

A JURISDIÇÃO E SEU NOVO ENFOQUE CONSTITUCIONAL:

Ensaio de novos entes dotados de Jurisdição *

** Fernando Cesar Bolque

Sumário: 1. A jurisdição no seu aspecto tradicional; 2. Um ensaio sobre a análise constitucional da jurisdição; 3. Conclusões; e 4. Bibliografia.

Resumo:

No presente estudo o autor analisa o conceito tradicional de jurisdição firmando o Poder Judiciário como o ente, por natureza, para dizer o direito.

Entretanto, à luz do texto constitucional, o autor analisa o conceito de jurisdição afirmando que outros entes também dispõem da capacidade de dizer o direito.

Posteriormente, chegando ao ponto central do texto, afirma da possibilidade do Ministério Público também exercer jurisdição, isto com base em análise constitucional, como o da privatividade da ação penal pública, da tutela dos interesses difusos e coletivos, da privatividade do inquérito civil, entre outros.

1. A jurisdição no seu aspecto tradicional

1.1 – Histórico

Em primeiro lugar urge observarmos que a sociedade, tal como hoje a vemos, não possuía a mesma feição há tempos atrás.

Nos primórdios da sociedade, segundo *Jean Bodin (Os Seis Livros da República)*, não havia verdadeiramente um Estado, posto que este era embasado nas leis da natureza, sendo que, se houvesse um soberano, este era apenas subordinado a estas leis.¹

Historicamente, segundo Paulo de Tarso Brandão, foi *Montesquieu* quem afirmou que *o indivíduo, antes do Estado, não teria outro sentimento que não a consciência de sua fraqueza*, sendo que os homens eram iguais no medo. Assim, visando apaziguar este medo e diante de suas necessidades, os homens constroem o chamado *pacto social*, firmando posteriormente a instituição do Estado.²

Mesmo com a concepção histórica de Estado, facilmente podemos perceber que as preocupações dos homens eram eminentemente individualistas, preocupados basicamente com a resolução de problemas pessoais ou, no muito, grupais.

Isto perdurou com o desenvolvimento da sociedade, bastando lembrar a idéia dos feudos, onde os senhores proprietários das terras eram soberanos, inclusive decidindo a sorte de seus camponeses.

Mesmo com o surgimento da Revolução Francesa e seus ideais de igualdade, solidariedade e fraternidade, as pessoas ainda pensavam bastante no individual, posto que a idéia de respeito absoluto ao indivíduo foi a marca característica da Revolução.³

Assim, eventuais lides instituídas no âmbito destas relações individuais, eram resolvidas, a princípio, pela chamada *lei do mais forte*, conhecida historicamente como o período da *autotutela*, caracterizada ora pela submissão do mais fraco ao anseio do mais forte, ora pela composição entre as partes envolvidas.

Entretanto, este sistema não era obviamente o mais adequado para resolução destes conflitos, sendo que aos poucos vai surgindo a idéia da intervenção de uma figura estranha a ele para a sua resolução.

Temos aí o primeiro resquício do que hoje conhecemos como *jurisdição*. Obviamente que esta intermediação não era, pelo menos no primeiro momento, feita por representantes do Estado, isto porque a jurisdição passou por fases distintas, mas não estanques entre si.⁴

A história conta que em meados do século II a.C., já havia uma idéia de Estado interveniente nas relações sociais. Não que esta interferência fosse obrigatória e compulsória. Pelo contrário, não havia a idéia de intervenção obrigatória do Estado. Este só intervinha quando as partes assim o quisessem.

Por esta razão, primeiro houve o desenvolvimento de uma espécie de Jurisdição voluntária, onde as partes procuravam um *pretor* e comprometiam-se a aceitar a decisão imposta. Depois, este *pretor* passava a incumbência de resolver o conflito a um *árbitro* de sua confiança.

Com o surgimento da função legislativa pelo Estado (também aproximadamente no século II a.C.), com a instituição da Lei das XII Tábuas, o *pretor* passou a tomar para si a função de resolver os conflitos, inclusive prolatando a sentença. Foi a época da passagem da Justiça privada para a Justiça pública.

No Brasil, desde o surgimento de nossa primeira Constituição, a do Império, a jurisdição possui ordenamento.⁵

¹ Apud BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2ª edição, 1998, p. 17.

² Op. Cit., p. 21.

³ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo, FRONTINI, Paulo Salvador e MILARÉ, Édis. *Ministério Público, Ação Civil Pública e Defesa dos Interesses Difusos*, inserto em *Justitia* 131/263. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público e Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, 1985.

⁴ Cf. CINTRA, Antonio C. Araújo, DINAMARCO, Cândido R. e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 7ª edição, 1990, p. 27.

⁵ A Constituição de 25 de março de 1824 cuidava da jurisdição no título 6º.

De antemão é bom que se diga que a idéia de jurisdição é umbilicalmente ligada à idéia de *soberania*, posto que esta sempre vem com a marca da oposição.⁶ Aliás, Maquiavel já afirmava que *o príncipe ou a república que desde o início não pôde afirmar perfeitamente o seu poder, deve aproveitar a primeira oportunidade para fazê-lo.*⁷

O mestre Dallari afirma que o conceito de soberania não é tão simples como parece, havendo um cem número de conceituações, quase todas ligadas à conveniência.⁸

Entretanto, sustenta que a soberania pode ser concebida de duas maneiras: como sinônimo de *independência* ou na idéia de *poder jurídico mais alto*. A primeira se *apóia no poder de fato que tenha o Estado, de fazer prevalecer sua vontade dentro de seus limites jurisdicionais* e a segunda *significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica.*⁹

Como afirma Olavo de Oliveira Neto¹⁰, *vivendo o homem em sociedade, nota-se que certos indivíduos titularizam determinados poderes sobre o destino do grupo. Está aí, a grosso modo, a gênese da soberania dos Estados, representada pela quantidade e qualidade do poder que detêm. Esse poder do Estado, que é emanção de sua soberania, caracteriza-se por ser uma unidade, embora possa ser exercido de maneiras diferentes. Isto é, o poder é uno, mas pode ser exercido mediante atos que têm natureza diversa.*

Obviamente que para nós, dentro dos limites estritos deste trabalho, interessa-nos a idéia de soberania como independência, posto que isto é que se relaciona com a jurisdição.

Por outro lado, não é demais lembrar que a soberania constitui-se um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 1º, inc. I, da Carta Magna.

1.2 - O conceito tradicional de jurisdição: O Poder Judiciário como órgão nato de jurisdição

Neste tópico iremos desenvolver a idéia do conceito tradicional que a jurisdição possui entre nós.

Assim, a doutrina afirma que a jurisdição *é a função que consiste, primordialmente, em resolver os conflitos que a ela sejam apresentados pelas pessoas, naturais ou jurídicas (e também pelos entes*

Art. 151 – O Poder Judicial é independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

Art. 152 – Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000, 21ª edição, p. 75.

⁷ MAQUIAVEL, Niccoló. *O Príncipe*. Tradução de Antonio D'Elia. São Paulo: Cultrix, 1976, p. 37.

⁸ Op. Cit., p. 74.

⁹ Op. Cit., p. 84.

¹⁰ Cf. *Conexão por Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 12.

*despersonalizados, tais como o espólio, a massa falida e o condomínio), em lugar dos interessados, por meio da aplicação de uma solução prevista pelo sistema jurídico.*¹¹

De forma mais abrangente, o mestre italiano *Giuseppe Chiovenda* afirmava quanto ao conceito de jurisdição:

*... função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva.*¹²

Na jurisdição, própria de um Estado de Direito, o Estado manteria órgãos distintos e independentes, desvinculados e livres da vontade das partes, os quais, imparcialmente, deteriam o poder de dizer o direito e constranger o inconformado a submeter-se à vontade da lei.

Ocorre que a jurisdição é, no dizer de Moacyr Amaral Santos, *função do Estado desde o momento em que, proibida a autotutela dos interesses individuais em conflito, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida.*¹³

Podemos afirmar que modernamente a jurisdição deve ser entendida como uma das funções do Estado, função esta relativa à capacidade que detêm o Estado de dirimir os conflitos que a ele são apresentados.

Assim não concordamos com parte da doutrina quando afirma que a jurisdição é um poder do Estado, posto que aquele é uno, representando a sua própria soberania.

Veja que até aqui estamos apenas tratando do que chamamos de *conceito tradicional de jurisdição*, isto porque, como veremos a seguir, entendemos que outros entes também detêm jurisdição.

Não é difícil imaginarmos que diante desta conceituação, a jurisdição somente pode ser exercida pelo Poder Judiciário, conforme a clássica distinção entre os “poderes” estatuídos pela Constituição Federal.

Aliás, a Carta Magna estabelece no seu artigo 2º que *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Ratificando o dito acima no sentido de que estas informações até aqui alinhadas dão azo ao entendimento de que somente o Poder Judiciário poderia exercer a jurisdição, temos as seguintes características já alinhadas desde *Chiovenda*:

- a) caráter substitutivo da jurisdição; e
- b) escopo de atuação do direito.

A primeira característica significa que o Estado, por meio de seus agentes, substitui a vontade das partes e aplica a lei ao caso a ele exposto. Não é possível às partes dizer quem tem a razão, sendo que *a única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substitui a das partes.*¹⁴

¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coordenador). *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: RT, vol. 1, 2ª edição, 1999, p. 38.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. Tradução do original italiano – 2ª edição, por Paolo Capitanio. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, volume 2, 1998, p. 8.

¹³ Cf. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 1º volume, pág. 67.

¹⁴ Op. Cit., p. 116.

Alguns raros casos de autotutela são permitidos pela lei, como a hipótese do desforço imediato ou da venda de objetos depositados. Além disso, a autocomposição é permitida por força da arbitragem, tópico que será analisado posteriormente.

A segunda característica ditada por *Chiovenda* diz respeito ao *escopo de atuação do direito*. Significa *garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecida pela imposição da vontade do Estado*.¹⁵

Ora, aliada a estas duas características, vem *Carnelutti* e afirma que somente haveria tipicamente jurisdição quando houvesse efetivamente uma lide, esta no sentido clássico de *conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida de uma das partes*.

Além disso, os doutrinadores sustentam que a inércia é tipicamente um atributo da jurisdição, posto que segundo o art. 2º do Código de Processo Civil, *nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais*.

Por outro lado, a definitividade também é atributo clássico da jurisdição, posto que somente os atos jurisdicionais – melhor seria judiciais – não podem ser revistos ou modificados, havendo, inclusive, proteção constitucional para tanto.¹⁶

Assim, podemos concluir, sem sombra de dúvidas, que esta idéia tradicional de jurisdição, somente pode ser realizada pelo Poder Judiciário, posto que ele *substitui a vontade das partes* através da *atuação do direito*, mediante provocação das partes (*inércia*) e de forma *definitiva*.

¹⁵ Op. cit., p. 117.

¹⁶ Art. 5º, inc. XXXVI, da Carta Magna.

2. Um ensaio sobre a análise constitucional da jurisdição

2.1 – Outros entes dotados de jurisdição

Entretanto, não obstante as conclusões acima lançadas, certo que devemos ter a coragem de enfrentar alguns dogmas, entre os quais, a de que somente o Poder Judiciário exerce a *jurisdição*.

Como dito no capítulo I, porque tivemos um grande período de ditadura militar onde os direitos e garantias individuais eram apenas panos de fundo para a repressão, não temos ainda, mesmo nos dias atuais, o costume de formular interpretações jurídicas baseadas na Constituição Federal.

Tanto é verdade que a Emenda nº 01, de 1969 *dispunha primeiramente sobre a estruturação do Estado (sua organização e seus “poderes”) e somente no Título II dispunha sobre a chamada “Declaração de Direitos”, denotando de sua estruturação, que o mais importante era o Estado e somente depois vinha o cidadão individualmente considerado.*¹⁷

Entretanto, a partir da Constituição Federal de 1988, que instituiu um Estado Democrático de Direito, baseado na *dignidade da pessoa humana*, devemos ter em mente que a Carta Magna é norte para toda interpretação jurídica.

Antes, porém, é imperioso destacarmos a seguinte passagem da clássica obra de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco:

*Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, **poder, função e atividade**. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.*¹⁸ (grifos no original)

O que nos interessa é a jurisdição como *função*, expressando, como dito acima, *o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo*.

Ora, os eminentes processualistas da Escola Paulista de Processo, afirmam textualmente que a jurisdição, enquanto função, representa o encargo dos órgãos, visando a pacificação social. Seria de indagar-se:

¹⁷ BOLQUE, Fernando Cesar. As decisões da Corregedoria e o princípio do Juiz Natural. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público. [APMP]*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, nº 38, 2001.

¹⁸ Op. Cit., p. 116.

que órgãos detêm este encargo? E a resposta, com base na introdução acima, só pode ser encontrada na Constituição Federal.

É verdade: a Constituição Federal não afirma que **somente** o Poder Judiciário é que detém jurisdição enquanto função.

É certo que o art. 5º, inc. XXXV, quando trata do chamado *princípio do acesso à justiça*, diz que *a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Entretanto, não menos certo que este mesmo texto constitucional afirma, *in verbis*:

Art. 5º -... omissis

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

...

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ora, quando o inc. LIII do art. 5º proíbe o *processamento* senão pela autoridade competente, podemos certamente fazer um paralelo com o disposto no art. 129, inc. I, da C.F., quando afirma que uma das funções institucionais do Ministério Público é *promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*. Quem processa alguém pelo cometimento de um crime cuja ação penal é pública, senão exclusivamente o Ministério Público?

Além disso, quando o inc. LV diz que *aos litigantes* – veja que já lança a idéia de lide como conflito de interesses – *em processo judicial ou administrativo* já nos dá a óbvia idéia de que há processo que não apenas dirigido ao órgão judicial, posto que pode haver a chamada “lide administrativa”.

Assim, sem medo de errar, podemos afirmar que não apenas o Poder Judiciário detém jurisdição enquanto função do Estado. Não podemos nos esquecer que *o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem-comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a pacificação com justiça*.¹⁹

Há mais: a própria Constituição Federal atribui jurisdição a outros entes, ora afastando da apreciação do Poder Judiciário, ora atestando que decisões de outros entes possuem funções específicas no processo, como iremos ver a seguir.

2.1.1 – A “jurisdição popular”

Não é desproposital afirmar que há hipótese de *jurisdição popular*.

Sim: a Constituição Federal afirma no seu artigo 5º, inc. XXXVII:

XXXVII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei...

¹⁹ Cf. GRINOVER *et all*, op. cit., p. 39.

Ora, o júri é tipicamente uma hipótese em que a própria comunidade, por meio de cidadãos de ilibada conduta, efetua o julgamento de um par, isto em face do cometimento de um crime doloso contra a vida, tentado ou consumado.

A instituição do júri possui origem anglo-saxônica, *apontando-se seu caráter místico e religioso, pois tradicionalmente constituído de doze membros em lembrança dos doze apóstolos que haviam recebido a visita do Espírito Santo.*²⁰

Atualmente o Tribunal do Júri é formado por vinte e um cidadãos, escolhidos dentre as pessoas da comunidade, sendo presidido por um juiz togado. Na sessão plenária, são sorteados os sete jurados que formarão o *conselho de sentença*.

Este *conselho de sentença* possui função tipicamente jurisdicional, posto que a decisão por ele proferida é soberana, não podendo ser modificada. Denota ainda mais este caráter jurisdicional através da restrição ao uso dos recursos processuais.

Em se tratando de decisão do júri, somente será cabível recurso de apelação quando houver alguma nulidade ou na hipótese de julgamento absolutamente contrário à prova dos autos.

Mas mesmo nestas hipóteses, a decisão daquele colegiado é intocável, sendo que haverá necessidade de novo julgamento novamente pelo Tribunal do Júri, agora obviamente com outro conselho de sentença.

2.1.2 – Transgressões militares

Quando trata da prisão, a Constituição Federal afirma que ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz, *salvo nos casos de transgressões militares ou crime propriamente militar*.

Nesta hipótese, temos que a prisão pode ser determinada não apenas pelo Poder Judiciário enquanto órgão responsável pela aplicação da lei e a substituição da vontade das partes.

A autoridade militar também pode determinar a prisão dos militares em casos de simples transgressões administrativas militares. Ora, não estará a autoridade militar demonstrando o próprio poder de impor e determinar o cumprimento de sua decisão mediante a substituição da vontade das partes e de forma definitiva, já que nem cabe *habeas corpus* para tanto? Ademais, não é forma também de pacificação social mediante a *realização do direito justo e através do processo*?

A meu ver a resposta é positiva. Portanto, a autoridade militar, nesta hipótese, também exerce jurisdição.

²⁰ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 87.

2.1.3 – Administração fazendária e fiscal

Dispõe o art. 37, inc. XVIII que a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei. (grifo nosso)

É sabido que a administração pública possui os chamados Tribunais de Impostos e Taxas, sendo que suas decisões formam, inclusive, jurisprudência própria.

Desta forma, a própria Constituição Federal admite que esta administração fazendária e fiscal possui competência e jurisdição, no sentido de determinar que suas decisões têm a função de pacificação social através da imposição e substituição da vontade das partes.

2.1.4. – Perda de cargo de servidor público estável

Atribui a Carta Magna a possibilidade de perda de cargo ao servidor estável apenas na hipótese de decisão judicial ou *mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa*.²¹

Mais uma vez podemos identificar a jurisdição atribuída a outro órgão senão o Poder Judiciário.

2.1.5 – Função jurisdicional do Poder Legislativo

É certa que ao lado das funções típicas do Poder Legislativo, qual seja, a função de criar mandamentos abstratos para o regramento social, possui este “poder” também a função jurisdicional ligada à hipótese de processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns e de responsabilidade, além das demais autoridades elencadas nos arts. 51 e 52 da Magna Carta.

À Câmara dos Deputados compete autorizar a instauração do processo, sendo que ao Senado compete o processamento e julgamento dos crimes.

²¹ Art. 41, § 1º, inc. II, da C.F.

2.1.6 – Tribunal de Contas

Órgão auxiliar do Poder Legislativo que é, tem o Tribunal de Contas a incumbência constitucional de *julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta*, além das demais entidades elencadas no inc. II, do art. 71.

Como é cabível ao Tribunal de Contas julgar, sinal que detém jurisdição no sentido de substituição da vontade das partes, mediante imposição de sua vontade de forma imperativa.

Como marca característica deste seu poder jurisdicional, não se pode olvidar que *as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo*, nos termos do art. 71, § 3º, da C.F.

Ora, é óbvio que o Tribunal possui jurisdição, tanto que suas decisões não precisam passar pelo Poder Judiciário para que este *declare* e forme título executivo da imputação daquele débito. A própria Constituição adianta-se e afirma neste sentido.

2.1.7 – Justiça Desportiva

Talvez como demonstração inequívoca de manifestação cultural de nosso povo, a Constituição Federal atribui valor inestimável ao desporto, tanto que cria a chamada Justiça Desportiva.

Afirma que fica excluída da apreciação do Poder Judiciário questão relativa ao desporto senão forem esgotadas as instâncias da justiça desportiva.²²

Além disso, demonstrando mais uma vez que ela possui jurisdição, afirma que *a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.* (grifo nosso)

Ora, possui processo e sua decisão tem força vinculativa, excluindo, como dito, a apreciação do Poder Judiciário.

2.1.8 – A arbitragem

A arbitragem está entre nós por força da Lei 9.307/96, podendo ser conceituada como *a instituição pela qual as partes confiam a terceiro, livremente designado por elas, a missão de solucionar suas controvérsias.*²³

²² Art. 217, § 1º, da C.F.

Dispõe o art. 18 de referida lei que *o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.*

Por força deste comando normativo, a doutrina pontifica que:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito a caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de “sentença”, que tem qualidade de título executivo judicial (CPC 584 III), não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial, sendo passível de embargos do devedor com fundamento no CPC 741 (título judicial), segundo a Larb 33 § 3º.²⁴

2.2 – O Ministério Público como ente dotado de jurisdição

Guardião do Estado Democrático de Direito que é ²⁵, mereceu o Ministério Público destaque à parte nesta monografia, tamanha a sua importância no atual estágio da sociedade.

Já dizia Calamandrei:

Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica a objectividade sem paixão do magistrado.²⁶

²³ BOISSÉSON, Matthieu. *Lé droit français de l'arbitrage interne et international*. Paris: Gide Loyrett Nouel Joly, 1990, p. 5, *apud* Tarcisio Araújo Kroetz. *Arbitragem – Conceito e pressupostos de validade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 19.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1300.

²⁵ Diz o art. 127 da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

²⁶ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7ª edição. Lisboa: Clássica, 1985. Tradução de Ary dos Santos.

É certo que a instituição do Ministério Público fortaleceu-se de forma avassaladora a partir da Constituição Federal de 1988 ganhando, em consequência, atribuições das mais diversas e também inimigos algozes.²⁷

Antes da Carta Magna atual, as funções do Ministério Público eram consideradas um misto entre administrativas e judiciárias, havendo uma confusão se o mesmo pertenceria ao Poder Executivo ou ao Poder Judiciário, sendo que sua participação no processo era basicamente como autor da ação penal pública e como fiscal da lei em processos civis de pouquíssima repercussão social.

Entretanto, a Constituição Federal destacou-o de todos os poderes, atribuindo-lhe a missão, como já dito, de guardião do Estado Democrático de Direito que a própria Carta instituiu. Disse ainda que lhe incumbe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Desta forma, não é possível colocar o Ministério Público como pertencente a qualquer dos poderes, posto que por meio de sua atuação será possível a fiscalização de todos os demais.

Além disso, garante a Carta Maior ao Ministério Público... *autonomia funcional e administrativa*,²⁸ sendo que o próprio órgão *elaborará sua proposta orçamentária*.²⁹

A par desta situação constitucional, também é lícito afirmar, na linha de desdobramento das conclusões acima, que o *parquet* também é ente dotado de jurisdição.

Ora, a clássica afirmação de que jurisdição significa *jures dicere pode* ser facilmente adaptada à situação ministerial, conforme será lançado nos tópicos seguintes, visando demonstrar que as atribuições do *parquet* são caracterizadas pelo manto da jurisdição.

Tal análise é importante a fim de *projetar o Ministério Público do futuro, fundados na análise sistemática e teleológica de sua atual disciplina constitucional*.³⁰

2.2.1 – A ação penal pública

É certo que a Constituição Federal estabeleceu no seu artigo 5º, inc. LIII que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*.

Ao estabelecer referido dispositivo no texto constitucional, os doutrinadores sustentam que o mesmo instituiu um dos pilares do chamado *princípio do juiz natural*.

Entretanto, peço vênia para aqui afirmar que este dispositivo também traz em seu bojo o chamado *princípio do promotor natural*.

É que a mesma Carta Constitucional estabelece em seu art. 129, inc. I, o seguinte:

²⁷ A respeito, confira esta passagem do prefácio da obra Ministério Público – Instituição e Processo, editora Atlas, 2ª edição, 1999, tendo como coordenador Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz: “O Ministério Público brasileiro recebeu na Constituição Federal de 1988 uma conformação institucional e um status político sem paradigma em todo o mundo”.

²⁸ Art. 127, § 2º, C.F.

²⁹ Art. 127, § 3º, C.F.

³⁰ CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de (organizador). *Ministério Público – Instituição e Processo*, inserto no prefácio. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 16.

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Quando a Constituição estabelece que *ninguém pode ser processado... senão pela autoridade competente* e ainda quando afirma que uma das funções do Ministério Público é promover, somente ele, a ação penal pública, logo podemos concluir, sem sombra de dúvidas, que aqui se estabeleceu o princípio do *promotor natural*, este entendido como uma *garantia assegurada à independência e imparcialidade da justiça, destinada a proteger o interesse público geral*.^{31 32}

A par destas considerações e tendo sempre em mente que a ação penal pública é exclusividade do Ministério Público, proibindo-se que qualquer outra autoridade³³ venha a propô-la, entendemos que a instituição exerce jurisdição.³⁴

Um outro argumento reforça este nosso entendimento: o controle do arquivamento do inquérito policial é de exclusividade da instituição, embora com a regra do art. 28, do Código de Processo Penal.

Se o representante do Ministério Público, após a análise dos autos do inquérito policial entender por bem arquivá-lo, esta sua decisão é soberana, não cabendo o controle de tal análise a ninguém mais a não ser pela própria instituição.

Ora, poderão alguns alegar que se o juiz não concordar com esta decisão, poderá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para re-análise.

Correto. Mas quem irá dar a última palavra a respeito de tal circunstância? O próprio Ministério Público. Tanto que se o Procurador-Geral de Justiça entender que o arquivamento foi a melhor solução, determinará a devolução dos autos ao juiz para que este proceda desta forma, não lhe cabendo mais nenhum outro expediente discordante.

Assim, a última palavra a respeito da propositura ou não de uma ação penal pública é feita *interna corporis*, cabendo ao próprio Ministério Público exercer a jurisdição neste aspecto.

³¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4ª edição. São Paulo: RT, 1997, p. 62.

³² Aliás, este também é expressamente a opinião do Professor Nelson Nery Júnior na sua clássica obra *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 4ª edição, RT, 1997, p. 84.

³³ Não podemos nos esquecer que a própria Constituição Federal estabelece no seu art. 5º, inc. LIX a possibilidade da ação penal privada subsidiária da pública, da mesma forma que o art. 29, do Código de Processo Penal. Entretanto, temos que conciliar a afirmação anterior com esta possibilidade: a ação não deixa de ser pública, de exclusiva titularidade do Ministério Público. Tanto que o cidadão poderá propor uma ação, mas que será privada, mediante queixa-crime, que é o instrumento processual adequado à espécie. Além disso, o Ministério Público poderá aditar a mesma, rejeitá-la e a todo o momento retomar a titularidade do processo. Este instituto serve como freio e contrapeso à função jurisdicional exercida pelo *parquet*, não podendo o cidadão ficar à mercê da eventual desídia do órgão ministerial.

³⁴ É certo que sob a égide da Emenda Constitucional nº 01/69, o juiz ou o delegado de polícia podiam iniciar a ação penal nos chamados processos contravencionais, isto à luz da Lei nº 4611, de 02 de abril de 1965, que regulava o procedimento *judicialiforme*. Este procedimento, é certo, já era considerado por parte da doutrina como inconstitucional, posto que feria pelo menos o princípio do juiz natural, antes também constitucionalmente assegurado. Ora, como poderia o magistrado, ele próprio, iniciar a ação penal, instruir o processo e após lançar a sentença?

2.2.2 – “O Ministério Público e a Justiça Consensual”³⁵

2.2.2.1 – A transação penal

A Carta Magna estabeleceu no artigo 98, inc. I, a seguinte determinação:

Art. 98 – A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Com base na esta ordem constitucional surgiu em 1995 a lei 9099, conhecida como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Esta lei, de caráter eminentemente despenalizador, tinha a função de desburocratizar o acesso à justiça, tornando a ação penal mais célere, isto quando necessária.

O comando constitucional determinava a criação de juizados especiais para a conciliação e o julgamento das chamadas *infrações penais de menor potencial ofensivo*. E foi o artigo 61 da lei 9099/95 que o definiu, dizendo, *in verbis*:

Art. 61 – Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Quais os efeitos desta lei para as chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo? A princípio são aqueles informados pelo art. 72 da mesma lei, qual seja, a realização de audiência preliminar visando a composição civil dos danos e a *proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade*.

Nesta *proposta de aplicação imediata da pena* é que surge a função jurisdicional do Ministério Público, como novo ator da chamada *justiça consensual*.

O artigo 76 do diploma em questão afirma que:

³⁵ Este título foi lançado pelo professor Antonio Scarance Fernandes num artigo por ele publicado na obra coletiva denominada *Funções Institucionais do Ministério Público*, tendo como organizadores Airton Buzzo Alves, Almir Gasques Rufino e José Antonio Franco da Silva, Saraiva, 2001, p. 153.

Art. 76 - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

Veja que a possibilidade da transação penal é faculdade exclusiva do Ministério Público em se tratando de ação penal pública. Se se cuidar de ação penal privada, aí a possibilidade de transação - para aqueles que entendem possível a transação na ação privada, o que não é nosso caso - passa ao ofendido ou seu representante legal.

Esta questão foi bastante discutida pela doutrina assim que surgiu a lei, uns entendendo que a transação penal é direito subjetivo do réu, cabendo obrigatoriamente ao Ministério Público, presentes os requisitos legais, oferecer a transação penal. Outros sustentavam que não era direito subjetivo, estando limitado por política criminal a ser exercida pelo órgão ministerial. Particularmente entendo que se estiverem presentes *todos* os requisitos determinados pela lei, não pode o Ministério Público, simplesmente, negar-se à transação.

Mas a questão que nos interessa não se circunscreve neste ponto. A questão é: se uma vez negada a transação penal pelo Ministério Público, poderia o juiz fazê-la de ofício?

Uns entendiam que sim, já que se cuidava de direito subjetivo do réu (argumento acima), outros que não, posto que a lei é clara ao afirmar que isto é exclusivo do Ministério Público.

Neste ponto podemos citar a seguinte passagem da doutrina:

Mas uma reflexão mais profunda nos leva à conclusão de que a solução alvitrada pode parecer sedutora, mas faz tabula rasa do princípio da aplicação consensual da pena e violenta a autonomia da vontade do acusador.

Na hipótese do art. 76, foi corretamente afastada porquanto configuraria, por certo, atribuição ao juiz de poderes equivalentes aos da movimentação ex officio da jurisdição, hoje proibida em nível constitucional para a ação penal pública (art. 129, I, CF) e banida pela própria Lei 9099/95, que quis revogar expressamente a Lei 4611, de 02 de abril de 1965.³⁶

Muito bem, entendendo portanto que não cabe ao juiz propor a transação penal *ex officio*, a pergunta que surge é óbvia: então como fica a hipótese de negativa feita pelo *parquet* em transacionar e a discordância do juiz quanto a tal necessidade?

A melhor solução também foi lançada pelos autores da obra acima, na qual afirmam que *consiste ela na aplicação analógica do art. 28 do CPP.*³⁷

E aí caímos mais uma vez na observação lançada no item 3.2.1 quando afirmamos que o controle jurisdicional sobre o arquivamento do inquérito policial é feito pelo próprio Ministério Público, independentemente da participação judicial.

³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais – comentários à Lei 9099, de 26.09.1995*. São Paulo: RT, 1995, p. 126.

³⁷ *Idem*, p. 126.

É claro, posto que se o órgão de primeira instância negar-se a transacionar, deve o juiz remeter os autos com os motivos de sua discordância ao chefe da instituição. No caso, o Procurador-Geral de Justiça irá analisar e determinar ou o arquivamento ou que outro Promotor de Justiça lance a proposta em seu nome, ou seja, por delegação.

Desta forma, não é incorreto afirmar que na hipótese de transação penal o Ministério Público dispõe de atividade jurisdicional.

2.2.2.2 – A suspensão condicional do processo

Outro dispositivo despenalizador foi o da suspensão condicional do processo previsto no art. 89 da mesma lei.

Diz o dispositivo que:

Art. 89 – Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por essa Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Aqui estamos diante daquilo que alguns doutrinadores chamam de *sursis processual*, onde é possível suspender a ação penal (e não a pena) desde que preenchidos alguns requisitos.

A advertência lançada por GRINOVER, GOMES FILHO e GOMES é bastante importante para o escopo deste trabalho:

Dentro do modelo consensual de Justiça criminal a preocupação central não é só buscar a decisão (formalista) do caso, senão, sobretudo uma solução para o conflito. E os operadores do direito (juízes, promotores, advogados etc.), além da necessidade de se prepararem para a correta aplicação da lei, devem também estar atentos para o desempenho de um novo papel: o de propulsores da conciliação (transação) no âmbito penal.³⁸

Vaidades pessoais ou *ciúmes institucionais* não podem prevalecer na correta aplicação da lei, devendo as instituições ter noção que o mais importante é *o bem comum* e a pacificação social.

Esta observação é importante porque a questão que novamente nos interessa é saber a quem pertence a possibilidade de propor a suspensão do processo. Mais uma vez voltamos ao problema: é direito subjetivo do réu ou política criminal exercida pelo titular da ação penal?

Novamente a doutrina e a própria jurisprudência dividiram-se, uns entendendo ser possível a suspensão do processo *ex officio* pelo juiz e outros entendendo ser apenas possível por deliberação do titular da ação penal.

³⁸ Op. Cit., p. 205.

Aliás, a primeira posição é ainda hoje a sustentada pelos Tribunais paulistas, afirmando que se não houver posicionamento ministerial a respeito, *deve* o juiz fazê-lo de ofício.³⁹

Até mesmo alguns posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça andaram neste sentido.⁴⁰

Entretanto, prevaleceu o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que se trata de transação e como tal cabe somente ao Ministério Público, devendo ser aplicada a regra do art. 28 do CPP em caso de discordância do juiz.⁴¹

Assim, temos mais uma vez hipótese de jurisdição feita pelo Ministério Público, único e exclusivo titular da ação penal pública.

2.2.2.3 – As regras do juizado e o meio ambiente

Bem ambiental de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, os crimes ambientais afetam toda uma coletividade, a ponto de se lançar atualmente a noção da chamada *criminalidade difusa*.

Assim é que surgiu em 1998 a Lei 9605, impropriamente conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais. Impropriamente porque ela cuida de tudo, inclusive de crimes ambientais, mas lança também noções sobre responsabilidade civil e administrativa, informando as chamadas infrações administrativas.

No que concerne aos crimes ambientais, é importante informar que é possível a aplicação dos dispositivos da lei 9099/95, com algumas regras distintivas.

A primeira delas é a do art. 27, *in verbis*:

Art. 27 – Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o artigo 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

³⁹ - JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO. NECESSIDADE: - A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO DEVE SER RECONHECIDA E DEFERIDA UMA VEZ PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS, POIS É CAUSA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE DE RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO, DERIVADA DE LEI SUJEITA A CONDIÇÃO, NÃO ESTANDO SUBORDINADA AO ALVEDRIO DO DENUNCIANTE- AUTOR DA AÇÃO PENAL E TAMPOUCO DO JUIZ DA CAUSA, SENDO CERTO QUE O ART. 89, "CAPUT", DA LEI Nº 9099/95, AO DISPOR QUE O "MINISTÉRIO PÚBLICO, AO OFERECER DENÚNCIA, PODERÁ PROPOR A SUSPENSÃO DO PROCESSO", INSTITUI NÃO FACULDADE, MAS PODER-DEVER AO PROMOTOR E AO JUIZ. – RCP, 16ª Câmara, Processo 1216333/8, Rel. Fernando Miranda, j. 15.03.2001.

⁴⁰ RT 750/574, HC 7312-RS, DJ 1º jun. 1998, p. 154; RMS 8476-MG; RHC 6410-PR, j. 13-5-1997.

⁴¹ A decisão do Supremo foi proferida em julgamento do Plenário, no HC 75.343-MG, em 12-11-1997, constante do Boletim Informativo nº 92.

Além disso, temos também a regra do art. 28 que estabelece condições especiais para a suspensão condicional do processo, visando dar maior efetividade à reparação do dano ambiental.

Veja que no que concerne à proposta de aplicação imediata da pena prevista no art. 76 da lei 9099/95, esta somente é possível quando houver *prévia composição do dano ambiental*.

Isto vem de encontro com a máxima proteção ambiental preconizada no art. 225 da Constituição Federal, bem como com o princípio da reparação específica do dano ambiental, indispensável em sede de meio ambiente.

Estas regras da lei 9605/98 dão maior ênfase à participação do Ministério Público, um dos maiores articuladores da proteção ambiental no Brasil.

Tais mecanismos serão mais bem delineados no item seguinte, tópico onde será cuidado a respeito do inquérito civil e do termo de compromisso e de ajustamento.

2.2.3 – O inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta

Retraído que estava por força de uma ditadura militar, o Brasil não possuía à década de 70 uma *feição coletiva*, posto que até mesmo os direitos individuais eram suprimidos à mercê da vontade do titular das armas, isto por meio dos chamados Atos Institucionais.

Assim, falar-se em direitos difusos ou coletivos naquela época era o mesmo que falar em grego ou latim para uma classe de alunos de primeiro grau nos dias atuais!

Entretanto, a década de 80 surge com maior participação popular, com o início dos movimentos grevistas dos Sindicatos de Metalúrgicos do Grande ABC, culminando com o “Movimento das Diretas Já” em 1984. Vencido que foi o movimento pela redemocratização imediata, em 1985 o Congresso Nacional inicia o processo de volta ao estado democrático com a eleição para a Presidência da República de Tancredo Neves.

Neste mesmo ano, fruto de um trabalho feito por professores da Universidade de São Paulo, o Congresso Nacional discutia o surgimento da Lei da Ação Civil Pública. Este trabalho, conhecido como *Projeto Bierrenbach*⁴², não cuidava da legitimidade do Ministério Público.

Assim é que no âmbito do Ministério Público de São Paulo, três ilustres promotores de justiça à época, os Drs. Nelson Nery Júnior, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Édis Milaré, lançam outro projeto e o encaminham à Presidência da República, que acaba encampando-o como projeto do governo, encaminhando-o ao Congresso Nacional, acabando por ser aprovado. Surge então a lei 7347/85, conhecida como a Lei da Ação Civil Pública.

Referido dispositivo legal nasceu como um meio processual para a defesa dos interesses difusos e coletivos, sem, entretanto conceituá-los. Discussões à parte de tais conceituações, já que atualmente vem tratado no art. 81, parágrafo único da Lei 8078/90, o que nos interessa é a implementação do chamado inquérito civil.

⁴² BOLQUE, Fernando Cesar. *Revista “Direito e Sociedade”*. Interesses Difusos e Coletivos: conceito e legitimidade para agir. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, setembro-dezembro de 2000, volume 1, número 1, p. 89.

Surge o inquérito civil com similitude ao inquérito policial. Seu reconhecimento legal vem no art. 8º, § 1º, da Lei 7347/85, *in verbis*:

Art. 8º...

§ 1º – O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Pouca coisa disse. Não o conceituou. Não deu sua natureza jurídica. Não assinalou sua finalidade. Entretanto, de extrema importância institucional e para a defesa do meio ambiente, demonstração inequívoca de jurisdição pelo ente ministerial.

A Constituição Federal de 1988 alçou o inquérito civil como uma das funções institucionais do Ministério Público. Afirma:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:...

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Assim, o instituto de inquérito civil não possui apenas feição legal, mas alçado a nível constitucional, ganhou novo espectro, devendo ser estudado de forma mais abrangente, como forma de jurisdição por parte do ente ministerial, já que ele é exclusivo do Ministério Público. Obviamente que nestas poucas linhas não será lançado estudo aprofundado a respeito, merecendo maior pesquisa científica a respeito.

Note-se que a importância do estudo em questão diz respeito à própria resolução de lides, em especial as ambientais, já que com a instauração e instrução do inquérito civil, é possível ao promotor de justiça colher elementos suficientes e tentar a composição amigável dos danos ambientais.

Esta composição amigável feita através do instrumento do termo de compromisso de ajustamento de conduta obviamente é a mais eficaz para a resolução das lides ambientais, servindo de instrumento extraprocessual afeto ao Ministério Público.

Nos dias atuais onde os Tribunais encontram-se absolutamente abarrotados de processos, onde a resposta jurisdicional é demorada, não pode o meio ambiente ficar a mercê de tal situação, servindo o inquérito civil e o termo de compromisso de mecanismo rápido e eficaz para tanto.

O inquérito civil nasceu no Ministério Público paulista, fruto de debates ocorridos nos anos 80 num Grupo de Estudos na cidade de Ourinhos/SP. Naquela oportunidade, um dos promotores participantes lançou a idéia de que se não seria possível, da mesma forma que o inquérito policial, que os promotores tivessem uma espécie de *inquérito civil* para formar a convicção para a eventual propositura de uma ação civil pública.

A idéia original era de que o inquérito civil fosse instaurado e instruído por autoridades administrativas, como o fisco, a CETESB, os órgãos representativos do consumidor etc. Após a sua conclusão, seria encaminhado ao Ministério Público para a tomada de providências necessárias.

Partindo desta idéia original, os três promotores autores do anteprojeto incluíram-no, mas com perfil diferenciado, visto que caberia ao próprio Ministério Público a sua instauração e presidência, sendo que o controle de seu eventual arquivamento caberia também à própria instituição, mediante a remessa ao Conselho Superior para homologação.

E a idéia vingou. Hoje temos o inquérito civil, instrumento pré-processual, presidido exclusivamente por membros do Ministério Público e que tende a colheita pessoal de provas de autoria e materialidade de danos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Mazzilli assim define o inquérito civil:

*... investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública ou coletiva.*⁴³

No âmbito ambiental, tendo em conta o novo bem trazido à baila pela Constituição Federal, o inquérito civil e seu quase necessário termo de compromisso ambiental, resolvem satisfatoriamente danos ambientais.

A questão que nos interessa nos estritos termos desta monografia é que o inquérito civil e o termo de compromisso de ajustamento de conduta, principalmente no âmbito ambiental, são prova mais uma vez de que o Ministério Público também possui a atividade jurisdicional.

Se cabe exclusivamente ao Ministério Público a instauração do inquérito civil, já que os demais co-legitimados não possuem esta tarefa, obviamente que há atividade de dizer o direito.

A respeito, note-se que o controle da condução do referido inquérito civil é feito mais uma vez *interna corporis*. À sua instauração cabe noticiar aos centros de apoio respectivos. Ao cabo das investigações, o promotor de justiça tem a possibilidade de arquivá-lo, atentando para a inexistência de dano ou a não comprovação de autoria; tentar o compromisso de ajustamento de conduta com o causador do dano ambiental ou a propositura da ação civil pública respectiva.

O arquivamento do inquérito civil deverá ser *fundamentado*, devendo recair somente nas hipóteses de *inexistência de fundamento para a propositura da ação civil* (art. 9º, da Lei 7347/85).

De outro lado, como prova de que seu controle cabe exclusivamente ao Ministério Público, temos o disposto no § 1º, do mesmo artigo 9º:

Art. 9º...

§ 1º – Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

O Conselho Superior do Ministério Público é órgão de administração superior da instituição, cabendo, na hipótese do inquérito civil, *reapreciar o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças de informação.*⁴⁴

O Conselho Superior pode homologar ou rejeitar o arquivamento. Nesta última hipótese, será designado outro membro ministerial para a propositura da ação civil pública (§ 4º, do art. 9º).

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública – Comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1995, p. 211.

Entretanto, prova inequívoca de jurisdição pelo Ministério Público, ao meu ver, é o termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Referido termo vem previsto no art. 5º, § 6º, da Lei 7347/85, *in verbis*:

Art. 5º -...omissis

...

§ 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

MILARÉ:
No tocante a estes compromissos, objeto desta análise, interessante é a observação feita por

*A marca da indisponibilidade dos interesses e direitos transindividuais impede, em princípio, a transação, tendo em vista que o objeto desta alcança apenas direitos patrimoniais de caráter privado, suscetíveis de circulabilidade.*⁴⁵

Também é bastante elucidativa a seguinte passagem doutrinária:

*Deve se entender que a transação em matéria de meio ambiente não tem por objetivo o próprio meio ambiente, direito difuso e indisponível. Em relação a esse direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é impossível transigir. Será objeto da transação em matéria de meio ambiente a formas de adoção das medidas destinadas à sua recuperação, ou, ainda, o estabelecimento de certas regras de conduta a serem observadas pelo interessado, de tal forma que o ecossistema seja preservado de agressões.*⁴⁶

Assim, obviamente, determinados casos podem ter soluções através do ajustamento daquelas condutas lesivas ao meio ambiente aos preceitos legais.

Neste particular, parece-me melhor apropriada a posição adotada por CARVALHO FILHO no tocante aos compromissos de ajustamento de conduta, definindo-os como:

*... ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais.*⁴⁷

⁴⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT, 2000, p. 394.

⁴⁶ FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do Termo de Ajustamento de Conduta)*, inserto em *Ação Civil Pública – Lei 7347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT, São Paulo, 2000, p. 118.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública Comentários por Artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1995, p. 137.

No âmbito do Estado de São Paulo, o Ministério Público regulamentou estes termos por meio do Ato PGJ/CSMP/CGMP nº 052, de 16.07.1992. Na esfera do Executivo Estadual e no âmbito do meio ambiente, está regulamento pela Resolução SMA nº 05, de 07.01.1997.

Inúmeros termos de ajustamento têm sido elaborados, principalmente na área ambiental, onde a atuação dos órgãos dotados do poder de polícia, como já dito alhures, é bastante eficaz.

A força jurisdicional deste termo de compromisso de ajustamento de conduta é aquela estampada na parte final do § 6º, do art. 5º, onde afirma que o mesmo terá *eficácia de título executivo extrajudicial*.

Ora, se é título executivo extrajudicial, sinal que não há necessidade de procurarmos o Poder Judiciário para que ele se manifeste a respeito da existência ou não do direito, isto porque ele já foi reconhecido pelo Ministério Público e pelo causador do dano ambiental.

Para que fique finalmente ressaltado este caráter jurisdicional, recentemente o Egrégio Superior Tribunal de Justiça lançou acórdão a respeito do julgamento do Recurso Especial nº 213.947 – Minas Gerais, tendo como relator o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgamento feito em 06 de dezembro de 1999 e publicado no D.J.U. em 21 de fevereiro de 2000, especificamente a respeito da validade ou não do termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ministério Público, discutindo-se também a necessidade ou não de testemunhas subscreverem-no.

O acórdão afirmou que o termo de ajustamento tem força executiva e não há necessidade de ser firmado por duas testemunhas, ressaltando de forma inexorável a atividade jurisdicional exercida pelo *parquet*.

3. Conclusões

A clássica fórmula de que a jurisdição é *um poder-dever do Estado em dizer o direito em substituição à vontade das partes, no caso concreto*, definição esta oriunda deste *Chiovenda*, não pode mais prevalecer nos dias atuais.

A jurisdição tem como escopo a pacificação social, devendo ser encarada não apenas como poder do Estado, mas também no seu aspecto de função e atividade.

E a função jurisdicional, sob o ponto de vista constitucional, não é afeta apenas ao Poder Judiciário.

Vários dispositivos constitucionais atribuem jurisdição a outros entes, além da clássica atribuição ao Poder Judiciário.

Podemos citar as hipóteses de *jurisdição popular* do júri; as hipóteses de transgressões militares, onde nem mesmo é cabível *habeas corpus*; a jurisdição exercida pela administração fazendária e fiscal; a hipótese de jurisdição administrativa para a perda de cargo dos funcionários públicos; a função jurisdicional do Poder Legislativo quando julga o Presidente da República e seus Ministros; a hipótese do Tribunal de Contas, onde a imputação de débito tem força de título executivo extrajudicial; e a hipótese da Justiça Desportiva, marco da cultura *futebolística* brasileira, afastando de apreciação do Poder Judiciário qualquer matéria afeta a ela.

Temos também hipótese de jurisdição, embora não esteja no texto constitucional, a arbitragem. O artigo 18 da Lei 9307/96 afirma textualmente que o *árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário*, sendo pacífico entre os doutrinadores que arbitragem é jurisdição.

Por fim o Ministério Público. Esta instituição essencial à função jurisdicional do Estado, guardião do Estado Democrático de Direito, também exerce jurisdição.

A *jurisdição ministerial* é exercida por meio da exclusividade da ação penal pública, onde somente a ele é dado o poder de processar alguém por crime de ação pública. Além disso, existem as hipóteses de jurisdição na chamada *justiça consensual*, prevista na lei 9099/95: a transação penal do art. 76 e a suspensão condicional do processo do art. 89. Estes dois dispositivos são exclusivos do Ministério Público, conforme posicionamento do Excelso Pretório.

No âmbito civil o Ministério Público possui legitimidade para a ação civil pública e a exclusividade do inquérito civil, nos termos do art. 129, inc. III, da CF. O inquérito civil é poderoso instrumento de resolução de lides, em especial as ambientais, furtando-se da utilização dos meios clássicos de jurisdição pelo Poder Judiciário.

Além disso, no bojo do inquérito civil e por força do art. 5º, § 6º, da Lei 7347/85, pode o Ministério Público firmar termos de ajustamento de conduta com os interessados. Referidos termos possuem força de título executivo extrajudicial, mais uma vez firmando a feição jurisdicional do Ministério Público.

* Trabalho apresentado, em parte, como monografia para conclusão do curso de Especialização da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo em 2001. ** Fernando Cesar Bolque, 3º Promotor de Justiça de Tupã/SP, Professor Universitário e Coordenador do Centro Interdisciplinar de Estudos do Direito, Núcleo de Iniciação à Pesquisa Científica da Faculdade de Direito da Alta Paulista, Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

4. Bibliografia

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasques; FRANCO DA SILVA, José Antonio (Organizadores). *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

AMARAL SANTOS, Moacyr. 14ª ed. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1º volume.

BOISSÉSON, Matthieu. *Lê droit français de l'arbitrage interne et internacional*. Paris: Gide Loyrett Nouel Joly, 1990, p. 5, *apud* Tarcísio Araújo Kroetz. *Arbitragem – Conceito e pressupostos de validade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BOLQUE, Fernando Cesar. As decisões da Corregedoria e o princípio do Juiz Natural. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público. [APMP]*. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, nº 38, 2001.

_____. *Revista "Direito e Sociedade"*. Interesses Difusos e Coletivos: conceito e legitimidade para agir. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, setembro-dezembro de 2000, volume 1, número 1.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2ª edição, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7ª edição. Lisboa: Clássica, 1985. Tradução de Ary dos Santos.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de (Organizador). *Ministério Público – Instituição e Processo*. São Paulo: Atlas, 2ª edição, 1999.

CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. 14ª edição. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, traduzido por NORTHFLEET, Ellen Gracie.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública – Comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. Tradução do original italiano – 2ª edição, por Paolo Capitanio. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, volume 2, 1998.

CINTRA, Antonio C. Araújo, DINAMARCO, Cândido R. e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 7ª edição, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000, 21ª edição.

FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais – comentários à Lei 9099, de 26.09.1995*. São Paulo: RT, 1995.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo, FRONTINI, Paulo Salvador e MILARÉ, Édís. *Ministério Público, Ação Civil Pública e Defesa dos Interesses Difusos*, inserto em *Justitia* 131/263. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público e Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, 1985.

FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do Termo de Ajustamento de Conduta)*, inserto em *Ação Civil Pública – Lei 7347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT, São Paulo, 2000.

MAQUIAVEL, Niccoló. *O Príncipe*. Tradução de Antonio D'Elia. São Paulo: Cultrix, 1976.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4ª edição. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coordenador). *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: RT, vol. 1, 2ª edição, 1999.