da audiência individual, que assegura o indivíduo o direito de ser ouvido previamente a uma decisão que poderá afetar seus direitos e interesses, partindo deste entendimento, terá a mesma lógica para a solução de conflitos que venha a envolver muitas pessoas, permitindo, desta forma, que este público se manifeste sobre ditas medidas que lhe dizem respeito. Por isto, neste se sobressai o caráter participativo daquele estado. São legitimados a solicitar a audiência pública o Ministério Público, qualquer entidade da sociedade civil ou mais de 50 cidadãos. Sendo considerado como suas funções: i) permite ao administrado verificar de forma objetiva a razoabilidade da medida administrativa; ii) configura um mecanismo idôneo na formação da opinião pública sobre a atuação do Estado ; iii) viabiliza a transparência dos atos decisórios do Estado; iiiii) reflete a democratização do poder ; iiiiii) é uma forma de participação do cidadão na gestão pública;

d) Termo de Ajustamento de Conduta

O termo de Ajustamento de Conduta é um instrumento para a criação e concretização do direito, sendo este de grande importância para a atuação do Ministério Público. Por isto este instrumento foi escolhido como objeto de nossa reflexão com a finalidade de demonstrar a efetivação dos direitos transindividuais no âmbito extrajudicial, de maneira que será aprofundado em no próximo capítulo. Entretanto para um início de compreensão sobre este instrumento, temos segundo autor:

O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo em conformidade com a lei que dispõe sobre condutas, atividades ou regulamentos. É uma solução negociada que se destina assegurar efetividade aos direitos e

interesses coletivos, um negócio jurídico que se pauta na lei, nela encontrando seu parâmetro, e que possui eficácia de título executivo extrajudicial. (GAVRONSK, 2010, p.380)

CAPITULO 3 MINISTÉRIO PÚBLICO E O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA NA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

3.1. Natureza Jurídica

Com foco em nosso estudo, que se volta para a efetivação dos direitos transindividuais fora do âmbito judicial, por meio de técnica extraprocessual coletiva, será então restringido a análise acerca da previsão legal que se refere ao instrumento de compromisso de ajustamento de conduta que se encontra previsto na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), em seu art.5º,¶ 6º, em que conforme seu termo, segundo o entendimento do autor, tem-se:

“Ajustamento”, semanticamente, não é apenas o “ato ou efeito de ajustar (-se), conforma-se”, no caso à lei, como também sinônimo de “acordo, trato, combinação, convenção, pacto; reconciliação entre pessoas desavindas; acomodamento, concórdia”. Embora muitas vezes ocorra de a conduta anterior esta em confronto direto com a lei, pode o compromisso de ajustamento ser firmado quando não haja uma desconformidade evidente, mas tão só a conveniência ou uma necessidade de solução pactuada que melhor atenda a intuito e princípios legais. Em outras palavras: a lei sempre pauta o compromisso, mas não apenas aquela conduta em direta contrariedade à lei serve-lhe de objeto; pode-se, por meio dele, por exemplo, avançar na implementação de um direito assegurado genericamente.(GRAVONSK, 2010, p.378)

A renovação da Lei da Ação Civil Pública pelo Código de defesa do Consumido (Lei n. 8.078/90) não se limitou ao aperfeiçoamento no âmbito judicial da proteção dos direitos transindividuais, pois ao prever o ajustamento de conduta, esta lei ampliou a proteção de tais direitos possibilitando também ser exercida extrajudicialmente.

Entretanto, há entendimento, de acordo com GRAVONSK (2010 *apud* NERY JUNIOR,2000, p.894) de que a lei que primeiro tratou do ajuste foi a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n.7.244/84) que previa em seu art.55, parágrafo único: “valerá como título executivo o acordo celebrado pelas partes, por instrumento inscrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público gerar um título executivo extrajudicial”. Na verdade o que ocasionou foi a atribuição do Ministério Público a

importante função de solucionar conflitos extrajudicialmente, dotando-a de eficácia executiva. Destarte, o que o legislador de pequenas causas contribui para o ajustamento de conduta foi que aquele que tivesse que acordo firmado perante a instituição, este acordo teria a natureza de título executivo extrajudicial. Sendo também apontada como precursora, a administração pública do estado contemporâneo de se adotar medidas para que se cumpram determinadas normas legais voltadas ao interesse da comunidade.

Contudo, é inegável que o surgimento do ajustamento de conduta no cenário jurídico brasileiro se deu em grande parte pela necessidade do aperfeiçoamento da tutela civil dos direitos transindividuais.

No caso, esta lei não só apontou a necessidade de que sua aplicação fosse ampliada perante tais direitos, foi além da proteção dos consumidores, alcançando questões do meio ambiente, patrimônio artístico e paisagístico. Entre outras situações como a mera instauração de Inquérito Civil, quando resulta na solução do conflito não se utilizando do processo judicial.

Desta forma, conjugada algumas das previsões legais que denotam a eficácia executiva dos acordos celebrados pelo Ministério Público, a experiência da prática administrativa concertada, teve, desta forma, o nascimento do ajustamento de conduta.

3.2 Legitimidade para celebração do Termo de Ajustamento de Conduta

Foi optada em nosso ordenamento uma determinação plural para definir a legitimidade ativa para a defesa judicial dos direitos transindividuais, por isto estabeleceu a legitimidade “concorrente e disjuntiva”, a saber: do Ministério Público, da União, do Estado, do Município, das autarquias, das fundações públicas, das sociedades de economia mista, das empresas públicas, das associações e da Defensoria Pública para promoção da defesa judicial desses direitos.

Para tanto, contudo, é importante lembrar, segundo Rodrigues, que não se pode simplesmente transferir as lições clássicas do Direito Civil para a matéria em comento, em que se deve fazer a distinção entre legitimidade e capacidade. Neste sentido, menciona Rodrigues:

Ao estudar-se o fenômeno segundo o qual, para se obter do juiz o julgamento, não basta ser capaz, sendo necessário que seja parte no conflito de interesses para que seja pedido o julgamento; assim se pôs aí em plena luz

a diferença entre capacidade e esse outro requisito a que se começou a dar nome de legitimação. (RODRIGUES 2002 *apud* CARNELUTTI,1999, p.383)

Assim, no âmbito da tutela extrajudicial, só terão legitimidade material a União federal, o Estado, o Distrito Federal, o Município e dos demais órgãos públicos e de suas autarquias e Fundações Públicas para a celebração do Ajustamento de Conduta, se tiver pertinência entre o conteúdo do instrumento e as atribuições do ente público.

3.3 Requisitos Essências para o Compromisso de Ajustamento de Conduta

Para a celebração deste instrumento extraprocessual de criação e concretização de direitos, alguns requisitos são imprescindíveis para esta ocorrência. os requisitos enquanto a conformação do ajuste podem ser identificados como de:

- Existência;
- Validade; e
- Eficácia.

a) Requisitos de Existência - são aqueles entendidos como os elementos mínimos de constituição do compromisso do ajustamento, ou seja, na sua falta este instrumento não poderá existir como tal. Estes por sua são: a forma escrita, um agente de atribuição ao menos em tese para poder firmá-lo e um objeto;

b) Requisitos de Validade - são aqueles relacionados com a conformação do ajustamento de conduta com a disciplina legal do instrumento e do direito ou interesse tutelado, como também a regular manifestação de vontade das partes, ou seja, não pode estar viciada, exigindo também a capacidade e adequada representação dos agentes que irão firmar o compromisso. Assim, resumidamente e de forma mais clara, são tidos como tal:

- Agentes com capacidade e legitimidade, quer dizer, o compromitente deve ser o órgão público, o qual terá a atribuição específica (legitimidade material) e o compromissário devidamente representado;

- Objeto (de conteúdo) em conformidade com a previsão legal, como também efetiva e proporcional (adequada, suficiente e compatível com as peculiaridades do caso). Se tornar inválido o compromisso, fica dispensado o compromissário dos deveres e tornam-se inválidas as obrigações;
- Ausência de vícios na manifestação de vontade das partes na celebração do compromisso, a exemplo: erro, dolo, coação etc.. .

Oportuno ressaltar que a lei não fez nenhuma menção a testemunhas.

c) Requisitos de Eficácia – são aqueles que para alcançar a plena eficácia de título executivo que a lei confere, o compromisso de ajustamento deve atender aos requisitos específicos desta sua condição, colocando-se a doutrina de forma reiterada a exigência de título executivo¹ conter certeza e liquidez. Por conseguinte, para tanto, deve estar certo, isto é, definido de forma clara e condizente no tocante aos elementos que o constituem (sujeito, natureza da relação e objeto), e líquido, quer dizer, as obrigações contidas no compromisso devem estar expressamente determinadas. No que versa tão questão, cita Gavronsk oportunamente Rodrigues que,

quer consideremos que apenas a certeza é importante para o ajuste, que reputemos que tanto a certeza quanto a liquidez devem estar presentes, o que não pode faltar no ajuste é a definição de quem é o responsável pelo seu cumprimento, a delimitação do seu objeto e, sendo cláusula de indenizar, o valor quantificado; sendo cláusula de entregar a coisa, a individualização precisa desta; sendo obrigação de fazer ou não fazer, a definição mais precisa possível desta obrigação, o modo de cumpri-la [também o tempo], onde cumpri-la, que resultado pratico se visa obter (GAVRONSK, 2010 apud RODRIGUES, 2002, p.211)

Quantos os requisitos necessários que o Termo de Ajustamento de Conduta deve conter, para que possa desfrutar de plena eficácia, na ausência de qualquer um deles, ou seja, no descumprimento de sua conformação poderá comprometer sua eficácia, num sentido de que às vezes se subentende o que está escrito,

¹ Em a relação execução de título executivo menciona o art.586 do CPC, dispõe: “a execução pela cobrança de título de credito fundar-se-á em título líquido, certo e exigível”.

como no caso de não conter um prazo fixado se entender como ser de imediata exigibilidade, e se assim não for, ensejará, por conseguinte, se recorrer ao procedimento judicial para tanto, na qual disporá de força coercitiva estatal.

3.3. Cumprimento e Descumprimento: propositura da Ação Civil Pública (ACP) e a Execução da Multa

Como analisado em item anterior, da inobservância dos requisitos essenciais para sua plena eficácia de título executivo- o termo de ajustamento de Conduta - poderá comprometê-la.

O que ocorre, entretanto, em regra, é que faltando algum dos requisitos supracitados, abre-se para qualquer dos legitimados coletivo (inserido, os de natureza privada) a possibilidade de acionar o via judicial para agir em nome da defesa dos seus interesses ou direitos coletivos. Desde que, se possa demonstrar concretamente e de forma comprovada os vícios identificados, não podendo só alegá-los. E também poderá acioná-lo, quando mesmo se preenchidos todos os requisitos, seja o compromisso descumprido.

De outra forma, se um compromisso que atenda a todos os requisitos e que fora cumprido no prazo determinado, ou esteja sendo cumprido, impede que acione a via judicial, uma vez que não há interesse processual e, caso assim não seja, ocasionará um descrédito ao uso desses instrumentos extraprocessuais, tornando descabida e desnecessária qualquer nova “negociação” ou, de se buscar a efetividade de tutela coletiva pela via extraprocessual.

O compromisso de ajustamento de conduta pode ter como seu objeto, um dos requisitos de existência, obrigação de dar, de fazer, de não fazer e ou de pagar quantia determinada. Por este instrumento se pautar num consenso, espera-se que este seja espontaneamente cumprido, assim o uso desta técnica extraprocessual bastará para garantir efetividade do direito coletivo reclamado. Porém, é sabido que, nem sempre isto se perfaz.

Por conseguinte, uma vez não cumprido de forma espontânea o negociado, quaisquer dos legitimados coletivos poderá se utilizar do procedimento que melhor cumpra a função de tornar efetiva a obrigação acordada, ensejando a execução forçada, que por um lado tanto vem efetivar aquele interesse ou direito coletivo em questão,

como serve também de “estímulo”, para que seja cumprida de forma espontânea conforme o compromisso.

Para este fim, da execução forçada poderá ser realizada por meio da propositura da Ação Civil Pública e pela execução das multas cominadas no instrumento. Convém lembrar que, para os direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor com base em seu art.84,§1º CDC, a execução específica deve preferir à execução de multa e perdas e danos. Porém, ressalte-se que, quando as obrigações supracitadas forem estabelecidas em títulos executivos extrajudiciais, como é o caso, dispõe o Código de Processo Civil pelo seu art.632 CPC, alterado pela Lei n.8.952/94, estabeleceu que esta se encontrasse afastadas de serem executadas.

Mas, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, em seu art.84 CDC, que disciplina a tutela específica do consumidor, a mesma lei trouxe para o referido código no seu art.461CPC, passando, então este tratamento do art.84 CDC, a estender a toda tutela coletiva.

Outra questão convém ressaltar, é quanto a não necessidade de que o compromisso firmado por outros legitimados deveria ser submetido ao Ministério Público. Tema que não é pacífico na doutrina, entretanto, de acordo com Gavronsk, esta postura pode parecer estranha, mas esta visão se harmoniza com sistema jurídico brasileiro uma vez que em seu art.9º da Lei de Ação Civil Pública que estabelece o Ministério Público promoverá o arquivamento do inquérito civil quando “se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil [pública]”. Assim, esta inexistência pressupõe ou a regularidade da conduta investigada ou que pode o equacionamento da ameaça ou lesão ao direito reclamado, i.e, houve a garantia da efetividade. Para tanto, não basta que o compromisso seja assinado, mas que seja cumprido. E se diverso, será proposto à ação para que ocorra a execução forçada. Contrariamente, coloca Rodrigues, que entende que todos os compromissos devem ser submetidos à apreciação do Ministério Público.

Mesmo que não seja, neste aspecto em comento, pacífico o entendimento doutrinário, em nada repercute quanto à segurança jurídica que deve ser acima de tudo, nortear o esses instrumentos extraprocessuais. Na medida em que o principal estímulo para que responsáveis pela ameaça ou lesão a direitos ou interesses coletivos busquem na via extraprocessual a solução jurídica estão relacionadas com as suas peculiaridades, como, dentre elas, menor formalidade, maior celeridade e uma maior participação do

cidadão. Caso contraria, perde o sentido e tende a desaparecer o interesse de firmar compromissos voltados na efetivação da tutela coletiva.

CONCLUSÃO

Na busca do Direito em estar ou tentar estar sempre protegendo os valores relevantes inseridos numa sociedade para que se alcance uma pacífica convivência social através de seu papel regulador e integrador social, é necessário para tanto, estar atento nas mudanças e disposto a atender as necessidades existentes nesta sociedade que se moderniza e cria novas e complexas relações jurídicas.

Assim, as técnicas extraprocessuais utilizadas na busca das soluções jurídicas da tutela coletiva, demonstram ser perfeitamente capazes e adequadas para atender e contribuir na sua efetivação e por conseqüência, na promoção, proteção e na concretização desses direitos ditos de “nova” geração ou dimensão, os direitos transindividuais, os quais requerem uma nova leitura, compreensão e atuação do direito para sua efetivação. Entendendo, assim, que a efetividade, no Estado Democrático de Direito, é um valor que melhor realiza a justiça, ao mesmo tempo em que reafirma nos indivíduos o poder do direito de conduzir a vida social.

A importância de se criar novos mecanismos ou formas alternativas que busquem tutelar essas necessidades ou “novos” interesses ou direitos dos seus cidadãos, sem se afastar da segurança jurídica e da observância da justiça social, devem ser feitos de forma adequada e eficiente, uma vez que, ainda que o direito não consiga eliminar as incoerências inerentes do mundo moderno, deve contribuir para minorar os prejuízos por elas causados.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processo Civil. Vol. 1. Parte Geral. Revista, atualizada e ampliada. 8°. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003;

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14°. ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

GAVRONSK, Alexander Amaral. Técnicas Extraprocessuais da Tutela Coletiva. A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. Inquérito Civil. Audiência Pública. Recomendação. Compromisso de Ajustamento de Conduta. Outros Instrumentos da Tutela Coletiva. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010;

MARINOINI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart. Curso de Processo Civil V.2. Processo de Conhecimento. 7.ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alixandre de. Direito Constitucional. Décima Quinta Edição. Atualizada com as reformas Previdenciárias(EC n.41/03) e Tributária (EC n.42/03) São Paulo: Atlas, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 9° ed. São Paulo : Atlas, 2007.

ROUSSEAU, Jean – Jacques. Do Contrato Social. Discurso Sobre a Economia Política . Ciências Sociais & Filosofia. 7ª. ed. Tradução: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 1981.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL. Ação Civil Pública, Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Seção 1, p.18059.

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

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei n° 8.078, 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF Brasília, 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Código de Processo Civil ,Lei n° 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 1973