

DIREITO CONSTITUCIONAL

ANOTAÇÕES ACERCA DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCESSOS DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL* (uma perspectiva constitucional)

Luiz Fernando Calil de Freitas

Procurador de Justiça/RS

Sumário: Introdução. 1.Considerações gerais sobre a instituição do Ministério Público. 2.O status constitucional do cidadão. 3.O direito fundamental à moral. 4.A caracterização do interesse público pela natureza do direito. 5.Considerações finais.

INTRODUÇÃO

É tormentosa a tarefa de saber-se quando se evidencia a necessidade de intervenção do agente do Ministério Público como fiscal da lei no processo civil motivada pelo interesse público em razão da natureza da lide. Já a definição do que seja interesse público, por si só, comporta vastíssima discussão e, de certa forma, dela trataremos de acordo com o exigido pela especificidade do tema a ser abordado.

A presente investigação não pretende, nem de longe, avançar por caminhos tão vastos; limita-se o trabalho que ora se inicia a perscrutar acerca da existência de interesse público qualificado pela natureza da lide nos processos em que se busque tutela judicial ao direito fundamental à moral.

* Trabalho apresentado na disciplina de Processo Constitucional, ministrada pelo professor ARAKEN DE ASSIS, no Curso de Mestrado em Instituições de Direito do Estado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Desde logo se afirma que a atuação na condição de órgão interveniente não diminui ou faz menos intenso o interesse público veiculado na lide. Em essência, há ou pode haver tanto direito no processo em que um cidadão individualmente busca a tutela a direito fundamental seu quanto há naquela pretensão veiculada em ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público, aí como substituto processual, na defesa de interesses difusos de toda uma comunidade. Diferem as duas situações apenas e tão-somente na quantidade de sujeitos de direito. Bem se vê, pois, que interessa em muito à concretização da norma constante do artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil a discussão que ora propomos.

Nossa tentativa de esquadrihar o assunto evolui por três linhas a partir de pontos teóricos, entrecruzando-se tanto na abordagem quanto nas conclusões pretendidas sublinhar ao final. O primeiro dos pontos de partida é a noção que se deva ter do Estado Democrático de Direito como fórmula que condiciona o próprio direito nele em vigor de molde a buscar incessantemente a efetivação dos direitos fundamentais. Em tal conformação do Estado, o centro e razão última da ordem jurídica é o princípio da dignidade da pessoa humana e tudo o mais, normas e instituições, devem ter sua existência e operacionalidade voltadas à sua concretização pela via dos direitos fundamentais.

O segundo momento é a busca da compreensão do perfil da instituição do Ministério Público tal como prefigurado na Constituição Federal de 1988 nos termos acima sumariados. Enquanto instituição do Estado voltada para a defesa da sociedade, não escapa o Ministério Público àquela destinação constitucionalmente configurada – que condiciona o próprio Estado e, de conseguinte, o *parquet*. Indesmentível que a essa instituição foram cometidas significativas tarefas – defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – que podem ser resumidas na salvaguarda da efetiva concretização dos direitos fundamentais.

O terceiro elemento considerado é o direito à moral, enquanto direito à personalidade, como direito fundamental em espécie e, em tal condição, dotado de conteúdo apto a determinar a intervenção de agente do Ministério Público como fiscal da lei nos processos em que a respectiva tutela judicial esteja em causa. O que se advoga no presente trabalho é que a ocorrência de dano moral se subsume na hipótese do artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil por configurar interesse público em razão da natureza da lide. É bem verdade que o

influxo das idéias que circulam nos dias que correm vai em direção contrária, sendo digno de registro o coro de vozes que defende a paulatina redução das hipóteses de intervenção na qualidade de fiscal da lei, reservando-a àquelas situações em que o interesse público exsurge mais evidente. Demais disso, vem também em sentido contrário ao que aqui se defende a idéia no sentido de que, em se resolvendo o dano moral em indenização pecuniária, se estaria a cuidar de direito disponível face a sua natureza patrimonial. Às duas objeções há resposta: no primeiro caso se afirma que o Ministério Público deve centrar seus esforços em questões socialmente mais relevantes, nomeadamente as ações civis públicas nas quais uma gama imensa de cidadãos é beneficiada; ora, por ser possível a atuação, como parte, na efetivação em massa dos direitos fundamentais, não resulta afastada a atuação no caso a caso; afinal, os membros da instituição classificados em Promotorias ou Procuradorias, junto a Varas Judiciais ou Câmaras, atuam no caso a caso, concretamente. Quanto à segunda situação, em verdade, cuida-se de um equívoco de perspectiva; de fato se o direito em discussão na lide é o direito à moral que foi violada, cuida-se de direito fundamental e, como tal, indisponível; a recomposição do direito violado, como é impossível *in natura*, dá-se mediante indenização pecuniária.

Assim, o que se segue são considerações acerca da instituição do Ministério Público e seu perfil constitucionalmente definido. Num segundo momento será examinada a formulação teórica de Georg Jellinek acerca das posições assumidas pelo cidadão frente ao Estado, a fim de fundamentar-se a caracterização do direito à moral como direito fundamental do cidadão, enquanto parte de seu *status libertatis*. Logo a seguir se examinará o direito fundamental à moral em espécie, analisando-se alguns elementos acerca de sua definição e extensão. Num quarto momento, agregados os elementos teorizados nas fases anteriores, se cuidará da caracterização da situação de presença de interesse público caracterizado pela natureza da lide quando o objeto do processo for a ocorrência de dano moral, daí decorrendo a necessidade de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A INSTITUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sem que se adentre ao exame de considerações históricas acerca da instituição do Ministério Público, centraremos nossos esforços na tentativa de construção de uma imagem institucional que enfoque sua significação no contexto do Estado em que se vive hodiernamente e, em especial, a missão constitucional a ela atribuída.

A bem de que se atinja tal desiderato é mister principiar afirmando que a noção que se possa ter do Ministério Público passa, inicialmente, pela noção que se deva ter do Estado Democrático de Direito em que inserida tal instituição nos dias que correm. A compreensão do que seja o Estado Democrático de Direito, por sua vez, passa clara e inequivocamente pela idéia da afirmação e efetivação dos direitos fundamentais, tanto os ditos de defesa como aqueles que colocam o cidadão na posição jurídica de credor de prestações positivas frente ao Estado.¹ Nesse quadro, ganha relevo a instituição do Ministério Público tal como formatada em nível constitucional pela norma constante do artigo 127, *caput*, da Constituição da República. Com efeito, o que ali se estabelece é que o Ministério Público, enquanto instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, está incumbido da defesa da (a) ordem jurídica, (b) do regime democrático e (c) dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Desde logo, se vê, não é pequena nem pouco relevante a tarefa atribuída a essa instituição em sede constitucional.

De pronto, releva notar que, da conjunção das funções relativas à proteção da ordem jurídica e do regime democrático, exsurge o compromisso da instituição do Ministério Público com o Estado Democrático de Direito que, a um só tempo, condensa o conteúdo que se possa emprestar e a reconhecer na ordem jurídica e o regime democrático. Nesse passo, é bem de ver que dentre outras tantas conotações que se empresta à fórmula Estado Democrático de Direito, aquela que mais seminalmente lhe define é a idéia de que nele se conjugam o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito. Não por outra razão que SILVA² sustenta ser o Estado Democrático de Direito aquele destinado a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo

¹ Nesse sentido os ensinamentos de J. J. G. CANOTILHO, Ingo Wolfgang SARLET, Jorge MIRANDA, Alexandre de MORAES e Robert ALEXY, dentre outros autores referidos no curso do presente trabalho.

² SILVA, José Afonso da. *'Direito Constitucional Positivo'*, Malheiros, 17ª edição, São Paulo: 2000, p. 124.

com a superação do Estado capitalista e a configuração de um Estado promotor da justiça social; nesse contexto é que a novel Constituição da República, como verdadeiro contrato social entre Estado e sociedade, privilegia o compromisso do ente estatal com a realização e satisfação dos interesses e necessidades sociais pela via da garantia do exercício dos direitos fundamentais reconhecidos ao conjunto da cidadania.

A tutela dos interesses³ sociais e individuais indisponíveis, terceira das tarefas constitucionalmente atribuídas, por sua vez, encerra a atuação da instituição do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais. Disso se retira que, em verdade, a previsão constitucional das incumbências da instituição ministerial verbera em espécie aquilo que genericamente se poderia definir como ‘a incumbência do Ministério Público de zelar pela efetivação e respeito dos direitos fundamentais’. Assim o é, em especial, porque direitos fundamentais, dentre outras características, são tipicamente não-patrimoniais⁴, do que se retira serem também indisponíveis.⁵ Singelamente, tal se explica pela circunstância de que a aquisição dos direitos fundamentais se dá, pura e simplesmente, por efeito da condição de cidadão, não havendo necessidade de que seja praticado qualquer negócio jurídico que envolva transferência de titularidade de bem com significação patrimonial. De conseguinte, nenhum ato pode praticar o cidadão que importe na alienação válida de um direito fundamental de que seja titular. Destarte, todos os direitos fundamentais – assim entendidos aqueles direitos que a Constituição defere aos cidadãos por considerar essenciais ao atingimento do patamar existencial mínimo capaz de assegurar a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana⁶ – qualificam-se como direitos individuais ou coletivos ou, ainda, sociais, indisponíveis.

Em linha de complemento à normatização singelamente examinada, há ainda a norma do artigo 129, inciso II, da Constituição Federal que define ser função institucional do Ministério Público zelar

³ Sobre a existência de direitos fundamentais enquanto interesses difusos é interessante a exposição de MIRANDA, Jorge, in *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora: 1993, p. 65/67, na qual a identificação em espécie coincide com a positivação constitucional da matéria no Brasil.

⁴ Sobre o tema em particular consultar a obra coletiva organizada por LUIGI FERRAJOLI, *Los fundamentos de derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid: 2001, em especial o texto de Ferrajoli intitulado *Derechos fundamentales*.

⁵ Ver, por todos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra: 1998, p. 422/427.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2001.

pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. Ora, nem todos os direitos assegurados na Constituição gozam do status de direito fundamental, porém os mais relevantes e significativos o são. Demais disso, não é exagero lembrar que toda e qualquer atividade atinente aos serviços públicos – e com mais razão os ditos de relevância – nada mais são do que prestações positivas do Estado em favor do cidadão: direitos fundamentais de segunda dimensão. Além disso, a atividade dos Poderes Públicos Federal, Estadual e Municipal está, em muito, orientada não apenas para atender aos direitos fundamentais (dimensão de prestação) como limitada (dimensão de defesa) para não interferir na esfera individual de autodeterminação.⁷

Assim, pois, parcela fundamental da atuação do Ministério Público é, com a vigência da atual Constituição da República, voltada para a garantia do efetivo exercício dos direitos fundamentais.⁸ Não sem razão se afirma que os agentes do Ministério Público atuam no interesse da sociedade. Nomeadamente porque a defesa da ordem jurídica se consubstancia na atuação institucional no sentido de que o núcleo essencial do ordenamento jurídico, operada a necessária filtragem⁹ constitucional com a colocação da Constituição¹⁰ e, de conseguinte, dos direitos fundamentais no centro do sistema e funcionalizados ao princípio da dignidade da pessoa humana¹¹, prepondera relativamente à periferia dando-se a necessária prevalência aos direitos fundamentais. A defesa do regime democrático igualmente se dá da mesma forma, de vez que o significado do que possa ser o regime democrático incorpora necessariamente a afirmação dos direitos fundamentais e a garantia da possibilidade de seu exercício por parte de todo e qualquer cidadão. Outro tanto se afirma quanto à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, eis que estes, efetivamente, em sua imensa maioria, se constituem em direitos fundamentais.

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Editora Campus, Rio de Janeiro: 1992.

⁸ Assim é a compreensão de Alexandre de MORAES, exposta na obra *Direitos Humanos Fundamentais*, Editora Atlas, 3ª edição, São Paulo: 2002.

⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica*, SAFE, Porto Alegre: 1999.

¹⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, SAFE, Porto Alegre: 1991.

¹¹ NEGREIROS, Teresa. *Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios*.

Assim definidas as atribuições do Ministério Público, resulta transparente tal instituição e, a um só tempo, resulta claro e evidente o porquê da dicção constitucional dizê-la permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.¹²

Nesse sentido é forçoso concordar com as palavras de RITT¹³, para quem, com apoio em Gomes Canotilho: “Ultrapassadas tais questões iniciais, verifica-se que o Ministério Público tem função de defesa da ordem jurídica, que, desde logo, não se confunde com o direito positivo, mas como uma ‘ordem jurídica fundamental vinculativa de todos os poderes públicos’, que pressupõe a supremacia da Constituição, que ‘confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma’ (com grifos no original). Em conclusão, arremata RITT¹⁴ judiciosamente: “A atuação do Ministério Público brasileiro, portanto, é orientada para a supremacia constitucional e para que o ordenamento jurídico como um todo não seja agredido, ou por abusos de poder e por atos ilícitos de autoridades públicas (inclusive por atos de improbidade administrativa), ou por atos ilícitos dos próprios cidadãos. Para tanto, utiliza-se da ação penal, da ação civil pública, da ação direta de inconstitucionalidade e, até mesmo, da representação para fins de intervenção da União e dos Estados, entre outras medidas para manter a legalidade (por exemplo, na defesa do patrimônio público contra os desmandos do administrador público), nos termos do artigo 129 da Carta Constitucional de 1988. Também o Ministério Público foi incumbido da defesa do regime democrático, vale dizer, da democracia substancial – a democracia participativa, base do Estado Democrático de Direito, não só mantendo as chamadas regras do jogo (barrando o arbítrio e os atos ilícitos), mas, ainda, atuando na efetivação dos direitos coletivos e difusos.”

Esse, em poucas linhas, o perfil do Ministério Público que corresponde ao Estado Democrático de Direito afirmado na Constituição da República, artigo 1º, *caput*, e a partir dele é que se pretende enfrentar o tema que nos propusemos no presente trabalho.

¹² A essencialidade se afirma não apenas porque o Poder Judiciário somente atua quando provocado, e nas situações positivadas na lei e na Constituição Federal o será pelo Ministério Público – critério material –, mas também e principalmente pela relevância dos assuntos que, quando em questão, demandam a atuação ministerial – critério qualitativo.

¹³ RITT, Eduardo. *‘O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional’*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2002, p. 155.

¹⁴ Op. cit., p. 157.

2. O STATUS CONSTITUCIONAL DO CIDADÃO.

Antes de adentrarmos ao exame do direito fundamental que especificamente nos interessa analisar, é mister que se recorra à clássica lição de Georg Jellinek acerca do status constitucional do cidadão, eis que universalmente¹⁵ tida como relevante na compreensão da posição jurídica que assume o cidadão em face de um específico direito fundamental. Conforme ensina ALEXY¹⁶, 'o direito fundamental como um todo é, como mostra o último exemplo analisado, um feixe de posições de diferente conteúdo e diferente estrutura'.¹⁷ A formulação teórica de Jellinek define o *status* como uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Estas relações se distinguem em quatro *status* diferenciados a saber: *status subjectionis* ou passivo; *status libertatis* ou negativo; *status civitatis* ou positivo; e, *status activus* ou cidadania ativa.

O *status subjectionis* é aquele em que o indivíduo está submetido a determinações ou proibições formuladas pelo Estado e que condicionam seu agir. Já o *status civitatis*, ao qual corresponde parcela dos direitos fundamentais a prestações positivas, por sua vez é aquele de que desfruta o cidadão a quem o Estado 'reconhece a capacidade jurídica para reclamar para si o poder estatal, para utilizar as instituições estatais, é dizer, outorga ao indivíduo pretensões potestativas'.¹⁸ Diferentemente destes, o *status activus*, ou cidadania ativa, que complementa o quadro dos direitos a prestações positivas, é aquele mediante o qual ao cidadão outorgam-se capacidades que estão fora de sua liberdade natural e que se lhe são atribuídas mediante o exercício de competências estatais, de modo a que o exercício de um direito nesse *status* enquadrado, de que é exemplo típico o direito ao voto, configure forma de participação na formação da vontade estatal.¹⁹

Por derradeiro, cumpre examinar o que seja o *status libertatis* ou negativo, eis que nele especificamente se enquadra o direito fundamental à moral, objeto último do nosso exame e do qual se cuidará com mais aprofundamento. O *status libertatis*, tal como originariamente pensado

¹⁵ ALEXY, Robert. 'Teoría de los derechos fundamentales', Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1997, traduzido para o espanhol por Ernesto Garzón Valdés, p. 247.

¹⁶ Op. cit., p. 247.

¹⁷ A tradução é nossa. O exemplo a que se refere o autor é o de uma lei do estado federado da Baixa-Saxônia que trata da liberdade científica no âmbito universitário.

¹⁸ Jellinek *apud* ALEXY, op. cit. p. 256.

¹⁹ ALEXY, op. cit., p. 260/261.

por Jellinek, é aquela condição que permite ao cidadão uma atuação livre, não-protégida, não regulada pelo direito, isto é, em relação a ela não existem determinações ou proibições porque os atos nela compreendidos são juridicamente irrelevantes para o Estado. Dessa forma, o cidadão tem o direito ao reconhecimento de seu *status libertatis*²⁰ e o Estado tem um dever de não perturbar essa condição; de qualquer forma, essa pretensão do cidadão (direito de defesa) deve ter contrapartida em seu *status civitatis* (direito a prestações).²¹

No exame que faz da teorização de Jellinek, ALEXY²² esclarece não se lhe afigurar ter a formulação original exata correspondência com o que hodiernamente os estudiosos dos direitos fundamentais identificam como sendo direitos de defesa (primeira dimensão). Isso porque, conforme ALEXY, para Jellinek o *status* negativo consiste em uma esfera de liberdade individual que, por sua vez, é a classe das ações dos súditos juridicamente irrelevantes para o Estado, assim entendidas aquelas que não estão em condições de provocar um efeito juridicamente relevante. São exemplos de ações do cidadão juridicamente irrelevantes para o Estado, dados pelo próprio Jellinek, a publicação de um impresso, o desfrute do próprio vinho e o passear pelo próprio solar. Dessa forma, segundo ALEXY, o que Jellinek denomina irrelevância jurídica é a posição livre que, enquanto liberação jurídica, corresponde à liberdade jurídica não-protégida – tanto sua realização quanto sua omissão são permitidas, porque não está determinada nem proibida pelo direito positivo. Ora, se a posição que identifica o *status libertatis* é a posição livre juridicamente irrelevante, já não se poderá dizer que essa condição jurídica tem contrapartida na esfera do *status civitatis* ou mesmo do *status activus*. Em razão disso ALEXY introduz, relativamente ao *status civitatis* assim como em relação ao *status libertatis*, subdivisões em sentido restrito e sentido amplo. Na previsão originária de Jellinek, o *status libertatis* corresponderia à compreensão de ALEXY do *status libertatis* em sentido restrito, cujo conteúdo seria exclusivamente o das

²⁰ O que dá fundamento, na ordem jurídica brasileira, ao mandado de segurança quando ato de autoridade fere direito líquido e certo, é dizer, quando ato estatal configurador de ilegalidade desrespeita a um direito. Tal formulação importa dizer que o mandado de segurança genericamente protege o direito que o cidadão tem de ter direitos e de que eles sejam respeitados pelo Poder Público – tipicamente um direito de defesa, da primeira dimensão dos direitos fundamentais atribuível ao cidadão na esfera de seu *status libertatis*. Nos casos de abuso de poder já a situação será diversa.

²¹ Essa compreensão se retira da mencionada obra de Robert Alexy.

²² Op. cit., em especial no capítulo quinto.

liberdades jurídicas não protegidas. Já o *status libertatis* em sentido amplo, situado além da formulação originária, teria como conteúdo o direito do cidadão às ações negativas do Estado – direitos fundamentais de defesa –, ou seja, as liberdades juridicamente protegidas. Por sua vez, ao *status civitatis*, ou positivo, em sentido amplo correspondem tanto os direitos a ações positivas quanto os direitos a ações negativas. Por outro lado, ao *status civitatis* em sentido restrito somente correspondem direitos a ações positivas. Dessa forma, os direitos fundamentais de primeira dimensão, também ditos direitos de defesa ou direitos a prestações negativas do Estado, correspondem ao *status libertatis*, ou negativo, do cidadão, em sentido amplo e têm contrapartida nos direitos correspondentes ao *status civitatis* em sentido amplo.

De qualquer sorte, certo é que a Constituição da República ao referir em seu artigo 5º, inciso X, ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e prever ser indenizável sua violação, está instituindo um direito fundamental à moral que compõe o *status libertatis* – em sentido amplo –, ao qual corresponde a obrigação jurídica (*status civitatis* em sentido amplo) de não violação –, seja por parte do ente estatal seja, ainda, embora alargando os limites do até aqui examinado, por parte dos particulares em razão da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.²³

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À MORAL.

No presente tópico cuidar-se-á de examinar a existência do direito fundamental à moral – *status libertatis* em sentido amplo – e da possibilidade de sua violação com relevância jurídica – *status civitatis* em sentido amplo – tanto por ato do Estado, quanto de particular.

À partida, é salutar referir que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, em seu artigo XXIX, itens 1 e 2, expressamente refere: '1. Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e

²³ CANOTILHO, op. cit., nota (4), p. 441; ver, também, exame bastante acurado e extenso feito por SARLET, Ingo Wolfgang, 'A eficácia dos direitos fundamentais', Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 1998, p. 333/339.

respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.' Aí está a positivação em nível de Direito Internacional do princípio universal fundamental da convivência humana: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*.

No plano interno, a norma do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República tem o mesmo sentido.²⁴ Desse contexto normativo relativo ao plano nacional, o que se recolhe é a idéia segundo a qual a vigente ordem constitucional que redemocratizou o país, refundou as bases do Estado brasileiro e do Direito nele vigente, prefigurando um sistema jurídico no centro e ápice do qual está posicionada a Constituição Federal que, por sua vez, constitui em si um sistema cujo valor último em função do qual tudo se põe é o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, os próprios direitos fundamentais outra significação não teriam senão a de serem formas específicas de concretização das variadas dimensões em que se pode apresentar a dignidade da pessoa humana.²⁵ Nesse contexto, o que qualifica o ser humano como animal racional e sociável, diferenciando-o dos demais animais, é justamente a capacidade de, pelo intermédio do Direito, ordenar sua convivência. Essa convivência somente se qualifica como digna se e quando observados acima de tudo os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade – não sem motivo contemplados no *caput* do artigo 5º, porta de entrada, no sistema constitucional, para o sistema específico dos direitos fundamentais. O que dá sentido à existência do Estado e faz aceitável a observância às normas jurídicas, que sempre importa abrir mão de parcela da liberdade individual, é, sem qualquer resquício de dúvida, a promessa de que tanto um quanto o outro existe em função da realização da dignidade da pessoa humana.

Dito isso, resulta muito fácil compreender que o direito à moral se vincula imediatamente à dignidade da pessoa humana, enquanto bem juridicamente protegido. É dizer, uma das formas mais evidentes

²⁴ ABREU E SILVA, Roberto de. '*A falta contra a legalidade constitucional*', Ed. Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2002, p. 91 e seguintes.

²⁵ RAWLS, John. '*O Liberalismo político*', Editora Ática, 2ª edição, Rio de Janeiro: 2000, p. 343/430, onde o relevantíssimo pensador norte-americano traça considerações sobre o que denomina 'prioridade das liberdades fundamentais', que nada mais são do que os direitos fundamentais aos quais entende somente passíveis de serem funcionalizados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

de se concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana é o Direito, como um todo sistemático, garantir e assegurar o direito à moral. Nesse sentido é que a doutrina mais abalizada denomina o conjunto de bens tutelados pela norma constitucional do artigo 5º, inciso X, como direitos da personalidade.²⁶ Dentre os direitos da personalidade, pois, se inclui o direito à moral. A proteção à personalidade do indivíduo pelo ordenamento jurídico é forma de se lhe assegurar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil conforme estipulado no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República.

Esse, pois, o sentido do direito à moral como direito fundamental da primeira dimensão, de defesa, pois, da integridade não-material da condição humana do indivíduo frente ao Estado e a seus semelhantes, enquanto direito integrante de seu *status libertatis* em sentido amplo. A interpretação da norma constitucional contemplada no artigo 5º, inciso X, leva à compreensão conforme a qual a violação dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem, não tendo natureza material, importa dano à moral do cidadão. Dessa forma, o direito à moral, mais amplo, se constitui, a princípio, da soma daqueles direitos da personalidade ali mencionados e de tantas outras situações não expressamente contempladas mas que se mostrem ontologicamente idênticas.²⁷ É dizer, além do patrimônio material o cidadão possui um

²⁶ Essa terminologia é mais utilizada na doutrina privatística, designando, pois, relações entre particulares; quando a relação se dá entre o cidadão e o Estado, a doutrina publicística utiliza a expressão liberdades públicas (mais tradicional e com evidente relação tributária para com o direito público de origem francesa). Mas contemporaneamente, na área do direito público, as expressões que se afiguram mais adequadas seriam direitos de defesa, direitos da primeira dimensão, ou, ainda, direitos da dimensão de defesa, eis que, como já evidenciado, se cuida de direitos fundamentais.

²⁷ PERLINGIERI, Pietro, in *'Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional'*, Editora Renovar, Rio de Janeiro: 1997, p. 155/156, adota posição ampliativa, tendo por consideração o artigo 2 da Constituição da Itália que diz: 'Art. 2 La repubblica riconosce i garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove se svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà política, econômica e sociale'. (Em tradução livre: A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo seja na formação social onde desenvolve sua personalidade, e exige o adimplemento do dever inderogável de solidariedade política, econômica e social). Comentando essa norma, PERLINGIERI afirma: "O art. 2 Const. é uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a

patrimônio moral composto por seu direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

Como se verifica, havendo ofensa à moral do cidadão, direito fundamental e, como tal, indisponível, lesado haverá sido um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e configurada poderá estar a necessidade de intervenção do Ministério Público nos termos do artigo 127 (defesa da ordem jurídica e do regime democrático tal como constitucionalmente formatados). Disso se cuidará amiúde no próximo item.

4. A CARACTERIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO PELA NATUREZA DO DIREITO.

Como assentado na finalização do tópico imediatamente anterior, uma vez que efetivada ameaça ou lesão ao direito fundamental à moral do cidadão, outro tanto terá ocorrido relativamente a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.

O Código de Processo Civil, além dos casos em que há interesses de incapazes em causa ou quando o objeto da discussão diz respeito ao estado da pessoa, ao pátrio poder, à tutela, à curatela, à interdição, ao casamento, à declaração de ausência e à disposições de última vontade, por seu artigo 82, inciso III, aponta como necessária a intervenção do órgão do Ministério Público nos casos em que há interesse público²⁸ em razão da

resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas. (...) A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. (...) Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas.” A Constituição da Itália, em nosso entendimento, aqui, com palavras diversas, está a tratar do valor fundamental da dignidade da pessoa humana.

²⁸ Interesse público, por evidente, é aquele definido na clássica lição de Renato Alessi (citado por Hugo Nigro Mazzilli in ‘O Ministério Público na Constituição de 1988’, Saraiva, 1989, p. 48), para quem não há como confundir o interesse público primário, caracterizado pelo interesse do bem geral da sociedade, com o interesse público secundário, que é o interesse da Administração Pública, ou o modo como determinado órgão governamental entende, em determinando momento histórico, o interesse público em uma situação determinada. A atuação do Ministério Público diz especificamente com o interesse público primário e, nesse sentido e somente nele se pode enquadrar a hipótese de intervenção em processo judiciais em que se discuta indenização por dano moral enquanto caracterizador de valor social relevante.

natureza da lide ou da qualidade da parte envolvidos no processo judicial. Relativamente à qualidade da parte nada há a ser dito que se relacione com o tema objeto da presente análise. Cabe-nos, por evidente, verificar a hipótese em que a intervenção do agente ministerial no processo civil se dá porque presente o interesse público em razão da natureza do direito discutido. Pelo que vimos afirmando até aqui, quando o dano tiver natureza moral há necessidade de intervenção do agente do Ministério Público no processo judicial em que discutida a indenização. Poder-se-ia objetar que a intervenção do Ministério Público não se destina à proteção do interesse particular da parte no resultado da demanda, mas sim do interesse público da exata aplicação da norma que solverá a lide. Ora, esse argumento vem em reforço à posição aqui defendida, em especial porque no caso do dano moral estaria o agente do *parquet* velando pela observância de uma norma jusfundamental, detentora, pois, de um *status* hierarquicamente superior e, afrontado um direito fundamental, a Constituição Federal, justamente a parte mais significativa do ordenamento jurídico haverá sido afrontada, assim como um dos pilares do regime democrático e fundamento do Estado.

Versando a demanda pleito de indenização por dano moral, pouco importa seja a pessoa a quem se atribui a prática da lesão física ou jurídica, e, no segundo caso, de direito público ou privado, e, ainda, sem importar a qualidade do titular do direito à moral afetado, há evidente necessidade de intervenção do Ministério Público em virtude de o objeto da lide denotar interesse público. Isso porque, consoante já afirmado, cuida-se de direito fundamental que, além de guardar estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana,²⁹ erigido em um dos fundamentos da República, é bem indisponível que tem inegável repercussão social. Assim, em sendo o Ministério Público instituição voltada para a proteção dos interesses da sociedade e, em especial, daqueles que se qualificam como indisponíveis, como é o caso, mister sua intervenção nos processos cujo objeto seja a discussão acerca do dano moral. Pouco importa, na adequada compreensão que se deva ter acerca do tema, que o dano moral se resolva em condenação, na imensa maioria das vezes, a indenização pecuniária. A natureza da lide denota interesse público porque o dano é moral; a indenização pecuniária não altera a substância do direito atingido. Simplesmente porque não há

²⁹ No caso de processo judicial que tenha por objeto a ocorrência de dano moral praticado contra pessoa jurídica já não haverá necessidade de intervenção ministerial, eis que ausente a conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana.

como recompor a moral que tenha sido afrontada é que a solução jurídica construída é a indenização.

De referir, ainda e em especial, que o objeto de exame no presente ensaio é a atuação do órgão ministerial no processo civil como órgão interveniente, fiscal da lei, no caso a caso. Vale trazer à liça, em assim sendo, oportuna analogia em relação ao controle de constitucionalidade. No controle concentrado, por intermédio de ação direta de inconstitucionalidade, o objetivo visado é exclusivamente a higidez do sistema/ordenamento jurídico. No controle difuso, feito caso a caso, a finalidade é a proteção de direito subjetivo que se obtém por intermédio da não aplicação de norma cuja inconstitucionalidade é argüida. Há, mesmo em ação ordinária movida por particular contra particular – controle difuso –, evidente interesse público a reclamar a intervenção do agente do Ministério Público, quando o direito subjetivo cuja tutela judicial é pretendida se trata de direito fundamental – aqui haveria uma espécie de controle difuso de constitucionalidade às avessas, ou seja, para se garantir mediante o processo por dano moral a aplicação/concretização da norma constante do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República. Tal raciocínio deve ser estendido a todo e qualquer processo judicial em que se pretenda a recomposição, mediante a tutela jurisdicional, de direito fundamental lesado por ato de particular ou do Estado. Em tais casos, a necessidade de intervenção do Ministério Público se deve ao interesse público em razão da natureza da lide – direito fundamental.

Calha salientar, nesse ponto, a visão relativa à intervenção do órgão do Ministério Público no processo civil manifestada por Ovídio Araújo Baptista da Silva,³⁰ para quem, já no longínquo ano de 1987, antes, pois, do ingresso em vigência da Constituição da República: “A antiga idéia que supunha o direito subjetivo como uma faculdade de seu titular, de que ele poderia valer-se quando e como lhe aprouvesse, foi completamente superada pela História. A moderna ‘civilização de massa’, pela primeira vez surgida na história da raça humana, como uma decorrência do aumento populacional e da concomitante democratização da cultura, pela crescente igualdade efetiva na fruição das novas conquistas materiais, na medida em que acentuou os conflitos sociais que costumam fazer submersos nas sociedades de

³⁰ *Curso de Processo Civil*, volume 1, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre: 1987, p. 249.

maior estratificação social, com hegemonia de classes ou de castas, tornou evidente que a ordem jurídica estatal não é posta simplesmente como uma possível alternativa, de que os indivíduos possam usufruir quando lhes parecer conveniente, ou abdicar de seu uso livremente, como se ao Estado moderno fosse indiferente a realização efetiva da ordem jurídica imposta pela lei “(negrito no original).

Em razão disso, conclui o doutrinador: “Poderíamos, em verdade, afirmar que a figura do Promotor de Justiça, como representante do Ministério Público no processo civil, é a alternativa moderna que viabiliza a superação do **princípio dispositivo**, sem comprometimento da **imparcialidade** do juiz, condição indispensável para o exercício da função jurisdicional” (os negritos são originais).³¹

Uma final e complementar arremetida teórica, desde a visão constitucionalista e na direção do processo civil, não pode prescindir do exame da construção de Peter Häberle,³² a partir da teorização de Jellinek, do denominado *status activus processualis*, conforme a qual a realização efetiva dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos passa, necessariamente, pela institucionalização do processo e do procedimento. Para HÄBERLE,³³ o *status activus processualis* deve ser adscrito ao *status activus* tal como contemplado na formulação de JELLINEK, a qual, de sua vez, apenas contemplava a compreensão jurídico-material. Isso porque o universo da organização e do procedimento é tipicamente o âmbito das competências estatais e nelas consiste o *status activus* de JELLINEK.

Dessa forma, além de garantir-se a efetivação dos direitos fundamentais veiculados na lide enquanto direito material em busca da tutela judicial, privilegia-se, também e com acento especial, a concretização do direito fundamental ao *due process of law*.³⁴ Essa formulação nada mais é do que a constatação, pura e simples, de que os direitos fundamentais para serem eficazmente aplicados exigem a existência de uma estrutura estatal e de procedimentos constitucionalmente adequados. Tal adequação, em se tratando de

³¹ Idem.

³² HÄBERLE, Peter, ‘Grundrecht im Leistungsstaat’, apud Robert Alexy; ‘Teoria de los Derechos Fundamentales’, p. 463/467.

³³ Idem.

³⁴ Assim em MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; ‘Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)’, Editora Malheiros, São Paulo: 2002, p. 79/83.

processo judicial em que se discuta ofensa ou ameaça a direito fundamental, reclama, dentre outras providências, intervenção do Ministério Público sob pena de afronta ao devido processo legal. Nesse sentido, é possível afirmar que o cidadão jurisdicionado tem direito à intervenção do agente do *parquet* no processo judicial que demanda tutela a direito fundamental.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

As assertivas constantes no presente estudo, sem maiores aprofundamentos e distantes de qualquer pretensão na direção de esgotar o tema, estabelecer delimitações e traçar diretivas institucionais, porque antes de tudo frutos da investigação teórica e da experiência funcional pessoal do autor e, em assim sendo, certamente destinadas a pautar exclusivamente a própria compreensão do tema, permitem-nos, contudo, avançar algumas conclusões que, não obstante passíveis de crítica e controvérsia, não se nos afiguram de todo descabidas.

Assim é que o desenvolvimento do tema propiciou constatar que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, há que haver uma compreensão constitucionalmente adequada do que seja efetivamente a instituição do Ministério Público e quais suas finalidades e atribuições constitucionalmente definidas. Nesse passo, a inevitável conclusão é no sentido de que as tarefas de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público cumpre pugnando, em cada processo judicial em que se coloquem em questão, pela efetiva concretização dos direitos fundamentais.

O desenvolvimento do tema também permite concluir que o direito à moral, enquanto direito fundamental, vincula-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme a norma positivada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em vista disso, entendidos os direitos fundamentais como direitos indisponíveis do cidadão, sempre que estiver em jogo a tutela a um desses direitos estará configurada a hipótese do interesse público em razão da natureza da lide. Isso porque, como visto, a intervenção ministerial em tais processos é forma de realização daquelas tarefas constitucionais de que se falou no parágrafo anterior.

De igual sorte, o exame das variadas temáticas imbricadas na abordagem que se levou a cabo possibilitou concluir que não é a circunstância de o dano moral se resolver, no mais das vezes, na indenização pecuniária suficiente a desnaturar o conteúdo do direito cuja tutela judicial se busca em ações que tais. A indenização tem natureza patrimonial e, como tal, é disponível, mas o direito a ser indenizado é fundamental e, por natureza, indisponível.

Por derradeiro, forçoso é também concluir que a dogmatização acerca do tema aqui vertido, de há muito forjada apenas no ambiente processualista, merece agora, mais do que nunca, ser revigorada por uma visão em perspectiva que do assunto se faça a partir da Constituição Federal.

Ficam, dessa forma, alinhadas as idéias aqui apresentadas no intuito de que outros se somem à ocupação teórica acerca do tema debatido, não apenas em relação ao direito fundamental de que em espécie se cuidou mas também em relação àqueles que com mais assiduidade se nos deparamos no quotidiano examinar dos processos judiciais como advogados, juízes ou promotores de justiça.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

ABREU E SILVA, Roberto de. *'A falta contra a legalidade constitucional'*, Ed. Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2002.

ALEXY, Robert. *'Teoría de los derechos fundamentales'*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1997, traduzido para o espanhol por Ernesto Garzón Valdés.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *'Curso de Processo Civil'*, volume 1, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre: 1987.

BOBBIO, Norberto. *'A era dos direitos'*, Editora Campus, Rio de Janeiro: 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *'Direito Constitucional e Teoriza da Constituição'*, Almedina, Coimbra: 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *'Los fundamentos de derechos fundamentales'*, Editorial Trotta, Madrid: 2001.

HESSE, Konrad. *'A força normativa da Constituição'*, SAFE, Porto Alegre: 1991. MAZZILLI, Hugo Nigro. *'O Ministério Público na Constituição de 1988'*, Editora Saraiva, São Paulo: 1989.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *'Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)'*, Editora Malheiros, São Paulo: 2002, p. 79/83.

MIRANDA, Jorge. *'Manual de Direito Constitucional'*, Tomo IV, Coimbra Editora: 1993.

MORAES, Alexandre de. *'Direitos Humanos Fundamentais'*, Editora Atlas, 3ª edição, São Paulo: 2002.

- NEGREIROS, Teresa. '*Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios*'. In: TORRES, Ricardo Lobo. '*Teoria dos Direitos Fundamentais*', Editora Renovar, Rio de Janeiro: 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. '*Perfil do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*', Editora Renovar, Rio de Janeiro: 1997.
- RAWLS, John. '*O Liberalismo Político*', Editora Ática, São Paulo: 2000.
- RITT, Eduardo. '*O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*', Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. '*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*', Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2001.
- . '*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*', Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 1998.
- SCHIER, Paulo Ricardo. '*Filtragem Constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica*', SAFE, Porto Alegre: 1999.
- SILVA, José Afonso da. '*Direito Constitucional Positivo*', Malheiros, 17ª edição, São Paulo: 2000.