

# A FUNÇÃO ORIENTADORA DAS CORREGEDORIAS MINISTERIAIS NA CONCRETIZAÇÃO DIALÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS

Sandoval Alves da Silva<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo tem por objetivo demonstrar a necessidade de lançar um novo olhar à questão orientadora, de fomento e apoio das Corregedorias aos membros do Ministério Público na busca da concretização dos direitos humanos. Faz-se um breve resumo da origem etimológica dos termos “corregedoria” e “controle” para fins de observar a atividade preventiva, prospectiva e de planejamento. Utilizam-se as teorias do diálogo constitucional para demonstrar a necessidade de interação interna entre a Corregedoria, os membros do Ministério Público e dos demais órgãos internos para defender o interesse público e as demandas sociais e autoridade para dialogar em rodadas procedimentais tendo em vista a concretização dos direitos sociais por meio de acordos políticos que servem de última palavra provisória sobre os problemas de concretização dos direitos humanos. Assim, o diálogo é indispensável em caso de inadimplemento por excesso ou de omissão das prestações materiais, sob a responsabilidade estatal, imprescindíveis ao atendimento das necessidades humanas, a fim de cumprir a obrigação contínua, progressiva, gradual e dinâmica de definição, organização, procedimentalização, especificação e concretização dos direitos humanos para atender à justiça distributiva por meio da defesa dos bens comuns, indivisíveis ou coletivos, e de seu regime de apropriação individual e coletiva.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Corregedoria. Concretização. Diálogo constitucional.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Breve contexto etimológico do controle e a busca do acerto dos atos humanos na concretização dos direitos humanos. 3 Diálogo *interna corporis* na instituição ministerial e sua repercussão no diálogo constitucional com os demais atores políticos. 4 Algumas teorias do diálogo que podem explicar as inter-relações ministeriais entre as Corregedorias e as demais estruturas do Ministério Público como apoio ao diálogo constitucional ministerial. 5 Os direitos humanos sociais e a necessidade de especificá-los e concretizá-los – função de orientação, fomento e apoio das Corregedorias. 5.1 Elementos de especificação e concretização dos direitos humanos do processo deliberativo dialógico 6 Conclusão. 7 Referências.

<sup>1</sup> Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha de pesquisa “Constitucionalismo, democracia e direitos humanos”. Procurador do trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região, coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade), professor da UFPA, nas disciplinas Teoria Geral do Processo e Processo Civil, ex-professor de Direito Financeiro e Orçamento Público, ex-procurador do estado do Pará, ex-assessor da Auditoria Geral do estado do Pará e ex-analista de controle externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará.

## 1. INTRODUÇÃO

A iniciativa do artigo ora apresentado se deu pelo convite do dileto amigo Gregório Assagra de Almeida, que participando dos encontros de Corregedorias Ministeriais no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), fez-me o convite para escrever sobre a atuação correcional da instituição ministerial de controle frente ao desafio da perspectiva resolutiva da concretização dos direitos humanos, cuja linha de pesquisa é “Atividade Orientadora das Corregedorias do Ministério Público na Concretização dos Direitos Humanos”.

O termo “**concretização** dos direitos humanos” ora utilizado significa, semântica e gramaticalmente, o ato de “interpretação”, “definição”, “delimitação”, “criação”, “interpretação construtiva” dos direitos humanos consagrados na órbita internacional, constitucional ou em políticas públicas, que não se confunde com o termo “**realização** dos direitos humanos”, o qual significa a “aplicação” do direito, efetividade ou implementação material da concretização do direito outrora especificado, verificando-se quando a concretização produz efeitos reais no mundo da vida (GAVRONSKI, 2010, p. 121, nota de rodapé nº 9). Os termos “realização” e “aplicação” são às vezes tratados como sinônimos e, às vezes, de forma diferente para demonstrar a efetivação voluntária ou coercitiva do direito, respectivamente. Para outros, há aplicação quando há coerção e realização no momento em que os efeitos são produzidos voluntariamente. Neste artigo, não se fará essa distinção semântica, pois serão utilizados os adjetivos “voluntário” ou “volitivo” para o regime dialógico de efetividade do direito e “coercitivo” ou “forçado” para o regime de substituição judicial, de forma a denominar efetivação voluntária para “aplicação ou realização voluntária” e efetivação coercitiva para “aplicação ou realização coercitiva”, respectivamente, de sorte que são os adjetivos voluntários e coercitivos que definem os substantivos aplicação, realização ou efetivação, sem que estejam ínsitos tais significados adjetivos nos substantivos em questão (SILVA, 2016, p. 22, nota de rodapé n. 2).

Nesse contexto, abordar-se-ão nessa exposição de ideias articuladas a origem etimológica dos termos que envolve a função correcional, a função e percepção dos órgãos de controle no direito brasileiro, a cultura e a estrutura persecutória das atividades correcionais e a nova perspectiva das Corregedorias com vistas e evidenciar os novos desafios do controle conectados cultural, estrutural e finalisticamente com a concretização dos direitos humanos, que tem um olhar para ações futuras, e como órgão servo dos membros ministeriais com funções pedagógicas, culturais e estruturais para apoiar a atuação ministerial resolutiva e prospectiva, sem descurar das atividades persecutórias, corretivas e pretéritas dos erros funcionais dos membros do Ministério Público, mas sem com elas se confundirem.

Como hipótese metodológica e instrumental, apresentar-se-ão algumas teorias do diálogo constitucional para serem utilizadas internamente na instituição ministerial com vistas a fortalecer o diálogo constitucional externo, como forma de construir interpretativamente as soluções concretizadoras dos direitos humanos a cargo do Ministério Público pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, apresentam-se os quesitos que são necessários para que os direitos humanos sejam concretizados ou definidos pela atuação ministerial resolutiva, a fim de que a fase de realização dos direitos humanos seja bem-sucedida na vida de cada pessoa que precise do exercício dos direitos humanos para alcançar a dignidade da pessoa humana.

## **2. BREVE CONTEXTO ETIMOLÓGICO DO CONTROLE E A BUSCA DO ACERTO DOS ATOS HUMANOS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

O termo “corregedoria”, que semanticamente representa cargo de corregedor, vem da palavra “correição”, substantivo feminino, que significa ato, processo ou efeito de corrigir; correção. “Corregedor”, por sua vez, é um substantivo masculino, (que vem do latim *corrigere*, corrigir), que significa magistrado que promove o funcionamento do poder, corrigindo os erros e abusos das autoridades públicas, cuja aplicação mais conhecida é atribuída ao Poder Judiciário. O verbo transitivo direto “corrigir” representa dar a forma correta; retificar; eliminar, suprimir os erros (LAROUSSE, 2001). Isso evidencia a necessidade não só de localizar essa atividade dentro do contexto de aprendizagem e das ações de controle governamental, como também abrir a visão para tirar o foco exclusivamente do passado e compartilhar com as ações futuras, preventivas e inibitórias de concretização dos direitos.

A utilização semântica dos termos que direta ou indiretamente circundam as funções das Corregedorias traz em gênese, quase que exclusivamente, uma representação policesca e focada na responsabilização pretérita de infratores, o que afasta a necessidade de desenvolver instrumentos de diálogo institucional interno na instituição ministerial de atividade prospectiva resolutiva focada na concretização dialógica dos direitos humanos, razão pela qual se pretende neste artigo chamar atenção para esse pilar, sem descuidar da atividade correcional clássica.

No processo de aprendizagem, uma das formas de adquirir sabedoria, que é o que capacita alguém a viver uma vida reconhecidamente extraordinária, é o esforço para alcançar o aprendizado, conhecimento, discernimento, entendimento, a compreensão e instrução, em que o autodidatismo e as escolas, universidades e mecanismos correlatos buscam preparar as pessoas para a percepção do meio em que vivem e para o mercado de trabalho por meio da aquisição e repasse de conhecimento atingindo a área do saber epistemológico (episteme), do saber fazer ou técnico (tecnê) e do saber reflexivo (phronésis). A sabedoria também se adquire pelo resultado de longa experiência ou empírica em que a observação do saber fazer alheio prepara as pessoas para adquirir habilidades epistemológicas e, principalmente, do saber fazer.

Por último, a sabedoria é adquirida ainda pela teoria dos erros ou decisões equivocadas e os mecanismos de controle, fiscalização, prevenção e correção das ações executadas fora dos padrões definidos como condutas humanas corretas ou acertadas em determinado momento. Há três formas de lidar com o aprendizado por meio dos erros, quais sejam: a forma fácil em que se aprende observando

os erros dos outros, a forma difícil em que se aprende com o saber reflexivo e consequências de seus próprios erros e a forma trágica em que a pessoa ou a instituição erra e permanece no erro sem qualquer aquisição de sabedoria ou aprendizado. Usualmente, o saber aplicado às teorias dos erros é relacionado e informado pela prudência, discernimento, disciplina, percepção correta das coisas, conhecimento, descrição, orientação, instrução, juízo correto, justiça etc. (BUZZEL, 2004, p. 7).

A teoria dos erros e os mecanismos de ajustes deram origem a vários institutos e instrumentos de atuação na área jurídica e administrativa por meio de controle, fiscalização, monitoramento, prevenção e correção ou ajustes das condutas humanas, tais como: o controle de constitucionalidade, os tribunais de contas, os controles internos, os sistemas recursais, as ouvidorias, as corregedorias etc.

Nesse contexto, verifica-se que a existência de um órgão correccional ou corregedoria em qualquer estrutura de poder para prevenir ou corrigir as suas próprias decisões equivocadas está assentada na aquisição do saber por meio da teoria do erro de forma difícil, visto que a instituição aprende, previne e corrige suas próprias condutas erradas à luz das normas jurídicas (autocontrole ou controle interno).

Para alguns, a palavra “controle”, utilizada usualmente nesses casos, tem conteúdo semântico, origem histórica e etimológica latina do termo “*contra rotuluis*”; para outros a origem é gálica, que surgiu da contração de duas outras palavras francesas “*contre*” e “*rôle*”, que significa refazer o movimento ou acompanhar com exatidão as decisões (TORRES, 2000, p. 340, nota de rodapé 36).

Na acepção francesa, a palavra controle, “*contrôle*” ou “*contre role*” significa literalmente “contra-livro”, com sua matriz latina advinda de “contrarrótulos”. Esse termo significava originariamente a atividade da entidade controlada, que deveria ser sempre registrada num segundo livro, cujos registros podiam ser confrontados com os registros originais do primeiro livro. Durante a evolução histórica, o conceito sofreu mutações, às vezes com relativa impropriedade, de forma que para alguns o controle significa dominar ou fazer obedecer no sentido de manter sob domínio. No italiano “*controllo*” é empregado no sentido de conferência, verificação ou revisão, mas, na língua alemã “*kontroll*” é utilizado como significado de fiscalização, revisão, inspeção, registro, vistoria ou exame e sindicância e, em espanhol, “control” significa inspeção, fiscalização, intervenção, mas também como domínio, mando e preponderância (SILVA, 2017).

No contexto da ordem jurídica brasileira, controle é o exercício do dever-poder de fiscalização, correção, revisão de atos e decisões tomadas ou classificação das atividades governamentais visando mantê-las em conformidade com o ordenamento jurídico, em especial, com os princípios, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, motivação, impessoalidade, controle de mérito, (planos governamentais) etc. (DI PIETRO, 2001, p. 586-587).

De toda sorte, considerando a concepção constitucional de controle em sua ampla função em todas as instituições que detêm essa missão na ordem jurídica,

o termo não pode ser restrito ao sinônimo ou ao equivalente das expressões tradicionais como fiscalização, inspeção, acompanhamento e supervisão, avaliação, correção, censura ou aplicação de sanções, por pura transcendência semântica dessa função aos citados termos, visto que controle é mais abrangente.

O Comitê de Sponsoring Organization<sup>2</sup> (Coso) define controle como um processo desenvolvido para garantir, com razoável certeza, que sejam atingidos os objetivos da entidade, nas seguintes categorias: eficiência e efetividade operacional – objetivos e desempenho ou estratégia.

O controle, que tem como finalidade verificar o exercício da conduta humana de acordo com as normas e os direitos humanos, pode ser classificado quanto ao órgão ou poder que exerce em administrativo, legislativo, (ministerial) e judicial, quanto ao momento em prévio, concomitante e *posteriori* à execução material das decisões ou das condutas humanas e quanto à estrutura organizacional em controle interno e externo.

O controle interno é a possibilidade de a própria estrutura organizacional ou de poder rever seus atos, numa acepção de autotutela de seus próprios atos (autocontrole). Administrativamente, o controle interno tem a modalidade provocada ou recursal, tais como: a representação de irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder, a reclamação de direitos individuais lesados ou ameaçados, o pedido de reconsideração para a mesma autoridade para modificar sua decisão, o recurso hierárquico próprio (pedido de revisão do ato administrativo a uma instância superior no mesmo órgão) impróprio (pedido a órgão ou entidade estranha à estrutura), a revisão de punição impostas ao servidor, a fiscalização hierárquica, a supervisão ministerial, o orçamento público etc.

O controle externo, que é a revisão do ato por outro poder (tutela), divide-se em controle legislativo e judicial. O controle legislativo pode ser político e financeiro, tendo como exemplo do primeiro: a convocação de ministros (art. 50 CRFB), o pedido de informação (art. 50, § 2º CRFB), a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) (art. 58, § 3º CRFB), o processo e julgamento de crime de responsabilidade (art. 52, I e II CR), o endividamento (art. 52, VI, VII, VIII CRFB), a sustação dos atos (art. 49, V CRFB), além de outras, e como exemplo do segundo os atos de controle dos tribunais de contas, que pode ser sob a forma de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, subvenções, renúncias de receitas, eficiência e eficácia. O controle externo jurisdicional pode se processar por vários instrumentos como: *habeas corpus* (art. 5º, LXXVII), *habeas data* (art. 5º, LXXII), mandado de injunção (art. 5º, LXXI), mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX) e coletivo (5º, LXX), ação popular (art. 5º, LXXIII), ação civil pública (art. 129, III e § 1º) etc.

A classificação do controle em prévia, concomitante e posterior, refere-se à contemporaneidade ou não do exercício do controle com a tomada de decisão ou atuação, sendo prévio se o controle for exercido antes da prática do ato, concomitante

<sup>2</sup> Disponível em: <<https://www.coso.org/Pages/default.aspx>>.

se as práticas forem contemporâneas e *a posteriori* se o exercício do controle for após à prática do ato, conforme pontuado pela doutrina (TORRES, 2000, p. 341; DI PIETRO, 2001, p. 587-588).

Nesse contexto, as Corregedorias se classificam como controle interno para averiguação da conformidade das condutas dos agentes públicos de acordo com as normas jurídicas, porém a atuação primordial das Corregedorias é posterior, sem muita atuação prévia ou concomitante às atuações dos agentes públicos, o que demonstra uma estrutura organizacional e cultural policlesca e pouco orientadora dos atos públicos que visam à concretização dos direitos humanos, que necessita de um olhar para o futuro ou ações planejadas para identificação dos elementos necessários à especificação dos direitos humanos, que por serem muito genéricos não se efetivam sem a individuação de seus elementos.

A defesa do presente artigo busca evidenciar a necessidade de adoção de procedimentos e instrumentos de atuação que podem ser enquadrados e relidos numa concepção dialógica, funcional, substancial e procedimental para fins de provocar e até forçar o início do diálogo ministerial interno e externo, tendo em vista a concretização dos direitos humanos de forma participativa, preventiva e corretiva, conforme as normas constitucionais e os direitos humanos sociais e individuais indisponíveis.

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

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

Esse viés vem ao encontro do mapa estratégico da Resolução nº 118/2015 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e da Carta de Brasília, aprovada em sessão pública ocorrida no dia 22 de setembro de 2016, no 7º Congresso de Gestão do CNMP, a Corregedoria Nacional e as Corregedorias-Gerais dos Estados

e da União, que representa um acordo para modernização do controle da atividade extrajudicial pelas Corregedorias do Ministério Público bem como o fomento à atuação resolutiva do Ministério Público (MP Brasileiro).

O mapa estratégico do CNMP traz como atividades missionárias e visionárias do MP Brasileiro a promessa à sociedade brasileira da diminuição da criminalidade e da corrupção, da defesa dos direitos fundamentais, da transformação social e da indução de políticas públicas. Focando nos três últimos compromissos, o mapa traz como processos para alcançar a missão e a visão institucional os seguintes pilares: 1) a unidade institucional com o fortalecimento da atuação integrada do Ministério Público; 2) a eficiência da atuação institucional com a ampliação da atuação extrajudicial como forma de pacificação de conflitos e com a atuação de forma proativa, efetiva, preventiva e resolutiva, respeitando as competências constitucionais; 3) a comunicação e o relacionamento com o fortalecimento do cidadão com a instituição ministerial; e 4) a visão de futuro com o reconhecimento da instituição como transformadora da realidade social e essencial à preservação da ordem jurídica e da democracia.

A Resolução CNMP nº 118/2015 institui no art. 1º, *caput* e parágrafo único, a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, incumbindo ao Ministério Público brasileiro implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos. Para isso, prescreve no art. 7º que compete às unidades e ramos do Ministério Público brasileiro, no âmbito de suas atuações, entre outras: a) o desenvolvimento da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público; b) a promoção da capacitação, treinamento e atualização permanente de membros e servidores nos mecanismos autocompositivos de tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas; c) a inclusão, no conteúdo dos concursos de ingresso na carreira do Ministério Público e de servidores, dos meios autocompositivos de conflitos e controvérsias; d) a criação de Núcleos Permanentes de Incentivo à Autocomposição, compostos por membros, cuja coordenação será atribuída, preferencialmente, aos profissionais atuantes na área etc.

No mesmo sentido, de forma resumida, a Carta de Brasília traz os seguintes fundamentos, entre outros: a) o princípio da transformação social; b) as Corregedorias do Ministério como garantias constitucionais fundamentais da sociedade e do indivíduo voltadas para a **avaliação**, a **orientação** e a **fiscalização** dos órgãos executivos, administrativos e auxiliares do Ministério Público brasileiro, de modo que é relevante que atuem de maneira qualificada para tornar efetivos os compromissos constitucionais do Ministério Público na defesa dos direitos e das garantias constitucionais; c) as Corregedorias como Órgãos de Controle e Indução da Efetividade e de Garantia da Unidade Institucional do Ministério Público; d) a atuação extrajudicial do MP como intermediador da pacificação social, visando normalmente à **resolução consensual dos conflitos, controvérsias e problemas**; e e) a necessidade das Corregedorias ministeriais de modernização

dos seus instrumentos e dos seus mecanismos de **orientação** e de **fiscalização** para melhor valorizar a atuação resolutiva do Ministério Público etc.

Esse viés dialógico e preventivo também é previsto no art. 3º, § 3º c/c o art. 515, § 2º, do CPC ao prescreverem que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. No mesmo sentido, prescreve a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública etc.

Como a estrutura administrativa e a cultura práticas das Corregedorias ainda estão buscando encontrar meios de dialogar com as demais estruturas internas, com vistas a concretizar os direitos humanos que têm a necessidade de um olhar prospectivo, preventivo e futuro, abre-se a necessidade de adotar teorias que abordam o diálogo institucional, que terá, neste artigo, uma abordagem voltada para a instituição ministerial.

### **3. DIÁLOGO INTERNA CORPORIS NA INSTITUIÇÃO MINISTERIAL E SUA REPERCUSSÃO NO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL COM OS DEMAIS ATORES POLÍTICOS**

A estruturação e a prática das Corregedorias no direito brasileiro foram formadas para encontrar pessoas que cometeram erros, sem a preocupação direta com o planejamento, o futuro como elementos necessários à concretização dos direitos humanos. Nessa concepção, constrói-se uma lógica de acusação e uma racionalidade de defesa persuasiva que eximem ou mitigam a responsabilidade e as consequências dos atos pretéritos atribuídos aos envolvidos, olvidando-se ou negligenciando-se a análise prospectiva e preventiva que garantiria a concretização dos direitos humanos prospectivamente.

Esse viés remete a uma atividade de investigação da irregularidade, da infração ou do delito e identificação do infrator, do denunciado ou do acusado, a fim de corrigir sua conduta administrativa ou judicialmente, responsabilizando-o exclusivamente por atos pretéritos. Esse olhar não prestigia as funções preventivas, prospectivas, inibitórias ou de tutela específica para o futuro, nem foca diretamente a concretização dos direitos humanos e a exigência contínua de atendimento ao conteúdo específico do direito debatido, sem a persecução cega da responsabilização funcional, civil e penal. Com o viés resolutivo, preventivo e prospectivo, o raciocínio gradual e o diálogo institucional parecem trazer boas razões para as práticas, procedimentos, cultura e estrutura das Corregedorias, especialmente porque a construção das atuais estruturas e culturas correcionais são pautadas em raciocínios binários de certo ou errado, inocente ou culpado etc.

O raciocínio binário estruturado a partir de dicotomias abrangentes e rígidas deve ser superado pelo raciocínio gradualista que permite avaliar a medida de certa

qualidade, o grau de realização de determinado ideal, uma vez que esse raciocínio se preocupa não em dizer se algo é ou não é, mas, antes, em determinar em que grau ou medida algo é ou não é, ou quanto algo se aproxima ou se distancia do ideal. O gradualismo mostra-se defensável porque não abre mão do binarismo, mas submete-o a um tratamento diferente em que as assertivas não podem ser de plano acolhidas ou rejeitadas (MENDES, 2011, p. 40-41).

Nesse particular, o raciocínio gradual se alinha com a lógica do diálogo como forma de buscar encontrar o grau que melhor atende à concretização e realização dos direitos humanos, visto que numa relação plurilateral e de interdependência para a fruição dos direitos, o diálogo desponta como uma boa solução para enfrentar os entraves advindos especialmente da divisão das funções estatais, que são lidas de forma binária e estanque, sem a sensibilidade da interdependência e colaboração.

No campo da separação das funções estatais, a tendência integrativa, cooperativa, colaborativa ou dialógica recebe muita importância, em especial, no que se refere à legitimidade democrática e da interpretação constitucional de direitos fundamentais entre parlamentos e cortes. Seguindo essa tendência e estendendo às demais estruturas governamentais, propõe-se a tese do diálogo ministerial como saída intermediária e conciliatória com base em hipóteses como rodada procedimental e última palavra provisória, apresentando-se o modelo deliberativo fundado na persuasão (os poderes falam e escutam) em contraposição ao modelo adversarial que se funda na imposição (um poder fala para impor-se) (MENDES, 2011).

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

Essa percepção traz uma ideia de construir conjuntamente uma instituição, e não apenas por uma única ou poucas unidades centrais da instituição ministerial.

#### **4. ALGUMAS TEORIAS DO DIÁLOGO QUE PODEM EXPLICAR AS INTER-RELAÇÕES MINISTERIAIS ENTRE AS CORREGEDORIAS E AS DEMAIS ESTRUTURAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO APOIO AO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL MINISTERIAL**

As teorias foram apresentadas para compatibilizar as deliberações entre cortes e parlamentos, mas a ideia é adaptá-las para que ocorra um diálogo interno ou intrainstitucional entre as Corregedorias e demais estruturas internas para fins de concretização dos direitos humanos no sentido de orientar, apoiar e fomentar o diálogo constitucional entre o Ministério Público e os demais atores políticos

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

As teorias prescritivas baseiam-se em técnicas conscientes de estímulo e de encorajamento advindas das razões internas de decidir por parte do Judiciário, do debate constitucional mais amplo, classificando-se essas teorias de acordo com o grau de atuação do Poder Judiciário. Denominam-se “virtudes passivas” as teorias que defendem o Judiciário mais inerte e “virtudes ativas” as que proclamam o Judiciário mais atuante.

Por outro lado, a classificação também depende do desenho constitucional dos poderes constituídos, de forma a evidenciar o fenômeno dialógico de acordo com as normas ou estruturas constitucionais.

Na primeira teoria que usa as virtudes passivas, denominada “evasão pura e simples”, a Corte opta não decidir, a fim de esperar e estimular o processo deliberativo, deixando a questão de princípio amadurecendo e sendo testada pela experiência (BICKEL, 1962, p. 72 e p. 192; MENDES, 2011, p. 110 e p. 114). A Corte só deve decidir quando esgotados os recursos de produção do diálogo e outras possibilidades e diante de um juiz prudencial, restando as seguintes possibilidades de decisão judicial: 1) quando há *expertise* especial; 2) quando há informação e conhecimento confiável; e 3) quando o senso político diz que é necessário, pois do contrário a Corte é capaz apenas de uma tentativa provisória.

Para Bickel (1962, p. 187-189), a Corte não é um animal meramente ideológico e político, porque precisa exercer a prudência, calcular como a decisão vai ser recebida pela opinião pública e fazer um prognóstico. Assim, a participação da Corte deve ir além de registrar as opiniões do presente, a fim de aplicar o direito e proteger a sociedade contra suas fraquezas e vicissitudes, liderar a agenda pública sobre temas amortecidos, apontar horizontes para o futuro e provocar reações (BICKEL, 1962, p. 199 e p. 239; MENDES, 2011, p. 117)<sup>3</sup>.

A segunda teoria de virtude passiva ou de interferência mínima tem assento em Cass Sunstein (2001), que desenvolveu a teoria do acordo teórico incompleto (ATI), segundo a qual a Corte deixa coisas não decididas, fazendo uso construtivo do silêncio e preferindo examinar as particularidades do caso para definir, por meio de analogia e de casos hipotéticos, qual a melhor estratégia em questões complexas, marcadas pela falta de informação, de circunstâncias ou de incerteza moral, o que reduziria o ônus do erro judicial, favoreceria novos debates e enriqueceria a democracia deliberativa. Essa posição intermediária defende a **atuação judicial maximalista** em algumas situações: 1) quando o juiz tem

3 O principal desafio dessa teoria é saber como lidar com essa técnica quando utilizada de forma errada, pois nesse caso a Corte impede o debate, o controle, a crítica e permanece no conforto das escolhas subterrâneas (MENDES, 2011, p. 110-118). Ademais, o elevado grau de indeterminação na atuação da Corte, no que se refere à *expertise* especial, à informação e ao conhecimento confiável e à necessidade do senso político do Judiciário, deixa a Corte com elevada dose de discricionariedade, deixando ao alvedrio dos seus membros muito espaço para exercer a virtude passiva ou ativa, embora a teoria se incline pela virtude passiva.

considerável confiança no mérito da solução; 2) quando a solução pode reduzir o custo da incerteza para cortes e litigantes futuros; 3) quando o planejamento for importante; e 4) quando é preciso lidar com precondições da democracia ou criar incentivos que tornem mais provável a prestação de contas das instituições eleitas (*accountability*). Isso sem esquecer a **atuação judicial minimalista**, que é defendida em quatro situações: 1) quando o caso envolve grande incerteza factual ou moral; 2) quando uma solução pode ter riscos de confundir casos futuros; 3) quando a necessidade de planejamento não é permanente; e 4) quando as precondições da democracia não estão em jogo. A diferença entre o minimalismo e o maximalismo é de grau e não de tipo, pois ambos visam o diálogo e a democracia (SUNSTEIN, 2001, p. 57)<sup>4</sup>.

A primeira teoria apresentada, que usa as virtudes ativas, é o envio de recados e conselhos. Para Katyal (1997, p. 1710), o silêncio e a inação não são as únicas alternativas de diálogo constitucional, pois a Corte pode ser mais proativa, aconselhando e mandando recados por meio de suas decisões. O conselho é dado por meio do *obiter dictum* e não pela *ratio decidendi*, visto que aquele tem maior flexibilidade e não é vinculante, fazendo-se os conselhos quando valida e invalida normas, bem como por meio das virtudes passivas (KATYAL, 1997, p. 1712-1714 e p. 1716)<sup>5</sup>.

Outra teoria apresentada que se utiliza das virtudes ativas é a determinação de clareza dos valores constitucionais, a identificação dos atores responsáveis pela concretização de determinada política pública (COENEN, 2001) e a segunda oportunidade para que o Legislativo aprecie melhor a norma (CALABRESI, 1991). De acordo com essa teoria, denominada “regras centradas no processo”, a Corte pode obrigar os poderes a esclarecer ou a fazer a determinação dos valores constitucionais substantivos que não estejam claros nas leis ou nos julgamentos políticos e dos atores que devem ser responsáveis pela concretização de determinada política, que implique valores constitucionais (BATEUP, 2006, p. 1128; COENEN, 2001, p. 1773-1805 e p. 1866-1869). O Legislativo também pode fazer o “segundo olhar” (*second-look*), que seria a oportunidade de reforçar ou de confirmar as leis que, segundo avaliação judicial, tenham sido propostas com pressa e com pouca deliberação, para que possam alcançar o processo final de aprovação, mas a palavra final é a legislativa; seria um outro tipo de controle de constitucionalidade em que se devolve a matéria para reconsideração da autoridade que a editou (*second-look*) (BATEUP, 2006, p. 1129; CALABRESI, 1991, p. 86-109)<sup>6</sup>.

4 Essa teoria representa uma posição intermediária em relação à de Bickel – decidir não decidir – e aos maximalistas – decidir tudo o que puder ser decidido (MENDES, 2011, p. 122). Porém a teoria é criticada por diminuir a responsabilidade judicial e a capacidade que as cortes têm de conferir as justificativas para as melhores respostas constitucionais (BATEUP, 2006, p. 1133-1135), além de enfrentar as mesmas críticas de indefinições na atuação da Corte sofridas pela teoria de Bickel.

5 Na Alemanha, a Corte oferece conselho quando invalida a lei e indica a forma de correção, quando não invalida, mas confere o prazo para corrigir, e quando declara a incompatibilidade da lei, mas não a invalida por ser politicamente inconveniente (MENDES, 2011, p. 125-127). A crítica define essa teoria como ativista porque deseja que a Corte ajude ou aconselhe o legislador a interpretar a Constituição, o que não se enquadraria na concepção de diálogo, mas reforçaria a ideia de que os ramos políticos devem seguir o que as cortes dizem (BATEUP, 2006, p. 1125-1127).

6 A crítica a essas teorias tem fundamento na ausência de determinação e de clareza na forma com que as regras centradas no processo devem interagir com as regras centradas na substância.

Partindo da premissa de que o diálogo é inevitável ao longo do tempo, surge outra teoria que propõe que a modulação pela Corte do grau de intervenção (virtude ativa) e de contenção (virtude passiva) depende do desempenho do Parlamento, variando entre o minimalismo e o maximalismo, permitindo uma função complementar à competição e outra função reativa para fazer o Parlamento revisar eventuais contradições derivadas de seus atos ou ir além de mero suplemento, pois a legitimidade política é abordada sob o ângulo competitivo da interação, para maximizar os respectivos desempenhos deliberativos, que não se definem *a priori*, mas dependem dos resultados com interação (*ex post*). Nesse contexto, a Corte exerceria as virtudes ativas na omissão do legislador no atendimento de deveres constitucionais, no ativismo legislativo sem grande consistência deliberativa e na declaração de inconstitucionalidade de uma lei antiga aprovada por gerações anteriores. Já as virtudes passivas seriam exercidas no ativismo parlamentar de alto desempenho legislativo, embora essa conclusão seja prematura. Assim, pode-se, a qualquer momento, abrir uma nova rodada procedimental e, quando se chegar a uma decisão, ela vale como última palavra provisória, até que se instaure e se encerre uma nova rodada procedimental (MENDES, 2011, p. 204-207)<sup>7</sup>.

Numa perspectiva de desenho ou estrutura normativa constitucional, há as teorias da construção coordenada e compartilhada do significado constitucional entre os vários ramos do governo (WHITTINGTON, 2001). Cada ramo do governo interpreta a Constituição de acordo com sua função. A Corte discorda da interpretação do Legislativo por meio do controle de constitucionalidade; e o Legislativo discorda da Corte por meio de sua própria interpretação da Constituição. Portanto, como estão abertas ao escrutínio dos outros poderes, decisões judiciais não seriam definitivas (BATEUP, 2006, p. 1137-1138)<sup>8</sup>.

Outra teoria importante do desenho constitucional é a teoria da articulação legislativa e principiológica da política. A teoria defende a existência do diálogo quando o Legislativo respeita as decisões das cortes baseadas em princípios, mas permite ao legislador articular de que forma suas políticas são garantidas. Assim, o Judiciário começa o diálogo ao introduzir compreensões principiológicas na discussão persuasiva para a interpretação constitucional, e o legislador pode argumentar que alguns limites impostos pelas cortes podem ser repensados, dadas algumas circunstâncias ou objetivos políticos. Essa concepção considera a habilidade das cortes para decidir com base em princípios, ainda que considere que nem sempre as cortes decidam da melhor forma (HOGG, BUSHELL, 1999; ROACH, 2001)<sup>9</sup>.

7 A questão é saber quem tem a última palavra provisória, se a Corte ou o Parlamento. Mas, mesmo que seja a Corte, o Parlamento pode sempre reiniciar a discussão (ou melhor, o diálogo indireto), sendo garantida a prevalência da última palavra provisória, enquanto durar.

8 O problema é identificar quais as áreas específicas de cada ramo poderiam interpretar qual parte da Constituição. Além disso, é preciso determinar se a decisão teria *status* definitivo ou não, pois, sem essa definição, a interpretação seria uma anarquia. Ademais, a independência interpretativa levaria a problemas relacionados à “separação de poderes” nos Estados Unidos (*checks and balances*), que não teriam essa estrutura lógica. A teoria altera-se mais recentemente no sentido de que todos os ramos devem convergir dialogicamente na interpretação constitucional. Não é anarquia interpretativa, na medida em que cada poder controla o outro.

9 As críticas a essa teoria são a defesa do Judiciário como principal ator nas considerações negativas do Legislativo e do ideal judiciário, visto que a interpretação autônoma dos direitos humanos sociais por parte dos atores políticos é ainda bastante acanhada, passiva ou reativa. Caso o papel principal seja do Judiciário e esteja em jogo a justificação principiológica de sua decisão, diminui-se o espaço do balanceamento que pode ser tarefa do legislador (BATEUP, 2006, p. 1151-1156).

Janet Hiebert desenvolveu a teoria da parceria com base na responsabilidade institucional. Os órgãos representativos ou democráticos canadenses teriam de fundamentar suas decisões para prevenir possíveis questionamentos judiciais após a aprovação legislativa da política. Os governantes que promovem valores políticos e impõem limites aos direitos devem preparar-se para justificar a política e seu efeito potencial nos direitos protegidos constitucionalmente, o que facilita o debate sobre o significado constitucional. Para isso, a autora defende que o Departamento de Justiça e a Advocacia Pública assinem uma declaração que explique a racionalidade e o mérito da política, bem como os efeitos para uma determinada proposta em particular (HIEBERT, 1996, p. 122).

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

Essas são algumas teorias que podem ser usadas para explicar alguns fenômenos dialógicos observados nos casos expostos acima e nas regras do processo legislativo orçamentário, visto que não se pretende neste artigo exaurir a discussão acerca das teorias do diálogo, buscando-se apenas demonstrar a influência de algumas delas para inspirar o diálogo ministerial na atuação das Corregedorias para a concretização dos direitos humanos, dado que essa deve ser a principal preocupação desse mecanismo de controle interno com vistas a orientar a atuação ministerial para definir os elementos necessários à concretização dos direitos.

Nessa percepção, observa-se que essas teorias podem justificar a atuação das Corregedorias de forma passiva nas atuações dos membros que atuam concretizando direitos humanos e de forma ativa nas omissões ministeriais para esse fim ou em caso de exagero na atuação dos membros de forma a permitir que os direitos humanos sejam concretizados e realizados sem demora ou excessos abusivos.

Isso permite que os instrumentos de atuação das Corregedorias se façam presentes por meio de diálogo intraministerial na busca dos melhores fundamentos de concretização. Nesse sentido, mostra-se imprescindível orientar, fomentar e apoiar os membros ministeriais a buscar e especificar todos os elementos necessários dos direitos humanos.

## 5. OS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS E A NECESSIDADE DE ESPECIFICÁ-LOS E CONCRETIZÁ-LOS – FUNÇÃO DE ORIENTAÇÃO, FOMENTO E APOIO DAS CORREGEDORIAS

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

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

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

Um dos traços característicos do bem público e, por via de consequência, dos direitos sociais é sua indivisibilidade e sua indeterminação, razão pela qual a fruição do bem comum exige especificação positiva (apropriação devida) ou negativa (apropriação indevida<sup>10</sup>) para que os produtos comuns possam ser distribuídos, pois a especificação é uma forma reconhecida pelo direito de tirar as coisas comuns da sua comunhão (LOPES, 2006, p. 143).

Esse processo de especificação positiva ou de criação de normas que vedem a apropriação indevida (especificação negativa) do bem comum – direito social –

<sup>10</sup> O uso poluidor que se faz do ar ou da água é uma forma perversa de partir ou distribuir o bem coletivo, de uma especificação negativa, de uma apropriação indevida ou de uma caracterização do efeito carona ou predatório (LOPES, 2006, p. 147).

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

Essa preocupação precisa ser objeto de atuação das Corregedorias em regime de orientação, fomento e apoio aos membros da instituição, visto que a especificação dos direitos sociais representa uma tarefa importante para que o Ministério Público desempenhe sua missão constitucional, seja no sentido de fomentar para que haja a apropriação positiva, seja no sentido de eliminar a apropriação negativa do bem comum.

A indivisibilidade e a indefinição dos elementos caracterizadores dos direitos sociais tiveram fortes impactos na compreensão de sua natureza (jurídica ou política) e de sua exigibilidade. Nesse contexto, os direitos sociais são normas gerais, inespecíficas e ilíquidas, e o Ministério Público é um ator político-burocrático que pode instaurar rodadas procedimentais dialógicas para proceder à especificação, para posterior concretização dos direitos sociais, de forma a torná-los exigíveis e exequíveis no campo individual e coletivo – apropriação positiva<sup>11</sup>.

---

11 Essa especificação já foi objeto de análise à luz do processo legislativo orçamentário. Defendeu-se que a Constituição obriga o legislador e o administrador a criar programas para atender as necessidades públicas, mas tal obrigação, que é de eficácia progressiva, com a imposição de adoção de ação imediata no processo legislativo de definição, está condicionada à realidade das necessidades públicas levantadas e às possibilidades econômicas e financeiras existentes nos cofres públicos (SILVA, 2007, p. 196-197). Logo, os direitos sociais sempre têm eficácia imediata para as questões inerentes ao que se pode fazer no momento (presente) e eficácia futura quanto aos requisitos que dependem de outras rodadas procedimentais (caráter contínuo e progressivo), que levam em conta os limites e os recursos constantes das leis orçamentárias, permitindo, em caso de insuficiência de proteção de direitos, a abertura de nova rodada procedimental legislativa, ministerial dialógica (caráter gradual e dinâmico) etc., para que se alcance uma especificação que convença os atores políticos envolvidos e a sociedade. Assim, uma vez individuada a obrigação do Estado ou o direito social, por meio de política pública inserida na lei orçamentária, pode-se exigir judicialmente sua execução, visto que as obrigações foram constitucionalmente impostas e orçamentariamente definidas, e os argumentos de política convertidos em argumentos jurídicos (SILVA, 2007, p. 232).

Assim, o que se afirma é que os direitos sociais são jurídicos e de exigibilidade contínua<sup>12</sup>, progressiva<sup>13</sup>, gradual<sup>14</sup> e dinâmica<sup>15</sup>. Apenas se ordena que se abra um incidente ou procedimento para que se alcancem os elementos necessários ou mínimos para identificar uma relação jurídica (sujeito ativo e passivo, objeto determinado, prazo, forma, lugar etc.), como ocorre com qualquer direito de crédito quando uma sentença genérica necessita liquidar ou concentrar as obrigações, para só depois praticar os atos materiais de realização do direito ofendido. Também aqui se refuta quem não considera a apropriação individual como inerente aos direitos sociais, visto que, em todos os procedimentos coletivos, como falência, insolvência civil, herança etc., o regime de apropriação individual é a última fase de preocupação dos direitos sociais de bens indivisíveis ou coletivos. Esse regime de apropriação individual é a questão principal a ser resolvida nos direitos individuais homogêneos, que são uma espécie de direitos coletivos.

Considerando essa perspectiva, mostra-se necessário que as Corregedorias adotem medidas de procedimentos dialógicos para fomentar, orientar e apoiar os membros do Ministério Público na especificação ou concretização dos direitos humanos – apropriação positiva, especialmente no apoio, fomento, orientação e exigência para que as atividades ministeriais tenham atuação em rodadas procedimentais dialógicas que possam identificar todos os elementos de especificação dos direitos e que valham como última palavra provisória na progressividade e graduação de concretização e realização dos direitos humanos. Em sentido oposto, devem as Corregedorias atuar de forma a eliminar a apropriação negativa dos direitos

---

12 **Contínua** porque os direitos sociais são concretizados de forma ininterrupta ou continuada, visto que os direitos à saúde, educação, lazer, moradia, trabalho estão sempre percebidos de forma prospectiva, enquanto houver vida humana em sociedade, com a respectiva necessidade de partilha de bem coletivo ou comum. Isso decorre do processo natural da vida humana com o nascimento e desenvolvimento das pessoas que sempre estar a necessitar de prestações materiais que atendam os direitos sociais para as gerações presentes e futuras.

13 **Progressiva** porque a concretização dos direitos sociais está regida pelo princípio do não retrocesso, de forma a não sofrer regressão nas prestações concretizadas e definidas na apropriação coletiva ou individual do bem comum. Obviamente que a progressividade da concretização dos direitos sociais não tem o viés inflexível ou de indisponibilidade absoluta, admitindo-se certo grau de retrocesso, desde que acompanhada medidas compensatórias, com vantagens alternativas ou com medidas mitigadoras, impeditivas ou extintivas da ocorrência de algum mal comum de maior grau.

14 **Gradual** porque a concretização dos direitos sociais não pode ser exigida de forma binária ou extremista, com a preocupação em dizer se algo é ou não é, mas sim com base no raciocínio gradualista ou o grau de concretização de determinado ideal, de forma a definir em que grau ou em que medida algo é ou não é, ou quanto algo se aproxima ou se distancia do ideal, sem abrir mão do raciocínio binário. O gradualismo busca acomodar as tensões no processo de concretização dos direitos humanos, sem abrir mão do binarismo, mas submete os extremos a um tratamento diferente, em que as assertivas não podem ser de plano acolhidas ou rejeitadas. Por outras palavras, essa perspectiva dos direitos sociais evidencia que a medida justa de concretização dos direitos sociais pode estar em qualquer ponto entre zero e um, sem que se possa optar entre ser exigível, concretizável e realizável, de um lado, e, por outro lado, não exigível, concretizável e realizável em sua inteireza, de forma que em qualquer medida ou grau haverá algo a ser exigível, concretizável e realizável e, simultaneamente, algo que não se pode, naquele momento, ser exigível, concretizável e realizável, salvo se o ponto concretizável se localizar em um dos extremos.

15 **Dinâmica** porque a relação obrigacional oriunda da concretização dos direitos sociais são altamente mutáveis de acordo com a realidade e as circunstâncias de planejamento que se apresentam em sua exigência jurídica, de forma que uma medida adotada ou planejamento feito para determinada necessidade de atendimento aos direitos sociais pode não mais ser eficaz ou eficiente, visto que os quesitos de concretização podem mudar gradualmente no que se refere ao conteúdo, ao sujeito, ao prazo, ao lugar, à razão, à forma, ao custo e à cominação por eventual descumprimento. Entre todas as características das relações jurídicas de concretização dos direitos sociais é o viés dinâmico que mais demonstra grau de incompatibilidade com a natureza definitiva das decisões judiciais, visto que qualquer decisão que tenha essa pretensão pode sofrer eventual desuso ou ser inaplicável aos casos futuros, por não ter mais aplicabilidade às circunstâncias ou quesitos futuros, considerando o dinamismo, a continuidade, a progressividade e o gradualismo de tais relações.

sociais ou bens comuns, evidenciando a adoção de virtudes ativas nas duas hipóteses acima, para lançar mão das virtudes passivas apenas quando a atuação ministerial desempenha atividades de apropriação positiva do bem comum, ponderando-se os princípios da unidade e da independência funcional que regem a instituição.

### 5.1 Elementos de especificação e concretização dos direitos humanos do processo deliberativo dialógico

Os elementos de especificação e concretização dos direitos humanos são necessários para o desenvolvimento de uma teoria da decisão resolutiva que seja aplicada ao diálogo constitucional dirigido pelo Ministério Público. Como afirmado, as teorias do diálogo só fazem sentido se inseridas nas teorias da decisão, na atuação ministerial se a decisão for resolutiva. Essa teoria compatibiliza-se com o modelo resolutivo do Ministério Público, que utiliza instrumentos processuais e extraprocessuais de resolução ou solução de conflitos de massa, de forma mais efetiva e célere, sem a judicialização da demanda (MACÊDO, 2013, p. 341). A premissa principal desse modelo é envolver todos os participantes do diálogo em uma rodada procedimental para alcançar o acordo de vontades e evitar o processo judicial de substituição volitiva, ainda que essa via seja usada para alcançar um acordo deliberativo e fundamentado na via extraprocessual, visto que a substituição da ação material dos envolvidos pela ação processual do juiz deve ser uma solução racional, humanizada, justa e equitativa, sem que se possam ter como resultado situações irracionais da ação material humana nos conflitos como escravizar, apropriar-se negativamente dos bens e pessoas da família do devedor e matar (SILVA, 2014, p. 46-47).

A teoria da decisão resolutiva, que pode ser aplicada a uma concepção prospectiva ou retrospectiva, tem como fim último responder às questões básicas do processo deliberativo dialógico ministerial – a identificação de todos os elementos essenciais e acidentais, que se resumem em saber **o que – objeto, por que – fundamentos, onde – lugar, quando – prazo, quem – sujeitos legítimos, como – forma e o custo – valor econômico** da tomada de decisão e da concretização e realização dos direitos humanos sociais<sup>16</sup> –, ainda que a deliberação resolutiva seja decidir não decidir de forma fundamentada, monitorada e condicionada ao prazo para a concretização. A essa teoria, deve-se acrescentar ainda a estipulação de cominações para o caso de descumprimento – elemento consequencial (SILVA, 2016, p. 193).

16 Essas questões são conhecidas pela sigla em inglês 5W2H ou diagrama de árvore, que representam os elementos necessários de um plano de ação. São 5W: *what* (o que), *why* (por que), *where* (onde), *when* (quando) e *who* (quem). E são 2H: *how* (como) e *how much* (quanto custa) (FERREIRA; PEREIRA; REIS, 2001). A essas questões, deve ser acrescida a cominação (*commination*), e a sigla passaria a ser 5W2H1C. Embora possam haver outras preocupações, esses questionamentos podem ser adaptados à teoria do diálogo institucional dirigido pelo Ministério Público. Assim, para cada uma das soluções priorizadas, a equipe estabelece metas de melhoria a serem alcançadas, permitindo explicitar o nível de resultado esperado, como também programar as atividades para a implementação da melhoria. Essas questões levam à definição do objeto, da razão, do responsável, do custo, do modo, do tempo e do local em que se concretizam e realizam os direitos sociais. Além desses questionamentos, no diálogo institucional ainda se devem definir as cominações necessárias para a pressão psicológica e jurídica no sentido de concretizar os direitos e de imputar responsabilidades pela sua concretização ou realização.

As teorias até aqui abordadas preocupam-se em responder parcialmente a tais questionamentos com a definição de “**quem decide**” (povo, parlamentos, cortes, fórum deliberativo por acordo dirigido pelo Ministério Público), “**o que se decide**” (direitos e políticas), “**como se decide**” (procedimento de uma decisão válida e legítima e os instrumentos de concretização – rodada procedimental e negociação baseada em princípios), “**quando se decide**” (o prazo ou lapso temporal dos efeitos da decisão – retrospectivo, prospectivo ou ambos e o tempo de validade da decisão) e o “**por que se decide**” (razões procedimentais e substanciais que devem ser expostas na decisão). Entretanto, para se alcançar maior especificação (liquidação ou concentração) dos direitos humanos, devem-se adicionar outros questionamentos: “**onde se decide**” (o lugar em que a decisão será proferida, concretizada e cumprida), “**quanto custa a decisão**” (o custo para concretizar e realizar os direitos sociais, que deve constar das legislação orçamentária, se for o Estado) e “**quais as cominações da decisão**” (as consequências jurídicas pelo descumprimento da decisão ou para recomposição do bem lesado). Há uma reformulação do “quem decide”, pois as rodadas procedimentais dirigidas pela instituição ministerial tiram o foco do Parlamento, do Judiciário e do Executivo para centrar-se numa deliberação conjunta e dialogada, que servirá de última palavra provisória, por meio de um acordo deliberativo e fundamentado envolvendo todos os atores políticos responsáveis pela concretização dos direitos sociais. Cabe ao Ministério Público a responsabilidade de dirigir tal procedimento e tornar efetivos tais direitos (SILVA, 2016, p. 194).

Esses elementos questionadores são necessários para que se possam delimitar com a maior clareza possível as obrigações que decorrem dos direitos sociais – apropriação positiva, de tal sorte que o procedimento dialógico institucional conduzido pelo Ministério Público atenda-os da forma mais precisa possível, especificando-os.

O questionamento sobre “quem decide” serve para conferir legitimidade substancial e procedimental<sup>17</sup> ao Ministério Público na condução da rodada procedimental rumo à decisão dialógica e pactuada com os envolvidos. A legitimidade também tem relação com a autoridade. Em uma concepção jurídica, o objetivo é seguir uma norma e o seu sentido (proibir, permitir e obrigar), o que implica o respeito pela igualdade na aplicação de tipos e padrões, pois a igualdade requer que, em casos iguais, sejam adotados iguais padrões ou normas (LOPES, 2006, p. 272-273, nota nº 9).

O conteúdo ou objeto da decisão é a resposta ao questionamento sobre “**o que se decide**”. A definição do conteúdo da decisão que versa sobre direitos tem

<sup>17</sup> A legitimidade substancial é concebida pela atuação ministerial com base em precedentes da Corte e com base na exposição, na persuasão e na deliberação racional e fundamentada dos participantes com base no fórum de princípio, com a preocupação de alcançar a melhor resposta ou o acerto moral momentâneo na decisão que busca concretizar os direitos sociais. A legitimidade procedimental é alcançada com base na tutela jurídica extraprocessual promovida pela instituição ministerial – que defende o interesse público e as demandas sociais (POGREBINSCHI, 2011, p. 165) e tem fundamento nas normas internacionais, constitucionais e legais –, associada a atores políticos que têm representação política por meio do voto popular e participam da rodada procedimental dialógica promovida pelo Ministério Público.

forte impacto na exigibilidade e na executividade do direito, visto que um direito indefinido não tem como ser efetivado. Obviamente que, no diálogo constitucional promovido pelo Ministério Público, o conteúdo da decisão tem muita afeição pela proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, visto que os direitos civis e políticos, no aspecto subjetivo, têm bons elementos de definição para o seu exercício, apesar de alguns casos se revelarem altamente indefinidos.

Examinando as prestações entregues pelo Estado, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 188-206) divide as prestações em direito à proteção<sup>18</sup>, prestações em sentido estrito ou *status positivus socialis*<sup>19</sup> e direito de participação na organização e no procedimento<sup>20</sup>. Entretanto, o principal relevo da dimensão objetiva dos direitos sociais encontra-se nos dois últimos tipos, visto que os direitos sociais são aqueles cuja concretização e realização dependem de providências estatais: a criação e a conformação de órgãos (quem) e de procedimentos (como) indispensáveis a sua efetivação. Isso é necessário para que não haja a desvalorização funcional da Constituição em virtude da inércia, uma vez que a não materialização das exigências constitucionais seria um inaceitável gesto de desprezo pela Carta constitucional e revelaria um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelos significados da Constituição, conforme orientado pelo STF na STA 175.

A legitimidade ministerial funcional ou a sua autonomia constitucional também provém dos passos, procedimentos e instrumentos adotados nas rodadas presididas pelo Ministério Público para responder ao questionamento sobre “**como se decide**”. De fato, na concretização dos direitos sociais, é preciso chegar a uma decisão ou a um acordo válido e legítimo no que diz respeito não só ao conteúdo ou à substância da decisão (*output*), mas também ao aspecto procedimental ou formal (*input*) e consequencialista (*a posteriori*), dado que a efetividade dos direitos sociais provoca um grau acentuado de desacordo que impõe uma dimensão procedimental justa<sup>21</sup> para se fazerem as escolhas que atendam o acordo que se busca conseguir (MENDES, 2011, p. 56). Assim, a rodada procedimental tem o condão de permitir que se alcance um procedimento justo, por comportar a exposição das razões de todos os envolvidos e por chegar a uma decisão cujo conteúdo resulta da participação de todos, de forma que haja uma identificação de todos os participantes com o conteúdo da decisão por ter participado da rodada procedimental e da deliberação tomada

18 São posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que ele o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais (SARLET, 2001, p. 195).

19 Objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e de uma igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado (SARLET, 2001, p. 202).

20 Constitui o direito à emissão de determinadas normas procedimentais e a determinada interpretação e aplicação das normas sobre procedimento (SARLET, 2001, p. 198), o que demonstra o direito à organização ministerial e ao procedimento dialógico dirigido pelo Ministério Público para que se efetivem os direitos sociais.

21 A definição de processo justo compreende um procedimento que concretize os direitos humanos e atenda às garantias processuais fundamentais, à interpretação e à aplicação correta da norma e à apuração verdadeira dos fatos da causa que servem de suporte para a análise da questão (TARUFFO, 2012, p. 141-142). A preocupação com o processo justo também vem da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2012, 2011, 2009, 2008 e 2001), conforme apontado anteriormente. A dimensão de processo justo pela via consensual e o que se refere à interpretação e aplicação correta da norma e à apuração verdadeira dos fatos da causa também são uma preocupação do CPC de 2015, que prevê, entre outras medidas, a possibilidade de os demandantes delimitarem de forma consensual questões de direito e de fato e a necessidade de audiência para sanear consensualmente questões de fato e de direito complexas, em regime de cooperação dos demandantes, nos termos do artigo 357, parágrafos 2º e 3º.

dialogicamente, que também se legitima em razão das consequências constatadas posteriormente na defesa do interesse público primário e das demandas sociais. Os instrumentos procedimentais que mais têm aptidão para responder a esse questionamento são o inquérito civil público, a recomendação e o procedimento promocional de políticas públicas.

O questionamento sobre “**quando se decide**” busca definir o momento em que os efeitos da decisão são sentidos, o tempo de validade de uma deliberação, fixar ou planejar o prazo ou lapso temporal dos efeitos da decisão, seja numa visão retrospectiva (voltado para o passado<sup>22</sup>), seja numa visão prospectiva (voltada para o futuro<sup>23</sup>), seja numa visão que combine ambas as visões, pois muitos direitos sociais necessitam de padrões de concretização e de aplicabilidade no futuro<sup>24</sup>, mas outras situações evidenciam a necessidade de apropriação de bens referentes ao passado<sup>25</sup>.

A exigência da exposição das razões fundamentadas tem base no questionamento sobre “**por que se decide**”. Esse questionamento incide sobre as razões ou os motivos procedimentais e substanciais que fundamentam a decisão para alcançar maior especificação dos direitos sociais. Para compreender melhor a razão, o motivo ou o sentido de uma ação, é necessário explicitar os conceitos de propósito e de sentido, que ajudam a responder à questão sobre o porquê. Propósito é o comportamento que envolve alguma escolha ou intenção, para demonstrar que comportamento humano não é resultado puro e simples de uma reação cega; sentido pressupõe que a pessoa possa dar razões para sua ação. Assim, as razões de uma decisão podem compreender:

---

22 Os direitos individuais homogêneos e os direitos denominados “difusos e coletivos”, quando voltados para a reparação do dano ou a recomposição do bem lesado, têm essa conotação pretérita, a fim de apurar a existência do dano, do nexos etiológico e do quanto de dano cabível para cada beneficiário individual ou coletivo. Para essa circunstância, as indefinições dos direitos estão basicamente preocupadas com a lesão a direitos e a falta de liquidação, com o dano e o nexos; não há preocupação com a indefinição para o futuro, como ocorre quando se trata de fixar padrões de fruição dos bens indivisíveis no futuro, no campo processual ou no campo extraprocessual. No controle de constitucionalidade, a visão retrospectiva tem a intenção de retirar todos os efeitos do ato impugnado, salvo se houver alguma modulação dos efeitos para conservar as consequências geradas ou permiti-las até um certo momento no futuro.

23 A preocupação com o momento de aplicação dos efeitos da decisão voltada para o futuro envolve diretamente os direitos difusos e coletivos com fundamento na ameaça a direitos ou na necessidade de definição de critérios justos e objetivos de apropriação de bens coletivos e indivisíveis que atingem a todos coletiva ou difusamente, considerados de forma prospectiva, momento em que o planejamento e o acordo deliberativo e fundamentado ganham importância.

24 Para Lopes (2006, p. 274-275, nota de rodapé nº 13), a tensão entre passado e futuro submete-se à retórica aristotélica, pois, enquanto a deliberação forense precisa de provas dos fatos passados ou de provas específicas para saber o que houve para então julgar o réu, a deliberação política da assembleia precisa de provas que permitam a previsão de eventos futuros para saber o que é melhor fazer dali para frente.

25 Outro aspecto importante relacionado ao “quando se decide” é o rol dos efeitos de atos normativos pretéritos eivados de inconstitucionalidade. No processo de concretização dos direitos sociais, independentemente do grau de indisponibilidade do conteúdo dos direitos negociados, o Ministério Público pode, à semelhança da modulação dos efeitos de inconstitucionalidade feita pelo STF, modular, por meio do diálogo e do acordo deliberativo e fundamentado, os elementos integrantes do direito, como o prazo, o modo, o lugar e as cominações necessárias à concretização e à realização dos direitos, por expressa autorização, constante do artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, que permite ao Ministério Público, no campo extraprocessual, fazer os interessados assumirem o compromisso de concretização de direitos humanos, mediante cominações, com eficácia de título executivo. Isso pode facilmente ser comparado ou, em certa medida, equiparado ao teor do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que permite ao STF, no campo processual, modular os efeitos de um ato inconstitucional em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, tal como ocorreu no caso Estado do Pará, em que se permitiu a manutenção de servidores sem concurso público até a total concretização da educação indígena.

- a) a explicação histórica, que expõe a intenção concreta de um sujeito determinado em circunstâncias determinadas;
- b) a generalização empírica, que explica as ações levando em consideração o que as pessoas normalmente fazem;
- c) o tipo-ideal, que toma o agente não como uma pessoa que realmente existe ou com base em generalizações, mas como tipos que explicam as ações humanas pela interpretação dos sentidos<sup>26</sup> (LOPES, 2006, p. 268), de tal sorte que, de acordo com as diretrizes do tipo-ideal, mudam-se as razões.

O questionamento sobre “**onde se decide**” concerne à determinação do lugar em que a decisão será proferida, concretizada e cumprida com eficácia. Usualmente o local de deliberação resolutiva provisória de concretização ou de cumprimento está intimamente vinculado ao local da lesão ou da ameaça aos direitos sociais protegidos. A determinação da competência jurisdicional para a proteção dos direitos sociais (coletivos ou difusos) tem como fundamento a fixação da competência no local do dano ou de sua abrangência local, regional ou nacional, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.347/1985 e do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>27</sup>. No âmbito ministerial, a atribuição é definida geograficamente pelas Procuradorias Regionais, Municipais e Geral, dependendo do juízo ou tribunal em que a instituição pode atuar. O diálogo constitucional pode, então, ser objeto de rodadas procedimentais no local do dano, da ameaça ou nos locais que forem atingidos pelos efeitos da lesão ou da ameaça aos direitos sociais.

O questionamento sobre o “**quanto custa a decisão**” ou o custo para concretizar e realizar os direitos sociais é tema bastante controvertido nos tribunais e nas rodadas procedimentais dialógicas conduzidas pela instituição ministerial, sobretudo em razão das teorias da reserva do possível e da impossibilidade de cumprir decisões que não levam em consideração o que é econômica e financeiramente possível de acordo com a lei orçamentária, sem olvidar o atendimento do mínimo existencial, que deve ser harmonizado com as teorias limitadoras da efetividade dos direitos sociais no aspecto fático, financeiro ou orçamentário ou ter prevalência sobre elas (SILVA, 2007, p. 182-192).

O questionamento sobre o custo concerne a uma dimensão econômica e não exclusivamente jurídica. Por isso, não pode ser compreendido integralmente como tipo-ideal do direito (legalidade) que tem a preocupação de condicionar o

26 No aspecto econômico, o tipo-ideal é uma racionalidade que explica e interpreta as ações do ponto de vista do custo-benefício (LOPES, 2006, p. 269).

27 A racionalidade do art. 93 do CDC ocupa espaço importante na definição do juízo competente na tutela coletiva. Levaram em consideração o âmbito de abrangência do dano tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (AgRg na MC nº 13660/PR e CC n.º 112235/DF), quanto o TST, que editou a Orientação Jurisprudencial (OJ) SDI-II nº 130, cuja ementa está assim verbalizada: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI 7347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTIGO 93. I – A competência para a ação civil pública fixa-se pela extensão do dano. II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinge cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma vara do trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a ação civil pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho. IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída”.

comportamento humano de cumprimento da norma. Para compreender a dimensão econômica, deve-se considerar o custo e o benefício, pois tais conceitos econômicos (o preço ou o custo e os benefícios esperados) são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico. Por outras palavras: o tipo-ideal na economia, diferentemente do direito, é uma racionalidade que explica e interpreta as ações do ponto de vista econômico ou sob a ótica do custo ou do benefício (LOPES, 2006, p. 269).

A dimensão econômica de uma deliberação resolutive provisória deve ser avaliada ou criticada também à luz da eficiência ou do custo-benefício (LOPES, 2006, p. 271)<sup>28</sup>, sem olvidar o tipo ideal jurídico para o cumprimento da ordem constitucional. Por essa razão, manda a CRFB, em seus arts. 37, 70 a 74, que a Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedeça, entre outros, aos princípios de legalidade e de eficiência.

O último questionamento acerca das apreciações e avaliações necessárias à tomada de decisão em rodadas procedimentais dirigidas pelo Ministério Público está relacionado às “**cominações da decisão**”, que representam as consequências jurídicas pelo descumprimento da decisão, que não se confunde com a definição de sanção ou penalidade: os três termos estão correlacionados, a cominação é uma espécie do gênero sanção, enquanto penalidade é uma espécie de cominação<sup>29</sup>. Assim, as cominações da decisão podem ser penalidades, multas cominatórias,

28 Deve-se observar que os atos de natureza econômica dos gestores públicos são avaliados pelo princípio da eficiência (custo-benefício) por mandamento constitucional. Inicialmente essa determinação constitucional tinha fundamento no art. 74, II, da CRFB, passando a constar também do art. 37, *caput*, por meio da EC nº 19/1999.

29 Cominação é toda medida coercitiva indireta destinada a atuar na vontade do compromissário como forma de compeli-lo a cumprir as prestações a que se obrigou no acordo (GAVRONSKI; MENDONÇA, 2013, p. 814), caso não concretize e realize os direitos sociais voluntariamente pactuados, motivo pelo qual devem os participantes do diálogo, sob a condução ministerial, identificar a cominação mais adequada para assegurar o cumprimento das obrigações ou a realização dos direitos sociais juridicamente concretizados pelo acordo deliberativo.

Há quem afirme ser dispensável o questionamento da cominação no compromisso firmado entre os participantes da negociação (ou no acordo deliberativo no regime dialógico de concretização dos direitos sociais), em razão do teor do art. 645 do CPC, que autoriza ao juiz fixar de ofício multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual seria tal cominação devida, o que tornaria atualmente a executividade do compromisso de ajustamento de conduta independente das cominações negociadas (GAVRONSKI; MENDONÇA, 2013, p. 816).

Entretanto, essa possibilidade deve ser tomada em regime de exceção por várias razões: em primeiro lugar, a executividade do título a que se submete o acordo de concretização dos direitos humanos, por qualificá-lo como título executivo extrajudicial, é uma cominação legal prevista no próprio § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, que sujeita o descumprimento do acordo à cominação do processo ou à fase de cumprimento jurisdicional das obrigações pactuadas, sem precisar do processo de cognição judicial; em segundo lugar, o cumprimento judicial de uma obrigação advém de um regime de substituição da vontade originária dos envolvidos por um terceiro imparcial denominado juiz, de tal sorte que é possível afirmar que o poder do juiz equivale ao poder que os envolvidos originariamente têm na fase negocial, razão pela qual se mostra imprescindível o atendimento desse quesito, ainda que pelo regime de substituição judicial de vontades; em terceiro lugar, a utilização, na fase de persuasão racional, da hipótese de fixação judicial tardia de multa cominatória, no cumprimento judicial de que trata o art. 645 do CPC, só faz sentido se for a forma de cominação mais adequada ao processo dialógico de concretização dos direitos sociais, revelando-se sem razoabilidade e desproporcional o uso indiscriminado desse meio substitutivo da vontade dos partícipes para a fixação da cominação pelo descumprimento das cláusulas pactuadas e sem que se apresentem os motivos que indiquem ser essa a forma de cominação mais adequada à resolução do problema, visto que esse quesito deve ser enfrentado na rodada procedimental dialógica.

A possibilidade de prescindir da cominação voluntária na rodada procedimental dialógica é excepcional e só se revela admissível se atendidas algumas condições, quais sejam: se a multa for a única fonte de resistência para finalizar o acordo deliberativo, se houver significativo avanço na tutela específica dos direitos coletivos protegidos, se as circunstâncias levarem à conclusão persuasiva de que o compromissário tenha autêntica disposição em cumprir o acordo, se a cominação legal (executividade) e a judicial (art. 645 do CPC) forem as mais adequadas à resolução do problema por meio de acordo deliberativo e se tais circunstâncias forem motivadas.

fiança bancária, seguro, hipoteca, penhor, declaração de nulidade do ato celebrado em contrariedade ao acordo, suspensão de atividades, cassação de alvará, nulidades de atos eivados de vícios desde a origem ou qualquer outra consequência que imponha responsabilidade pelo atendimento dos direitos sociais, pela inibição de violação, pela recomposição do bem violado etc. A previsão normativa para que isso ocorra vem do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, que autoriza o Ministério Público a fazer acordo de concretização de direitos humanos sociais, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, mediante cominações.

Esses questionamentos devem ser objeto de análise e de preocupação nas rodadas procedimentais e nas deliberações resolutivas provisórias de forma direta ou indireta, para garantir a efetividade dessas deliberações. Com efeito, de nada adianta chegar a uma deliberação se são mantidas as indefinições nos elementos que garantem o sucesso do atendimento do direito em conflito: não se sabe quem é o responsável ou a quem atribuir a obrigação (quem – dimensão institucional); o direito ou o conteúdo não está especificado (o que – dimensão jurídica); tampouco estão especificados o prazo estipulado (quando – dimensão temporal), as razões discutidas e fundamentadas (por que – dimensão racional), a forma da decisão e da concretização do direito (como – dimensão procedimental), o lugar de decisão e o local onde o cumprimento pode ocorrer (onde – dimensão geográfica), o custo da decisão e do atendimento dos direitos (quanto custa – dimensão econômica), nem estão previstas as consequências jurídicas necessárias para pressionar o atendimento das normas ou para o caso de descumprimento (cominações – dimensão cominatória).

A desconsideração de qualquer um desses questionamentos leva invariavelmente à ineficácia social dos direitos humanos prestacionais, salvo se, de alguma forma, o responsável pela concretização do direito tenha como responder ao questionamento sobre a inclusão em orçamento, a definição do conteúdo, do responsável etc. Portanto, o enfrentamento desses questionamentos nas rodadas procedimentais e a apreciação das respostas nas deliberações facilitam os atos jurídicos e materiais para que seja alcançada a plena eficácia dos direitos sociais e seja evitada a instauração de novas rodadas procedimentais extraprocessuais – se algum questionamento foi desprezado – ou iniciada a judicialização da demanda – quando constatado o descumprimento do acordo firmado.

O Ministério Público tem uma atuação dialógica forte na deliberação das instituições judiciais<sup>30</sup> e legislativas ou constituintes<sup>31</sup>, com claros exemplos de proteção dos direitos humanos, porém há casos em que esse diálogo foi mitigado ou restrito<sup>32</sup>.

A instituição do Ministério Público também pode dialogar nos processos extraprocessuais que promove, visto que ela dialoga com governos e poderes em todas as esferas, com representantes de interesses coletivos em sentido estrito, tais como associações, partidos políticos e sindicatos, utilizando-se de instrumentos dialógicos, como audiências públicas, inquérito civil público, recomendações, notificações e condução coercitiva de testemunhas e investigados (ou melhor, interessados), para dialogar sobre o significado constitucional e a concretização dos direitos sociais ou coletivos, além de outros.

O resultado desse diálogo é a celebração de um acordo de concretização de direitos humanos (ACDH)<sup>33</sup>, quando for construído entre os envolvidos o acordo deliberativo e fundamentado sobre o significado constitucional, o responsável pela concretização – dimensão institucional, o custo – dimensão econômica, a razão – dimensão racional, bem como sobre a forma – dimensão procedimental, o lugar – dimensão geográfica, a cominação – dimensão cominatória e o prazo –

30 A instituição tem forte atuação quando se trata de convencer magistrados a revogar súmulas e precedentes prejudiciais à proteção dos direitos fundamentais. Um exemplo dessa atuação é a recente alteração da OJ nº 130, do TST, que determinava a competência no Distrito Federal de todas as lides coletivas, se a extensão do dano fosse nacional. Com a alteração, provocada pelo Ministério Público, a demanda pode ser ajuizada em qualquer das capitais do Estado da Federação, o que facilita o acesso ao Poder Judiciário para a proteção da tutela coletiva. Em outro exemplo, o Pleno do TST alterou a redação da OJ nº 350, também por provocação ministerial, para passar a admitir que o MPT questione a nulidade de contrato de trabalho por ausência de concurso público mesmo quando a parte – ente público – não tenha contestado o tema na defesa. Veda, porém, a dilação probatória, ou seja, o aumento do prazo concedido às partes para produzir provas. Antes a redação da referida orientação vedava a manifestação ministerial que questionasse tal nulidade, caso o ente público não tivesse alegado em matéria de defesa, deixando uma porta aberta a conluíus e fraudes nessas questões.

31 O exemplo mais debatido e criticado de diálogo entre a instituição ministerial e o Parlamento ou o poder constituinte garantiu o perfil inovador e moderno à instituição, que iniciou em 1985, com grandes avanços até 1993. Porém, tal processo dialógico foi objeto de duras críticas pela doutrina: os avanços foram atribuídos ao “voluntarismo político” ministerial, pelo qual os integrantes do Ministério Público teriam conferido a si próprios o papel de defensores da sociedade, desenvolvendo ações além de suas atribuições regulares, com o intuito de transcender as fronteiras do sistema de justiça *stricto sensu* e de invadir o mundo da política (ARANTES, 2000, p. 15). Na verdade, o papel do Ministério Público é produto de uma forte atuação ministerial em todos os momentos históricos constituintes e parlamentares, nos quais foram definidas as atribuições ministeriais de tutela coletiva. A ordem constitucional definiu a atual natureza burocrática da instituição, sua atuação como *expert*. Tudo com a concordância parlamentar e do poder constituinte, que, na rodada procedimental constitucional ou legislativa, debateram o tema e concordaram com o conteúdo das normas que erigiram a instituição como *custos juris* e *custos societatis* em defensora do interesse público e das demandas sociais, cabendo-lhe a proteção do regime democrático, da ordem jurídica, dos direitos sociais, além do zelo pelos poderes e pelos serviços garantidores dos direitos constitucionais.

32 É o caso da recente posição do STF que negou legitimidade aos membros de MPU para propor reclamação constitucional, sob o argumento de que essa atribuição é de exclusividade do Procurador-Geral da República, numa clara limitação da atuação ministerial dialógica e difusa perante a Corte Suprema em sede de reclamação constitucional, como se a legitimação para a propositura de reclamação constitucional estivesse adstrita a quem tem legitimidade para atuar perante a Corte (STF. Rcl 5381/AM. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 20 maio 2009. DJe-157. DIVULG 20-08-2009, PUBLIC 21-08-2009, EMENT VOL-02370-02, PP-00371.

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

dimensão temporal para a concretização dos direitos sociais violados ou ameaçados. Entretanto, evidenciada a falta de acordo sobre a concretização dos direitos humanos, a consequência lógica é a judicialização da falta de acordo, para que o Judiciário possa, em regime de substituição aos contendores ou envolvidos, participar do diálogo outrora frustrado na seara extraprocessual. Passa-se, então, após a frustração do diálogo extraprocessual, a discutir a intervenção judicial em políticas públicas ou na concretização dos direitos humanos, especialmente dos prestacionais.

Esse viés de concretização dos direitos humanos é que deve orientar a atuação das Corregedorias de forma fomentar, orientar e apoiar os membros ministeriais atuarem em rodadas procedimentais dialógicas que valerão como última palavra provisória para os direitos humanos sejam realmente fruídos por todos que façam jus após a especificação de seus elementos definidores de concretização, sem olvidar da eliminação da atuação ministerial excessiva ou abusiva.

## 6. CONCLUSÃO

O artigo teve como finalidade precípua demonstrar a necessidade de se lançar um novo olhar à questão da “Atividade Orientadora das Corregedorias do Ministério Público na Concretização dos Direitos Humanos”, com vistas a uma atuação focada nos novos desafios de efetivação dos direitos humanos, abdicando-se de um olhar punitivo e policialesco, voltado para a responsabilização de condutas pretéritas para se debruçar sobre um olhar preventivo, voltado para o desenvolvimento de condutas futuras sob o ângulo de tipo-ideal para especificar os elementos de concretização dos direitos humanos por meio de um raciocínio dialógico, gradual, dinâmico, progressivo e contínuo. E nisso as Corregedorias Ministeriais podem atuar de forma a orientar, fomentar e apoiar os membros e órgãos internos do Ministério Público para que sua missão constitucional de protetor da ordem jurídica, do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis seja efetivamente sentida pela sociedade brasileira.

Assim, as Corregedorias como órgãos de controle interno para averiguação da conformidade das condutas dos agentes políticos ministeriais de acordo com as normas jurídicas devem se voltar para atuações dialógicas, prévias ou concomitantes às atuações dos agentes públicos a fim de orientar e apoiar um olhar para o futuro ou ações planejadas para identificação dos elementos necessários à concretização dos direitos humanos, que por serem muito genéricos não se efetivam sem a individuação de seus elementos.

As teorias do diálogo podem justificar a atuação das Corregedorias de forma passiva nas atuações dos membros que atuam concretizando direitos humanos e de forma ativa nas omissões ministeriais para esse fim ou em caso de exagero na atuação dos membros de forma a permitir que os direitos humanos sejam concretizados e realizados sem demora ou excessos abusivos.

Isso permite que os instrumentos de atuação das Corregedorias se façam presentes por meio de diálogo intraministerial na busca dos melhores fundamentos de concretização dialógica constitucional e interinstitucional com os demais atores políticos e sociais. Nesse sentido, mostra-se imprescindível orientar, fomentar e apoiar os membros ministeriais a buscar e especificar todos os elementos necessários dos direitos humanos com o objetivo de alcançar acordos deliberativos com vigência provisória para a concretização e realização dos direitos humanos, que têm características desafiadoras por serem direitos genéricos e indivisíveis e compreendendo relações indeterminadas, contínuas, graduais, progressivas e dinâmicas.

A atuação das Corregedorias deve ter como foco a celebração de um acordo de concretização de direitos humanos, quando for construído entre os envolvidos o acordo deliberativo e fundamentado sobre o significado constitucional atendendo aos vários aspectos de especificação dos direitos humanos em sua dimensão institucional, econômica, racional, procedimental, geográfica, cominatória e temporal para a concretização dos direitos humanos violados ou ameaçados. Uma vez evidenciada a falta de acordo sobre a concretização dos direitos humanos, a consequência lógica é a judicialização da falta de acordo, para que o Judiciário possa, em regime de substituição aos contendores ou envolvidos, participar do diálogo outrora frustrado na seara extraprocessual. Passa-se, então, após a frustração do diálogo extraprocessual, a discutir a intervenção judicial em políticas públicas ou na concretização dos direitos humanos, especialmente dos prestacionais.

Esse viés de concretização dos direitos humanos é que deve direcionar a atuação das Corregedorias de forma a orientar, fomentar e apoiar os membros ministeriais a atuarem em rodadas procedimentais dialógicas que valerão como última palavra provisória para que os direitos humanos sejam realmente fruídos por todos que façam jus, após a especificação de seus elementos definidores de concretização, sem olvidar da eliminação da atuação ministerial excessiva ou abusiva. Essa perspectiva atende ao mapa estratégico do CNMP, à Resolução nº 118/2015 do CNMP, da Carta de Brasília de 22 de setembro de 2016, do CPC de 2015 e da Lei de Mediação e Arbitragem.

## 7. REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: FAPESP, 2000.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 71, n. 3, p. 1109 -1180, 2006.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs Merrill, 1962.

BUZZEL, Sid (Org.). *Bíblia do executivo: nova versão internacional*. Tradução de Valdemar Kroker. São Paulo: Vida, 2004.

CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990, Term, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., v. 105, p. 80-151, 1991.

COENEN, Dan T. A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue. *William and Mary Law Review*, Williamsburg, v. 42, n. 5, p. 1575-1870, maio 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do procurador da República: teoria e prática*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

HIEBERT, Janet L. *Limiting Rights: The dilemma of Judicial Review*. Montreal: McGill-Queen's University, 1996.

\_\_\_\_\_. *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?* Montreal: McGill-Queens University, 2002.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures. *Policy options*, v. 20, p. 19-22, April 1999a.

\_\_\_\_\_. Reply to "Six Degrees of Dialogue". *Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, n. 3, p. 529-536, 1999b.

KATYAL, Neal Kumar. Justices as Advicegivers. *Stanford Law Review*, v. 50, 1997.

LAROUSSE, Ática. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Paris: Larousse. São Paulo: Ática, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. O Ministério Público e as novas técnicas de atuação na defesa dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JUNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 335-374.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando de Atria. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137-176.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Lino Martins da. *Controle como fiscalização uma metáfora sem conteúdo*. Disponível em: <<https://linomartins.wordpress.com/2012/11/07/o-controle-como-fiscalizacao-uma-metafora-sem-conteudo/>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça probatória: negativa de tutela jurisdicional como consequência de negativa de convicção judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 37-68, jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2001.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. 24. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5.

WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. *North Carolina Law Review*, v. 80, n. 3, p. 773-851, 2001.