

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS PÓS  
GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* MESTRADO EM  
DIREITO

EDUARDO HENRIQUE BORBA LESSA

**O *CUSTOS LEGIS* RETÓRICO:**  
A DESCONSTRUÇÃO DO FISCAL DA LEI NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

RECIFE

2011

EDUARDO HENRIQUE BORBA LESSA

**O *CUSTOS LEGIS* RETÓRICO:**  
A DESCONSTRUÇÃO DO FISCAL DA LEI NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, promovido pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

Orientador: Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia.

RECIFE

2011

L638c Lessa, Eduardo Henrique Borba  
O custos legis retórico : a desconstrução do fiscal da lei no processo civil brasileiro / Eduardo Henrique Borba Lessa ; orientador Lúcio Grassi de Gouveia, 2011.  
94 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2011.

1. Processo civil - Brasil. 2. Brasil. Ministério Público - História.  
I.Título.

CDU- 347.9 (81)

EDUARDO HENRIQUE BORBA LESSA

**O CUSTOS LEGIS RETÓRICO:**  
A DESCONSTRUÇÃO DO FISCAL DA LEI NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, promovido pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia, Doutor em Direito  
Universidade de Lisboa/Portugal. Orientador

---

Prof. Dr. Francisco Caetano Pereira, Doutor em Direito  
Universidade de Deusto/Espanha. Examinador Interno

---

Prof. Dr. José Elias Dubard de Moura Rocha, Doutor em Direito  
Universidade Federal de Pernambuco. Examinador Externo

O conhecimento aprofundado das funções ministeriais não se pode restringir ao círculo fechado dos mestres e doutores; deve, também, ser cultivado pelos advogados, magistrados e membros dessa grandiosa instituição, que é o Ministério Público. (MACHADO, 1998).

Com as palavras de Antônio Cláudio da Costa Machado, dedico este trabalho ao Ministério Público do Estado de Pernambuco.

Dedico igualmente a Deus e à minha família, razão da minha existência e de todo o meu sacrifício.

## AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma dissertação de mestrado é um trabalho complexo, não só pela produção do ato intelectual de pesquisa materializado no papel, mas, sobretudo, porque representa a síntese de tudo o que se vivenciou durante o curso, no correr dos vinte e quatro meses.

Nesse contexto, agradeço a contribuição de todos os professores com quem tive a oportunidade de estudar, destacando que, muito do que se debateu nas salas de aulas, está inserido, de forma implícita ou explícita neste trabalho.

Aos meus colegas de mestrado, especialmente os da 5ª turma, cada um com a sua experiência profissional e a sua particular visão do direito, agradeço a oportunidade de debater, dentro e fora das salas de aula.

Ao Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia, meu orientador, agradeço especialmente a disponibilidade e o desprendimento de encampar a orientação, considerando a peculiar situação por mim vivenciada no primeiro ano do curso, encontrando, dentro de tantos afazeres, o precioso tempo para o acompanhamento, e, conseqüente apresentação à comunidade acadêmica.

Devo um agradecimento igualmente especial às Prof.ªs Dr.ªs Virgínia Colares e Marília Montenegro. À primeira, pela oportunidade a mim conferida de participar de alguns debates no grupo de estudo de Análise Crítica do Discurso Jurídico e pela paciência de ouvir as minhas angústias. À segunda, ilustre coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), pela inesgotável fonte de tranquilidade, que me impregnava todas as vezes que participava à Coordenação as minhas agruras e incertezas.

Agradeço igualmente às dedicadas Nélia, Alexandra e Nicéas, que administram com zelo a secretaria dos mestrados da Universidade, sempre atendendo as demandas dos mestrados com presteza e atenção.

Por fim, e não menos importante, devo um agradecimento especialíssimo ao Prof. Dr. José Elias Dubard de Moura Rocha. Conheci-o ainda na Faculdade de Direito do Recife, no final da década de 80, eu noviço estudante da graduação e ele já no mestrado, encontrávamos nos intervalos das aulas na sala do diretório acadêmico onde nos emulávamos em embates enxadrísticos. Tive a honra, ainda na graduação, de ter sido brindado com as lições de Direito Processual Civil do seu pai, o saudoso jurista Prof. José de Moura Rocha. Mais à frente, quis o destino que nos encontrássemos novamente, desta feita, na solenidade de posse dos

Promotores de Justiça que ingressaram na instituição no ano de 1990, ocasião em que, naquela oportunidade, minha mãe tomava posse juntamente com ele. O destino continuou a nos aproximar quando, no final da década de 90, ingressava eu no Ministério Público de Pernambuco, passando agora a ser seu colega de profissão, pensando a instituição de maneira bem similar. Ingressei no mestrado em direito da UNICAP em cuja comissão examinadora figurava o agora doutor em Direito José Elias Dubard de Moura Rocha, que foi, inicialmente, designado meu orientador. Por circunstâncias outras, o Prof. José Elias Dubard de Moura Rocha afastou-se do programa de mestrado, mas continuou, de forma espontânea e amigável, a me orientar na elaboração deste trabalho, debatendo os temas, corrigindo os capítulos e emprestando rara bibliografia. Portanto, a José Elias Dubard de Moura Rocha, meu amigo, meu colega e meu professor, apresento os meus sinceros agradecimentos.

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade investigar a utilização da retórica pelo membro do Ministério Público na sua atuação como *custos legis* no processo civil, e, bem assim, o processo de desconstrução dessa mesma atuação, que vem sendo observado atualmente, partindo de um movimento que ganha corpo dentro da própria instituição. Tal como em todos os trabalhos acadêmicos, em que se procura encontrar uma resposta para uma dada pergunta, ou, a solução para um determinado problema, esta dissertação tem como propósito pesquisar os elementos fundantes do discurso retórico do fiscal da lei no processo civil e investigar os argumentos justificadores de uma tendência de se colocar num segundo plano essa atuação, cotejando-se esses aspectos com a história e com o ordenamento jurídico vigente no país. Na elaboração do estudo foram abordadas as seguintes temáticas: o Ministério Público e a sua história, no mundo e no país, de modo a se compreender a instituição e os nortes constitucionais que a balizam; a atuação do Ministério Público no processo judicial, com enfoque na atuação do *custos legis* no processo civil, e o movimento interno de desconstrução dessa atuação, sob o palio de uma suposta atrofia em face da atuação coletiva; a retórica aristotélica, seus aspectos históricos e características, de modo a se perquirir a natureza retórica do discurso do *custos legis*, sua relevância, e como ele se materializa no processo judicial civil. Chega-se, assim, à conclusão de que o discurso retórico do *custos legis* no processo civil brasileiro é atribuição inarredável da instituição, não subsistindo os argumentos em sentido contrário, seja pela perspectiva histórica, seja pela sua insustentabilidade perante o ordenamento jurídico como um todo, inclusive a própria Constituição Federal.

Palavras-chave: Ministério Público. *Custos Legis* no Processo Civil Brasileiro. Desconstrução. Retórica.

## ABSTRACT

This study aims to investigate the use of the rhetoric of the public prosecutor in his role as *custos legis* in civil proceedings, and, as well as the deconstruction of that action, which is being observed today, starting a movement that takes shape within the institution. As in all academic work, which attempts to find an answer to a given question or the solution to a given problem, this thesis aims to investigate the founding elements of the rant of the *custos legis* on civil procedure and investigate arguments justifying a tendency to add a second plane that performance, comparing to these aspects to the story and the legal system in force in the country. In preparing the study explored the following themes: prosecutors and its history, the world and the country in order to understand the institution and the north constitutional constrain, the actions of the prosecutor in the judicial process, focusing on *custos legis* action in civil proceedings, and internal movement of deconstruction that performance under the canopy of an alleged atrophy in the face of collective action; Aristotelian rhetoric, historical aspects and characteristics in order to assert the nature of rhetorical discourse of the *custos legis*, its relevance, and how it materializes in the civil lawsuit. We come thus to the conclusion that the rant of the *custos legis* in Brazilian civil procedure laws is the responsibility of the institution immovable, without there being the arguments to the contrary, is the historical perspective, either by their unsustainable before the legal system as a whole including the Federal Constitution.

Keywords: Public Prosecutor. *Custos Legis* in the Brazilian civil procedure. Deconstruction. Rhetoric.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>MINISTÉRIO PÚBLICO: ORIGENS E EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>13</b>
2.1	O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA CONTEMPORANEIDADE .....	13
2.2	MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO COMPARADO .....	15
2.3	ORIGENS REMOTAS.....	18
2.4	HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	22
2.4.1	A Constituição Imperial de 1824.....	22
2.4.2	A primeira das Constituições Republicanas: 1891 .....	23
2.4.3	A Constituição de 1934.....	25
2.4.4	A Constituição Polaca de 1937 .....	27
2.4.5	A Constituição de 1946.....	28
2.4.6	A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969.....	30
2.5	CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS .....	32
<b>3</b>	<b>O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL: O <i>CUSTOS LEGIS</i> .....</b>	<b>34</b>
3.1	PROLEGÔMENOS.....	34
3.2	INDISPONIBILIDADE E INTERESSES DESPERSONALIZADOS.....	35
3.3	DA DOGMÁTICA PROCESSUAL DO <i>CUSTOS LEGIS</i> .....	37
3.3.1	O art. 82, inciso II, do Código de Processo Civil .....	38
3.3.2	O art. 82, inciso III, do Código de Processo Civil.....	40
3.3.3	Da atuação processual do <i>custos legis</i> : os arts. 83 e 499 do Código de Processo Civil .....	42
3.4	O <i>CUSTOS LEGIS</i> NO MANDADO DE SEGURANÇA .....	43
3.5	DAS INVECTIVAS FORMAIS DE ‘ESVAZIAMENTO’ DO <i>CUSTOS LEGIS</i> .....	47
<b>4</b>	<b>A RETÓRICA.....</b>	<b>54</b>
4.1	O HOMEM SIMBÓLICO .....	54
4.2	ASPECTOS HISTÓRICOS.....	55
4.3	CARACTERÍSTICAS.....	58

4.4 AS QUATRO PARTES DA RETÓRICA.....	59
4.5 A ARGUMENTAÇÃO .....	61
4.6 AS TEORIAS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	62
<b>4.6.1 A tópica de Viehweg .....</b>	<b>63</b>
<b>4.6.2 A nova retórica .....</b>	<b>63</b>
<b>4.6.3 Concepções modernas da retórica.....</b>	<b>64</b>
4.7 A RETÓRICA JUDICIÁRIA E A RETÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO .....	65
4.8 CONSIDERAÇÕES ÚLTIMAS .....	69
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>75</b>
<b>ANEXO A - Carta de Ipojuca (PE).....</b>	<b>79</b>
<b>ANEXO B - Recomendação CNMP n° 16, de 28 de abril de 2010.....</b>	<b>84</b>
<b>ANEXO C - Ato PJC N° 001/2010.....</b>	<b>89</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O ano era 1999. Naquele ano, dois eventos marcariam de forma indelével a minha vida.

No dia 27 de janeiro ingressaria, com muito orgulho, nas hostes do Ministério Público do Estado de Pernambuco, no cargo de Promotor de Justiça, com a ansiedade, expectativa e impulsividade características dos mais jovens. Com a maturação provocada pelo inexorável passar do tempo e pela experiência adquirida no exercício diuturno das atividades ministeriais nas mais diversas regiões do Estado, pude conhecer com mais profundidade as relevantíssimas atribuições do Ministério Público, no exercício prático do dia-a-dia, indo além daquilo que os manuais ensinavam na época dos estudos para o concurso.

De fato, esse conhecimento institucional foi se aprofundando com o passar do tempo, sendo relevante destacar a evolução da instituição no aspecto material e estrutural, que, em conjunto com o exercício das atribuições conferidas pela ordem constitucional vigente, consolida o Ministério Público no processo de amadurecimento das instituições democráticas no Brasil.

Mas nem tudo é um mar de rosas. Como qualquer organização composta por seres humanos, o Ministério Público não estaria imune às suas próprias idiossincrasias. E elas são palpáveis no plano institucional, com as disputas políticas intestinas; no plano externo, com as tentativas legislativas de subtração de atribuições; e, no plano da sua atividade-fim, principalmente com o evidente dissenso acerca da atuação do Ministério Público no processo civil.

Volta-se a 1999. No final do mês de outubro foi realizado em Curitiba, Capital do Estado do Paraná, o 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Naquela época, passados mais de dez anos da promulgação da Constituição de 1988, começava a brotar no seio da instituição, ainda que de forma incipiente, o debate acerca da atuação do Parquet no processo civil, mais especificamente, na condição de *custos legis*.

Deveria o Ministério Público atuar como *custos legis* em todos os processos que a lei determinava? Qual seria o conceito de interesse público, como norma aberta componente do sistema jurídico, a justificar a intervenção do Parquet? Poder-se-ia extrair da Constituição de 1988 uma interpretação que autorizasse a não intervenção em hipóteses legalmente previstas?

Foi assim que se deu o primeiro contato com essas questões, que permaneceriam latentes por mais de dez anos, até que o Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010, sem caráter vinculante, pronunciando-se sobre o

tema e enumerando uma série de situações processuais em que seria desnecessária a intervenção do *custos legis* no processo civil.

É certo que o retorno às atividades ministeriais após o mencionado Congresso, nas mais diversas áreas de atuação, como é o caso dos Promotores em início de carreira, conhecida no jargão institucional como "clínica geral", impediram o aprofundamento do estudo de tão inquietantes questões.

Foi, todavia, com o ingresso no mestrado, que surgiu a oportunidade de se fazer um estudo mais intenso sobre a atuação do *custos legis* no processo civil, e que hoje surge como tema da dissertação final do curso, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito. Coincidiu o curso da pesquisa com o advento da Recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que se constituiu em importante substrato normativo a ser enfrentado no trabalho.

A temática, por si só, já seria suficiente para o desenvolvimento das investigações científicas, porém, com o intuito de abrir o leque para além da dogmática jurídica, principalmente em virtude da crise do positivismo formalista iniciada na segunda metade do Século XX, procurou-se imprimir à análise uma perspectiva retórica, perquirindo-se acerca da utilização das técnicas retóricas pelo *custos legis* no processo civil. A opção justifica-se à medida que não há enfoque nesse sentido sobre o Ministério Público, recaindo o estudo retórico, à generalidade, sobre as decisões judiciais.

Formuladas as hipóteses de pesquisa e efetuado o seccionamento epistemológico, estava então delimitado o caminho a ser trilhado para o desenvolvimento do trabalho final do curso.

Para o processo investigativo, metodologicamente falando, foram utilizados os métodos de pesquisa bibliográfico e documental, inerentes à própria formulação proposta.

No campo bibliográfico, ou de referências, foi feito o levantamento de textos, normativos ou não, e pesquisas anteriores disponíveis sobre o tema. Não foi tarefa fácil, em virtude das poucas referências, quer no que tange à atuação do *custos legis* no processo civil, quer no que pertine à retórica, não sendo menos verdade a ausência de trabalhos com enfoque na Recomendação do CNMP, face o seu ineditismo.

A busca de documentos se limitou àqueles que diretamente referiam à atuação do *custos legis* no processo civil, estando os textos normativos vinculantes inseridos no corpo do trabalho, sob a forma de notas de rodapé, e os não vinculantes ao final do trabalho, na forma de anexos, por opção metodológica.

O primeiro capítulo trata das origens do Ministério Público no plano geral, e, mais

especificamente, no Brasil, em realce com a sua história constitucional. Abordagem imprescindível para quem pretende entender a instituição desde as suas origens mais remotas, buscando na história a sua razão de ser.

O segundo capítulo aborda a atuação clássica do Ministério Público como *custos legis* no processo civil brasileiro, a sua regulação dogmática e implicações à luz da indisponibilidade dos direitos e do interesse público envolvidos no processo judicial. Em seguida, são analisados os textos normativos não vinculantes, e os seus respectivos fundamentos, que estabelecem proposições gerais para a não intervenção do *custos legis* em determinadas situações processuais. Daí o surgimento da tentativa de desconstrução do fiscal da lei.

O capítulo derradeiro tem por escopo o estudo da retórica, desde as suas origens primevas, passando pela sistematização aristotélica, até os dias atuais. Trabalho de singular dificuldade, porquanto a investigação filosófica histórica sofre com a antiguidade dos autores e temas, principalmente em função das traduções, considerando as mudanças nos sentidos das palavras e inexatidões da passagem do vocabulário original ao moderno.

Analisa-se, na sequência, o discurso retórico do *custos legis*, como modalidade da retórica judiciária, e a sua importância dentro do processo judicial, tendo sempre como foco o valor indisponibilidade.

Ao final, as conclusões do trabalho são apresentadas, não com o propósito de esgotar o tema, muito ao revés, mas sim de estabelecer um marco de discussões mais aprofundadas sobre assunto de tamanha relevância para os que fazem o Ministério Público do Brasil.

## 2 MINISTÉRIO PÚBLICO: ORIGENS E EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

### 2.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA CONTEMPORANEIDADE

O Ministério Público, na ordem constitucional vigente, é instituição do Estado, de cuja soberania é partícipe, e de caráter permanente, tendo recebido o status de função essencial à justiça, consoante se extrai do Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal de 1988, que trata da organização dos poderes constituídos.

A instituição é funcionalmente independente, não se subordinando hierarquicamente a nenhum dos poderes estatais constituídos, muito ao revés, tem por atribuição constitucional defender a sociedade, inclusive contra os abusos do poder estatal. A subordinação do Ministério Público dá-se, como não poderia deixar de ser, em face da própria Constituição e das leis, sujeitando-se aos controles constitucionais pré-estabelecidos, na ótica do sistema de freios e contrapesos, sendo sua atuação pautada pela “limitação racional do poder” (ROCHA, 1996).

Invoca-se aqui o conceito de instituição elaborado por Rawls (1997, p. 58):

Por instituição entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações. Como exemplo de instituições, ou, falando de forma mais geral, de práticas sociais, posso pensar em jogos e rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade.

Tem por atribuições primordiais a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como se depreende do caput do art. 127 da Carta Política de 1988, derivando, daí, uma série de funções institucionais estabelecidas no art. 129 do texto constitucional<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- 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;
- IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

Percebe-se então que o Ministério Público, em que pese ostentar características próprias de poder estatal, não foi assim considerado pelo constituinte originário, que preferiu manter a idealização liberal de divisão tripartite do poder, criada por Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu.

Assim, pelas características próprias do Ministério Público pátrio em servir aos fins imediatos do Estado sem, no entanto, fazer parte de sua estrutura enquanto pessoa, nem fazer parte de sua estrutura de governo, está claro não ser, em definitivo, o tão repetido “Quarto Poder”, mas sim, uma instituição auxiliar do Estado sem vinculação a qualquer dos órgãos executivo, judiciário ou legislativo. (ROCHA, 1996, p. 92).

Nessa ordem de idéias, é preciso que se destaque, com relevância, que o Ministério Público brasileiro, considerado o seu perfil constitucional, não guarda identidade plena com qualquer Ministério Público ou instituição similar em nenhum ordenamento jurídico-constitucional do mundo ocidental, quer no que tange à sua topografia constitucional, quer no que concerne à vasta gama de atribuições.

Essa peculiaridade institucional se entende na medida em que as palavras de Ary Florêncio Guimarães se materializam: “O Ministério Público, em cada país, depende das peculiaridades legislativas, da forma de governo, dos usos e dos costumes judiciários” (GUIMARÃES, 1959, p. 64). Acrescente-se aí, como fator preponderante, a inexorável evolução histórico-cultural de um país, representando um processo de amadurecimento e consolidação das suas instituições e poderes.

Nessa mesma linha pontua Ayarragaray, citado por Guimarães: “*El Ministerio Publico es el resultado de una evolución histórica conforme con la forma de gobierno, el carácter de los pueblos, el estado de los costumbres y el orden social*”. (GUIMARÃES, 1959, p. 64).

Hélio Tornaghi, por sua vez, arremata: “O Ministério Público não surgiu de repente, num só lugar, por força de algum ato legislativo. Formou-se lenta e progressivamente, em resposta às exigências históricas”. (TORNAGHI, 1976, p. 297).

---

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicado os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

## 2.2 MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO COMPARADO

No estudo do direito comparado, percebem-se as distinções entre os vários Ministérios Públicos do ocidente. Exemplificativamente serão analisados, *en passant*, os Ministérios Públicos da França, Portugal e Estados Unidos da América.

Berço da instituição, como se verá ainda neste capítulo, a França dispensa interessante tratamento ao seu Ministério Público. A Constituição francesa não alberga em seu texto normatização acerca do Ministério Público, restando a sua regulamentação a cargo das leis ordinárias (*ordonnances*), partindo do Código de Instrução Criminal e do Código Civil daquele país. (GUIMARÃES, 1959).

Em verdade, o Ministério Público francês vincula-se ao Poder Executivo, representando-o nos seus interesses e também à sociedade francesa. Os membros do Ministério Público são considerados magistrados, expressão que atende igualmente aos juízes. Os magistrados do Ministério Público são denominados *magistrature debout* ou *parquet* (magistratura de pé), enquanto que os magistrados judiciais são denominados *magistrature assise* ou *siège* (magistratura sentada).

O ingresso nas carreiras da magistratura francesa se dá por processo seletivo público (concurso) organizado pela *Ecole Nationale de la Magistrature*, podendo os membros da magistratura ser nomeados quer para a *magistrature assise*, quer para a *magistrature debout*, sem qualquer tipo de subordinação entre ambas, e passarem de uma função à outra, de acordo com ordenamento próprio.

Todavia, os membros da *magistrature debout*, diversamente dos magistrados judiciais, são subordinados ao Ministro da Justiça, não havendo, assim, uma independência total, na medida em que as diretivas gerais da instituição e o controle disciplinar ficam a ele afetas. Adite-se a isso o fato de que se concentram na sua figura todos os pedidos de informação e reclamações formuladas em face da atuação geral ou isolada do Ministério Público, seja por agentes políticos, seja pelo representante dos advogados franceses. (CARVALHO, 1986).

Em certa medida, justifica-se essa postura em razão da responsabilização do Ministro da Justiça perante o parlamento pelos atos praticados pelos representantes do Ministério Público. Todavia, não deixa de ser uma posição subalterna a do Ministério Público francês, cuja independência encontra-se de direito e de fato comprometida.

Carvalho (1986, p. 85), por sua vez, detectou uma antinomia nessa situação de subordinação do Ministério Público francês ao Ministro da Justiça. É que, em audiência no processo penal francês, o membro do Ministério Público possui total autonomia funcional,

podendo inclusive desobedecer à política implementada pelo Ministro da Justiça.

Registre-se, por fim, que a atuação da *magistrature debout* ou Ministério Público francês é marcante na seara criminal, com algumas atuações pontuais no processo civil.

As diferenças entre o Ministério Público francês e o Ministério Público brasileiro são bastante acentuadas, como se percebe, seja no plano do relevo institucional no ordenamento jurídico seja no âmbito das suas funções e atribuições.

O estudo comparativo segue com o Ministério Público português, dada a importância para o direito brasileiro das contribuições e influências trazidas pelo país colonizador.

O Ministério Público, à luz do que preconiza a Constituição Portuguesa, é órgão do poder judicial, sendo os seus integrantes considerados magistrados. Tem por função precípua colaborar com o poder jurisdicional, principalmente pelo exercício da ação penal e pela iniciativa de defesa da legalidade democrática. Nesse contexto, tem o Ministério Público português as seguintes atribuições, dentre outras: representação de pessoas carentes de proteção (como órfãos e menores trabalhadores); defesa dos interesses difusos (meio ambiente, patrimônio público); defesa da constitucionalidade e legalidade; e, mais recentemente, participação na execução da política criminal. (CANOTILHO, 2002, p. 677-678).

Como se pode observar, o Ministério Público português já guarda certa semelhança com o Ministério Público brasileiro, muito embora esteja inserido no poder judicial. Vê-se a extrapolação, em sede constitucional, das atribuições ministeriais para além da titularidade da ação penal. Esse fenômeno foi bem identificado por José Elias Dubard de Moura Rocha (1996, p. 93):

No bojo do Estado Democrático de Direito há uma evidenciada preocupação em atribuir ao Ministério Público, constitucionalmente, atribuições que vão além da tradicional concepção restrita de titular da ação penal, particularmente, naqueles países recém redemocratizados a exemplo de Portugal e Espanha.

Finalmente, o Ministério Público norte-americano.

A importância de se estudar o Ministério Público dos Estados Unidos da América do Norte reside no fato de que, com o fenômeno da globalização e da comunicação de massas, tornou-se cada vez mais comum no Brasil a transmissão de programas televisivos, filmes e shows em que, invariavelmente, aparecem julgamentos criminais americanos, dando-se ênfase à atuação do representante do Ministério Público naquele país. Essa percepção fenomênica é tão palpável que a televisão brasileira, por meio das suas novelas, já retratou julgamentos criminais baseados na realidade criminogênica nacional adotando-se como modelo o júri

americano.

Pois bem, o Ministério Público americano, como de resto todo o sistema jurídico, está calcado no *common law* do direito anglo-saxão, permeado com o seu característico pragmatismo, diverso da herança recebida pelo Brasil do *legal law* romano, cuja análise da culpa do agente é imprescindível para uma eventual condenação.

Com atuação eminentemente criminal, o Ministério Público americano é caracterizado pelo foco constante na realidade criminogênica do país, sendo sempre contemplado com abundantes recursos para a desincumbência do seu desiderato, bem assim como toda a máquina judiciária dos Estados Unidos da América, objetivando a realização de uma justiça efetiva, assim considerada pela população.

Para isso, o Ministério Público americano detém uma considerável ingerência sobre a atividade policial, e, como titular da ação penal, pode negociar com a defesa por meio da *plea bargain*, *plea bargaining* ou *plea negotiation*, que nada mais é do que propor a redução das penas abstratas no caso concreto, de menor repercussão social (*misdemeanor or trespassing*), mediante a assunção de culpa pelo agente, sem levar o caso aos tribunais. Aos tribunais ficam reservados os casos de maior gravidade e repercussão na sociedade, os chamados *felonies* (*fellony* no singular).

Os críticos do sistema de negociação adotado pelo Ministério Público americano, invariavelmente da corrente do *legal law*, ressaltam que a *plea bargain* sepulta, de uma só penada, o princípio do contraditório, impedindo o duelo retórico; o princípio da presunção de inocência; e o princípio da busca pela verdade real, todos tão caros à processualística penal. (CARVALHO, 1986).

Todavia, tais críticas não encontram eco na Suprema Corte americana, que, por diversas vezes, teve a oportunidade de afirmar a constitucionalidade da *plea bargain*, destacando se o caminho mais curto, menos oneroso e menos vexatório de realização da justiça.

Igualmente ao Ministério Público francês, o Ministério Público americano não possui sede constitucional. A chefia da instituição cabe ao *Attorney General* na esfera federal (equivalente ao Ministro da Justiça brasileiro), de livre escolha do Presidente da República, sendo assessorado pelos *U.S. District Attorneys*, por ele indicados e nomeados pelo Presidente para um mandato de quatro anos. No âmbito estadual, chefia o Ministério Público o *State Attorney General*, cuja investidura no cargo se dá por eleição estadual para mandato de quatro anos. No plano do condado (*county*), o *District Attorney* chefia a instituição, sendo igualmente eleito para um mandato de quatro anos (GARCIA, 2004, p. 26-28). Não há

qualquer tipo de subordinação entre o Ministério Público federal americano e o Ministério Público dos Estados e dos condados.

Constata-se então que, na estrutura federativa americana, à exceção da esfera federal, todos os chefes da instituição, seja no âmbito estadual, seja no âmbito dos condados, são submetidos ao crivo do voto popular, devendo prestar contas de suas ações à sociedade que o elegeu de quatro em quatro anos.

Os eleitos nos Estados e condados, assim como os *U.S. District Attorneys*, escolhem livremente os seus assistentes, que são demissíveis *ad nutum*, razão pela qual a instituição assume a feição do seu chefe, de conformidade com a vontade popular.

É, portanto, o Ministério Público americano essencialmente diverso do Ministério Público brasileiro. Dentre as diferenças marcantes, merece destaque a forma de investidura nos cargos da instituição. Enquanto que no Ministério Público americano a investidura se dá, na sua maioria, por processo eletivo popular, no Ministério Público brasileiro os membros da instituição são nomeados após submissão a concurso público de provas e títulos, tornando-se vitalícios após estágio probatório, da mesma forma que na magistratura. Percebe-se que o legislador constituinte originário adotou o sistema meritório do concurso público para ingresso na carreira, como de resto em todo o serviço público brasileiro, à exceção de cargos políticos com mandato popular e alguns outros cargos como os comissionados e os honoríficos.

Para ajudar a compreender essas principais diferenças e peculiaridades entre os diversos Ministérios Públicos do mundo ocidental, é que surge a necessidade de estudar a instituição desde os seus primórdios, pois é na história que se busca a razão de ser das coisas.

### 2.3 ORIGENS REMOTAS

Há certa convergência dos estudiosos quando referem às origens mais remotas do Ministério Público, principalmente quando se considera a visão ocidental estrita de defensor da sociedade, tornando a investigação histórica mais objetiva e, portanto, menos suscetível às imprecisões metodológicas.

Roberto Lyra (1989, p. 17), Ary Florêncio Guimarães (1959, p. 55) e Antônio Cláudio da Costa Machado (1998, p. 10) são unívocos ao citarem e atribuírem aos estudos histórico-investigativos de Berto Valori o levantamento das origens mais remotas do Ministério Público.

Para o mencionado pesquisador, o Ministério Público teve a sua origem há cerca de

4.000 (quatro mil) anos no antigo Egito. O funcionário real, denominado *Magiaí*, exercia funções que se assemelhavam às atuais atribuições ministeriais.

I – é a língua e os olhos do rei; II – castiga os rebeldes, reprime os violentos, protege os cidadãos pacíficos; III – acolhe os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; IV – é o marido da viúva e o pai do órfão; V – faz ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; VI – tem parte nas instruções para descobrir a verdade. (VALORI, apud LYRA, 1989, p. 17).

Na Grécia antiga são referidos os *Thesmotetis* ou *Desmodetas*, funcionários cuja principal atribuição era velar pela correta aplicação da lei, sem, contudo, atuarem na repressão criminal, porquanto naquela época a acusação criminal era deflagrada pelas vítimas ou seus familiares e ainda o cidadão da polis. (GARCIA, 2004, p. 8).

Já na Roma antiga são considerados precursores da instituição os *Procuratores Caesaris* (Procuradores de César), funcionários qualificados que tinham por dever exclusivo defender o Estado romano e o tesouro do imperador, vez que, igualmente à Grécia, a iniciativa da persecução penal era do povo ou do próprio ofendido (GARCIA, 2004, p. 8).

Esse cenário constituiu campo fértil para que os oradores atenienses e romanos desenvolvessem verdadeiras disputas de eloquência, marcando o período como o da criação e desenvolvimento da retórica como forma de fazer sucumbir o oponente no pugilato intelectual. É a fase judiciária da retórica, como será visto mais adiante.

Na idade média, em face da nova ordem sócio-político-econômica advinda com a queda do império romano e a ascensão da igreja católica, que modificou sobremaneira o modo de enxergar o direito e distribuir a justiça na Europa ocidental, são identificados os *bailios*, os *senescais* e os *saions* como antecedentes históricos dos atuais Promotores de Justiça. Os dois primeiros cuidavam de defender os interesses dos senhores feudais em juízo. Os últimos, muito embora desempenhassem atividades fiscais, atuavam na defesa dos órfãos e exerciam a acusação contra tutores relapsos e criminosos. Ainda sobre os *saions*, João Bonumá, citado por Antônio Cláudio da Costa Machado, pontua que foram criados pelo imperador Carlos Magno, atuando como advogados do erário e intervinham na justiça, executando sentenças e representando interesses de incapazes. (MACHADO, 1998, p. 13).

No âmbito da igreja católica são sempre referenciados os *missus dominicus* e os *vindex religionis*. Estes atuavam nos processos instaurados no período inquisitorial. Aqueles tinham por atribuição “visitar os condenados e fiscalizar a atuação dos delegados do soberano, ouvindo reclamações e coibindo abusos” (GARCIA, 2004, p. 8).

Percebe-se que, mesmo com a delimitação do objeto de estudo pela história do

ocidente, há uma diversidade de figuras históricas as quais os autores identificam como precursoras dos atuais membros do Ministério Público, revelando a dificuldade do levantamento histórico sobre a instituição.

Todavia, parece mais consentânea a visão de Hugo Nigro Mazzilli acerca das origens do Ministério Público brasileiro. Para o referido estudioso da instituição, a sua origem moderna estaria ligada ao direito francês e ao direito português:

Embora possam ser buscadas raízes históricas do Ministério Público em alguns funcionários e magistrados antigos, como na Roma clássica ou no antigo Egito, na verdade, o Ministério Público moderno originou-se dos procuradores do rei, e o Ministério Público brasileiro, por sua vez, desenvolveu-se efetivamente a partir dos procuradores do rei do Direito lusitano. (MAZZILLI, 1997, p. 35).

De fato, o berço institucional do Ministério Público foi a França, com a figura dos procuradores do Rei (*les gens du Roi*). A primeira referência legislativa à instituição do Ministério Público em França foi a ordenança (*ordonnance*) de Felipe o Belo, em 25 de março de 1302, que expressamente fez menção aos procuradores do Rei como agentes do poder real perante as cortes, cabendo-lhes a tutela dos interesses do Estado, separado da pessoa e dos bens do Rei e com absoluta independência em relação aos juízes. (MACHADO, 1998).

Tal disciplinamento legal veio apenas a tornar de direito uma atuação dos procuradores do Rei que de fato já se dava na França desde a publicação, por Luís IX, dos Estatutos de São Luís, em 1270.

Nessa quadra, merecem destaque as palavras de José Augusto César Salgado em discurso proferido no I Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em São Paulo no ano de 1954, citado por Ary Florêncio Guimarães:

Na Antiguidade Clássica, houve época em que o procedimento penal cabia a qualquer do povo; se este não se manifestasse ante o Pretório, o crime ficaria impune. É que não havia ainda um agente oficial encarregado do alto munus que é o exercício da ação penal. Mais tarde, nos albores da Idade Média, transferiu-se aos próprios magistrados a prerrogativa da instauração do processo, que eles próprios instruíam e rematavam com o julgamento. Era o sistema inquisitório, que enfeixava nas mãos do magistrado as funções do acusador e juiz. Evoluindo a consciência jurídica, no ano de 1302, em França, surgiu a instituição que Ortolan chamou de ‘grande et belle magistrature’ e que Montesquieu exaltou em palavras clássicas: ‘Nous avons aujourd’hui une loi admirable’; uma lei admirável pela qual o ‘Príncipe’ tinha junto de cada tribunal um agente para perseguir em seu nome todos os crimes. Assim se criou o Ministério Público; a princípio, como simples agente do rei, ‘procureur du Roi’, na época em que o Rei era o próprio Estado, a própria Nação. Com o decorrer dos tempos, o Ministério Público viu ampliadas as suas atribuições e, então, surgiu o ‘Procurador da Coroa’, com funções mais amplas, falando em nome da própria instituição monárquica. Advindo a Revolução Francesa, novas atribuições ganhou a instituição, que se apresenta, modernamente, como integrante do Poder Executivo (sic). Hoje, na lição dos melhores tratadistas, o Ministério Público é verdadeiro órgão do Estado, de cuja soberania é partícipe (SALGADO, 1954 apud GUIMARÃES, 1959, p. 61-62).

Partindo desse marco legal, várias outras *ordonnances* vieram a lume, sendo a mais relevante a *Ordonnance Criminelle*, promulgada por Luiz XIV em 1670, que se constituiu na grande codificação do processo criminal francês, e que veio a aumentar consideravelmente as atribuições do Ministério Público, ampliando o seu campo de ação e dando um grande passo para a autonomia institucional que se consolidou, já na fase republicana (nova ordem estabelecida com a Revolução Francesa de 1789), com as disposições do Código de Instrução Criminal pertinentes ao Ministério Público. (GUIMARÃES, 1959).

Da França, a instituição se espalhou pelo mundo ocidental, influenciando sobremaneira o sistema judiciário português, principalmente pela codificação denominada Ordenações Afonsinas. O Brasil foi descoberto sob o império dessa codificação, constituindo os seus mandamentos berço para o nascimento da história jurídica do país.

Do ponto de vista do Ministério Público, importa destacar as Ordenações Manuelinas (recompilação das Ordenações Afonsinas, determinada por D. Manuel, o Venturoso, que trouxe profundas mudanças no direito português), cuja edição definitiva se deu em 1521, sendo perceptível a influência do direito francês e do direito canônico, quando determinava que o Promotor de Justiça deveria ser alguém “letrado e bem entendido para saber espertar e alegrar as causas e razões, que para lume e clareza da justiça e para inteira ‘conservação’ dela convém[...].” (MACHADO, 1998, p. 15).

Em sucessão às Ordenações Manuelinas foram elaboradas em Portugal as Ordenações Filipinas, em 1603, e que regeram durante algumas centenas de anos a vida jurídica do Brasil colônia. Referida codificação tratava, em seu bojo, do Procurador dos Feitos da Coroa, do Procurador dos Feitos da Fazenda, do Promotor de Justiça da Casa da Suplicação, e, finalmente, do Promotor de Justiça da Casa do Porto. As disposições que tratavam do Promotor de Justiça da Casa da Suplicação tinham o seguinte conteúdo:

Ao Desembargador da Casa da Suplicação, que servir de Promotor de Justiça, pertence requerer todas as coisas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça. E a seu ofício pertence formar libelos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser acusados na Casa da Suplicação por acordo da Relação. E levará de cada libelo cem réis; e onde houver querela perfeita, ou quando o seguro confessar o malefício na carta de seguro, em cada um dos ditos casos o faça pelo mandado dos Corregedores da Corte dos feitos crimes, ou de qualquer outro Desembargador, que do feito conhecer. O qual libelo fará no caso de querela o mais breve que puder, conforme a ela. Porém, nos casos onde não houver querela, nem confissão da parte, porá sua atenção na devassa, parecendo-lhe, que ela se não deve proceder, para com ele dito Promotor se ver em Relação, se deve ser acusado, preso ou absolvido. E assim fará nos ditos feitos quaisquer outros artigos e diligências, que forem necessárias por bem da Justiça. Porém não razoará os feitos em final, salvo em algum feito de importância. Sendo-lhe mandado por acordo da Relação. (GARCIA, 2004, p. 16).

É certo que no período dos governos gerais, de 1594 a 1767, e no vice-reinado, de 1767 a 1808, a instituição não possuía uma organização bem definida, mas perante os tribunais de Relação atuavam um Procurador da Coroa e um Promotor de Justiça, enquanto que junto aos juízes monocráticos atuavam solicitadores dos resíduos e curadores especiais. (GUIMARÃES, 1959).

Fica claro, então, que o aparecimento da instituição, no período do Brasil colonial, está umbilicalmente ligado ao surgimento das primeiras corporações judiciárias na colônia. A partir da independência do Brasil, com as sucessivas ordens constitucionais, forjou-se o Ministério Público de hoje.

## 2.4 HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

### 2.4.1 A Constituição Imperial de 1824

Com a independência do Brasil de Portugal, a sete de setembro de 1822, resultado histórico de um processo iniciado com a vinda da família real portuguesa à colônia, fugindo das invasões promovidas por Napoleão Bonaparte, e que aqui permaneceu de 1808 a 1821, construiu-se a primeira ordem constitucional do Brasil império.

A Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, em que pese ter-se constituído num marco do liberalismo da época, com a abolição da tortura, do açoite, das penas cruéis, dentre outras medidas, não referiu em seu texto ao Ministério Público (MACHADO, 1998), muito embora fizesse menção ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional como titular da acusação nos crimes de competência do Senado<sup>2</sup>, bem como determinou em seu art. 163<sup>3</sup> a criação do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação, “sendo que, para funcionar junto a estes, nomeava-se um de seus desembargadores, que recebia a denominação de Procurador da Coroa e exercia a chefia do parquet.” (GARCIA, 2004, p. 29).

Todavia, determinou dita Carta a elaboração de um Código Criminal<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Art. 48. No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Coroa e Soberania Nacional.

<sup>3</sup> Art. 163. Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juízes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir.

<sup>4</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

O Código Criminal do Império foi editado em 1830, consagrando o princípio da reserva legal. Em seguida, diante da necessidade de se adaptar as normas esparsas de processo ao novo sistema penal vigente, surgiu o Código de Processo Criminal brasileiro em 1832. Esta codificação foi o primeiro texto normativo brasileiro a dar tratamento sistemático e abrangente ao Ministério Público enquanto instituição. (MACHADO, 1998).

Nas palavras de Jairo Cruz Moreira, “os artigos 36, 37 e 38 do Código de Processo Criminal previam, respectivamente, quem poderia ser promotor, suas atribuições na esfera penal e a forma de substituição no caso de impedimento ou falta” (MOREIRA, 2009, p. 19).

Após a edição do Código de Processo Criminal, várias outras normas foram editadas, no correr do tempo imperial, que versaram, ainda que reflexamente, sobre as atribuições do Ministério Público. Contudo, as atribuições da instituição permaneceram restritas à atuação criminal, em que pese, nesse período, os avanços na legislação processual civil.

A despeito do surgimento institucional levado a efeito no império, a instituição ministerial gozava ainda de pouco prestígio, como se vê nas palavras de Sérgio de Andréa Ferreira (apud GARCIA, 2004, p. 30).

O Código de Processo Criminal de 1832, reformado em 1841, colocou o Parquet em posição subalterna, bastando dizer que ocorria o seguinte, à época: os eleitores podiam ser jurados; os jurados podiam ser promotores; um analfabeto, que podia ser eleitor e jurado, estava apto, portanto, a ser promotor. Por isso, segundo alguns, o primeiro diploma legal que, no Brasil, realmente tratou o Ministério Público como instituição foi o Decreto Federal nº 1.030, de 14 de novembro de 1890.

Mas aí já era a República.

#### **2.4.2 A primeira das Constituições Republicanas: 1891**

Proclamada a República, aos 15 de novembro de 1889, surgiu então uma nova era no Brasil. As normas do país necessitavam se adequar à nova forma de governo. Veio então o advento da Constituição promulgada de 1891, como norma fundamental a suportar toda a nova ordem jurídica.

Na perspectiva do Ministério Público, guardam importância, no período compreendido entre a proclamação da República e a nova ordem constitucional estabelecida, os Decretos nº 848/1890 e nº 1030/1890, ambos de autoria do Ministro Campos Salles. O primeiro deles tratava da Lei Orgânica da Justiça Federal, e se caracterizou, no particular, por esboçar a

---

XVIII – Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade;

verdadeira posição de independência e autonomia do Ministério Público, na medida em que estabelecia que os Procuradores da República gozavam de inamovibilidade, e a sua chefia, a ser exercida por um ministro do Supremo Tribunal Federal, ostentava o caráter da vitaliciedade. O segundo Decreto, por sua vez, reforçando a autonomia institucional do Decreto anterior, foi considerado o verdadeiro estatuto do Ministério Público, prescrevendo em seu artigo 164, que: “O Ministério Público é, perante as justiças constituídas, o advogado da lei, fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito”. (GUIMARÃES, 1959, p. 72-73).

As expectativas em relação ao disciplinamento que a futura Constituição de 1891 daria ao Ministério Público eram altas em função da estrutura desenhada pelos Decretos mencionados anteriormente. Mas não passaram de expectativas. A primeira Carta da República não contemplou a instituição do Ministério Público, limitando-se apenas a fazer menção ao Procurador-Geral da República no Título do Poder Judiciário<sup>5</sup> e a conferir-lhe atribuição para a propositura de revisão criminal em favor do réu<sup>6</sup> (MACHADO, 1998).

No plano estadual, saiu na frente o Rio Grande do Sul. A sua “Constituição Positivista”, como dito por Aliomar Baleeiro (2001 apud GARCIA, 2004, p. 31-32), dispôs, em seu artigo 60:

Para o fim de representar e defender os interesses do Estado, os da justiça pública e os dos interditos e ausentes perante os juízes e tribunais, será instituído o Ministério Público, composto de um procurador geral do Estado, nomeado pelo presidente deste entre os membros do Superior Tribunal, e de promotores públicos, cujas atribuições serão definidas em lei. Haverá um promotor em cada comarca, nomeado pelo presidente do Estado, sob proposta do procurador geral, a quem será imediatamente subordinado.

No plano infraconstitucional, aludiu ao Ministério Público a Lei nº 280, de 29 de julho de 1895, estabelecendo que o Procurador-Geral da República fosse mantido no cargo enquanto bem servisse. Era a adoção do princípio americano do *during good behavior*, que, num primeiro momento foi entendido pelo Supremo Tribunal Federal como sendo uma plena

<sup>5</sup> Art. 58. Os Tribunais Federais elegerão de seu seio os seus presidentes e organizarão as respectivas secretarias.  
§1º. omissis;

§2º. O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei.

<sup>6</sup> Art. 81. Os processos findos, em matéria-crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar, ou confirmar a sentença.

§1º. A lei marcará os casos e a forma de revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou ex officio pelo Procurador-Geral da República.

garantia de estabilidade, entendimento esse que foi revisto num segundo momento pela Corte Suprema, que passou a entender que a norma exprimia a possibilidade de demissão *ad nutum* do Procurador-Geral da República. (GUIMARÃES, 1959, p. 74).

Os Decretos nº 9.273 e nº 9.263, ambos do ano de 1911, dispuseram que “o Ministério Público, perante as autoridades constituídas, é o advogado da lei e o fiscal da sua execução, o promotor da ação pública contra todas as violações do direito.” (GARCIA, 2004, p. 32).

Com o fim da República Velha e sob os auspícios de uma influência renovadora das triunfantes Revoluções de 1930 e 1932, concretizou-se o soerguimento do Ministério Público na nova ordem constitucional. Era o começo da era Vargas.

### 2.4.3 A Constituição de 1934

Enfim, alcançou o Ministério Público *status* constitucional. A segunda Carta Republicana alçou a instituição a um quadro de evidente autonomia, seja em relação ao Poder Executivo, seja em relação ao Poder Judiciário, quando, topograficamente, situou-a no capítulo que tratava “Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais” (artigos 95 a 98)<sup>7</sup>, junto com os Tribunais de Contas e com os Conselhos Técnicos, que tinham por função assistir aos ministérios.

No dizer de Ronaldo Poletti:

<sup>7</sup> Art. 95. O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

§1º. O Chefe do Ministério Público Federal nos juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível *ad nutum*.

§2º. Os chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios serão de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos desembargadores.

§3º. Os membros do Ministério Público criados por lei federal e que sirvam nos juízos comuns serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa.

Art. 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal, para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou ato.

Art. 97. Os chefes do Ministério Público na União e nos Estados não poderão exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição. A violação deste preceito importa a perda do cargo.

Art. 98. O Ministério Público, nas Justiças Militar e Eleitoral, será organizado por leis especiais, e só terá, na segunda, as incompatibilidades que estas prescreverem.

Do ponto de vista formal, inspiraram-se os estadistas de então na Constituição de Weimar, de 1919, e na Constituição Republicana Espanhola, de 1931. A Lei de 1934 foi elaborada de acordo com o pensamento jurídico da época, o qual, nascido depois da Primeira Grande Guerra, buscava a racionalização do poder. (POLETTI, 2001, p. 19).

Inspirados assim pelas grandes mudanças internas e externas, os legisladores constituintes conferiram um novo perfil ao Ministério Público. O Procurador-Geral da República não mais seria escolhido dentre os Ministros da Corte Suprema, mas sim pelo Presidente da República, submetida dita escolha ao crivo do Senado Federal. Avançou ainda o Texto Constitucional ao criar os Ministérios Públicos da União, Distrito Federal, Territórios e Estados, cujas organizações foram delegadas à lei. Finalmente, pontuou a Constituição acerca da estabilidade e vedações dos membros da instituição, bem assim consagrando o sistema meritório do concurso público para ingresso na carreira.

Pontes de Miranda (1936, p. 778) assim se pronunciou sobre o aparecimento do Ministério Público no corpo da Constituição de 1934:

A inserção do Ministério Público na tratção institucional da Constituição se explica pela natureza obrigatória do ofício. Não se pode cercear, ou tolher, ou dirigir a liberdade de juízo, de pensamento e de ação do Ministério Público. O de que ele se incumbem é de velar pela observância das leis, regulamentos e instruções, na tutela dos interesses do Estado, de certas instituições, de incapazes, de massas, e de ausentes. É o órgão ou conjunto de órgãos pelo qual se exerce o interesse público em que a justiça funcione. Se bem que ligado ao ordenamento judiciário, não faz parte da Justiça, não é órgão jurisdicional, mas administrativo. É um dos ramos do Poder Executivo a que a Constituição de 1934 atribui caráter mais independente dele do que têm outros, e daí a noção de cooperação nas atividades governamentais.

Outra destacada façanha da Constituição de 1934 foi espancar de vez a velha, embotada e injustificada discussão reinante sobre se o Ministério Público integrava ou não o Poder Judiciário. Destacam-se, a esse respeito, os ensinamentos de Ary Florêncio Guimarães (1959, p. 98):

O Ministério Público, repita-se, estava expressamente contemplado na sistemática constitucional como autêntico órgão do Estado, interpenetrado, é certo, com as funções de administração atribuídas ao Executivo, mas portador de acentuadas prerrogativas de independência que o diversificavam do Poder Judiciário.

Mas a satisfação daqueles que almejavam um Ministério Público forte, com lastro constitucional, durou pouco. O retrocesso veio rápido. Com o golpe de Estado levado a efeito por Getúlio Vargas e seus correligionários, uma nova ordem jurídica passou a vigor no país a partir de 1937.

#### 2.4.4 A Constituição Polaca de 1937

Outorgada em 10 de novembro de 1937, a nova Constituição brasileira, inspirada na Constituição polonesa de 1935, foi o sustentáculo do período histórico conhecido por Estado Novo; elaborada por Francisco Campos para o exercício ditatorial do poder por Getúlio Vargas. (PORTO, 2001).

Para o Ministério Público, entretantes, representou verdadeiro retrocesso. Não era do interesse da ideologia reinante o fortalecimento de uma instituição “cuja verdadeira eficácia somente se poderia verificar em um regime democrático.” (MOREIRA, 2009, p. 21).

Nessa ordem de idéias, deixou o Ministério Público de ter tratamento constitucional específico, sendo mencionado apenas em algumas situações pontuais, na parte que tratava do Poder Judiciário, como no caso da escolha do Procurador-Geral da República, do órgão competente para processá-lo e julgá-lo, da possibilidade de interposição de recurso e, por fim, do quinto constitucional como forma de acesso aos tribunais por membros do *Parquet*<sup>8</sup>.

No plano infraconstitucional, coube ao Decreto-Lei nº 986 de 27 de dezembro de 1938, organizar o Ministério Público Federal, estabelecendo, em seu art. 1º, que seria composto pelo Procurador-Geral da República, pelos Procuradores Regionais da República, pelo Procurador da Propriedade Industrial, pelos Procuradores Adjuntos e pelos Promotores de Justiça dos Estados e do Território do Acre, quando representassem em juízo a Fazenda Nacional. (GARCIA, 2004).

Referida legislação cuidou ainda de estabelecer as garantias dos membros do Ministério Público, fazendo remissão ao art. 156, c, da Carta Maior, que estipulava as

<sup>8</sup> Art. 99. O Ministério Público Federal terá por chefe o procurador-geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para ministro do Supremo Tribunal Federal.

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – Processar e julgar originariamente:

a) omissis;

b) Os ministros de Estado, o procurador-geral da República, os juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos territórios, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos ministros de Estado e aos ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do §2º do art. 89 e no art. 100.

Parágrafo único. Nos casos do nº II, nº 2, letra b, poderá o recurso também ser interposto pelo presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.

Art. 105. Na composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista Tríplice.

garantias para os demais funcionários públicos. Pela dicção constitucional, os membros do Ministério Público só poderiam ser exonerados em virtude de sentença judicial ou mediante “processo administrativo em que fossem ouvidos e pudessem defender-se, mas desde que possuíssem dois anos de exercício no caso de nomeação por concurso de provas e dez anos em qualquer outro caso. (GUIMARÃES, 1959, p. 99).

As poucas garantias dos membros do Ministério Público Federal previstas na Constituição e no Decreto-Lei nº 986 foram praticamente reproduzidas no âmbito estadual, ora pelas disposições estatutárias do funcionalismo público de um modo geral, ora por normas de organização judiciária locais.

As vinculações do Ministério Público na época do Estado Novo com o Poder Executivo eram evidentes. Vários dos seus membros, seja na esfera federal, seja na esfera estadual, foram nomeados pelos chefes do Executivo de plantão, muitas vezes sem critério, representando a falta de independência e o apequenamento institucional imposto pelo regime ditatorial.

Porém, a despeito disso tudo, foi no período do Estado Novo, mais precisamente no ano de 1939, que surgiu o disciplinamento da atuação do Ministério Público no processo civil, com a edição do Código de Processo Civil. Surgiram, também nessa época, o Código Penal de 1940 e o Código de Processo Penal de 1941, positivando estas várias atribuições à instituição.

Esse período nebuloso da história brasileira, em que o arbítrio do ditador fez concentrar em suas mãos os Poderes Executivo e Legislativo, durou menos de 10 anos. Coincidente com o fim da segunda Grande Guerra, em 1945, iniciava-se no Brasil o processo de reconstitucionalização que afastou do poder o ditador e preparou o país para o restabelecimento de uma nova ordem jurídica, culminando com a Carta Política de 1946.

#### **2.4.5 A Constituição de 1946**

O dia 18 de setembro de 1946 marcou o advento da nova ordem jurídica estabelecida no país, com a promulgação da Constituição Federal mais longeva da Nova República, aproximadamente 20 anos.

Com evidentes inspirações democráticas, extraídas principalmente das Constituições de 1891 e 1934, a Carta de 1946 guindou novamente o Ministério Público ao seu corpo textual, conferindo-lhe título próprio, guardando independência dos demais poderes do Estado, muito embora permanecesse umbilicalmente ligado ao Poder Executivo, mitigando assim a sua plena independência.

Os artigos 125 a 127 da Lei Maior<sup>9</sup> disciplinaram basicamente a instituição, merecendo destaque, nesse particular, os dispositivos que instituíram o Ministério Público Federal e os estaduais, suas estruturas e atribuições, a estabilidade na função, a forma de ingresso na carreira - por concurso público -, a promoção e a remoção etc.

As Constituições dos Estados, alinhadas ao modelo federal, seguiram o Texto Maior no que tange à organização e garantias do Ministério Público, tendo-lhe conferido em boa parte a condição de defensor da lei e de sua execução, como foi o caso das Constituições da Bahia, Ceará, Mato Grosso, Paraná, dentre outras, sendo esta última pródiga no sentido de ampliar as garantias da instituição, concedendo a estabilidade aos seus integrantes já a partir da nomeação, prevendo a possibilidade de recurso para as hipóteses de remoção compulsória e garantindo uma relativa irredutibilidade de vencimentos. (GUIMARÃES, 1959).

O período de vigência da Constituição de 1946, sob certos aspectos, e em comparação com as Cartas anteriores, representou momentos de avanço democrático no país. Aliomar Baleeiro destacou o momento constitucional da seguinte maneira:

Depois da Constituição Federal de 1891, que regeu o País durante 30 anos, a Constituição de 1946, que, bem ou mal, subsidiou até 1967 – 20 anos- foi a que mais durou na República. Sob certos pontos de vista, apresenta resultados positivos: até 1964, registrou apenas breve, branda e justificada intervenção federal em Alagoas e um só estado de sítio, por 90 dias, no fim de 1955 até fevereiro de 1966, em contraste com as várias intervenções e o estado de sítio quase permanente dos regimes de 1891, 1934 e 1937.

A liberdade de imprensa, exceto naquele estado de sítio de novembro de 1955, foi absoluta.

Todavia, o presidencialismo da Constituição Federal de 1946 foi marcado por levantes militares e golpes de Estado de diversa intensidade até a Revolução final de 1964 (BALEEIRO; SOBRINHO LIMA, 2001, p. 23-24).

Como representação desse momento democrático, é de se destacar que nesse período entrou em vigor a Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 (Lei do Mandado de Segurança),

<sup>9</sup> Art. 125. A lei organizará o Ministério Público da União junto à Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho.

Art. 126. O Ministério Público Federal tem por chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 99, é demissível ad nutum.

Parágrafo único. A União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Art. 127. Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

Art. 128. Nos Estados, o Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o princípio de promoção entrância a entrância.

prevendo a ouvida obrigatória do Ministério Público nas ações mandamentais.

Mas a frágil democracia brasileira mergulhava, mais uma vez, na escuridão dos regimes totalitários, desta feita encampados pelos militares revolucionários que, na onda da América Latina da época, romperam com a ordem constitucional vigente e impuseram ao Brasil uma ditadura militar com evidentes repercussões constitucionais para todos, inclusive o Ministério Público.

#### **2.4.6 A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969**

Com o país sob jugo militar, o Congresso Nacional, subserviente, promulgou em 24 de janeiro a Constituição de 1967, que nasceu com a mesma visão autoritária e antidemocrática da Constituição de 1937. Tolheu-se novamente o Ministério Público, que passou a ser tratado em três artigos inseridos no capítulo destinado ao Poder Judiciário (artigos 137 a 139) <sup>10</sup>.

Afora a perda de relevo constitucional da instituição, podem-se ressaltar dois aspectos inovadores na Constituição de 1967: a subordinação do Ministério Público ao Poder Judiciário e a forma de ingresso na carreira por meio do concurso público de provas e títulos, afastando os famigerados concursos internos, motivos de séria ingerência política externa na instituição. (MACHADO, 1998).

Sobre a Carta, importa destacar a posição de Themístocles Brandão Cavalcanti (2001, p. 37-38):

Politicamente, limita as possibilidades da área oposicionista, afasta os líderes carismáticos, anula a controvérsia eleitoral. Parece-me ser ele uma consequência lógica do sistema político em que o focus do poder está nas mãos do Executivo. De qualquer forma, ainda é cedo para fazer a crítica ao regime político instituído pela Constituição vigente. Ele obedeceu a uma conjuntura, iniciada pela radicalização das

<sup>10</sup> Art. 137. A lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juízes e Tribunais Federais.

Art. 138. O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 113, §1º.

§1º. Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

§2º. A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Art. 139. O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual, observado o disposto no parágrafo primeiro do artigo anterior.

Parágrafo único. Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 108, §1º, e art. 136, §4º.

posições políticas depois do governo Jânio Quadros. O erro foi a radicalização que divide a nação em dois campos e estabelece barreiras dificilmente eliminadas. A virtude do regime democrático deve residir no equilíbrio político, com a participação de todos os poderes do Estado.

Mas o radicalismo tenderia a aumentar. Em agosto de 1969 o viés autoritário da ditadura se acentuara com a chegada à chefia do governo da junta militar composta por representantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, que passou a concentrar as funções executivas e legislativas, por força do Ato Institucional nº 12. Nesse cenário é que, aos 17 de outubro de 1969, foi outorgada a Emenda Constitucional nº 1, com verdadeiros contornos de uma Constituição, aumentando ainda mais o caráter antidemocrático do regime de exceção. (MOREIRA, 2009).

O Ministério Público passara, no corpo do texto constitucional, a figurar como subordinado formal e material do Poder Executivo, passando a sua disciplina aos artigos 94 a 96, em seção específica daquele Poder<sup>11</sup>, com algumas alterações posteriores trazidas pela Emenda Constitucional nº 7/77.

Com a alteração constitucional, perdeu o Ministério Público também as mesmas condições de aposentadoria e vencimentos dos juízes, em vista da revogação do parágrafo único do art. 139.

No nível infraconstitucional, e em obediência ao previsto no parágrafo único do art. 96 do Texto Constitucional emendado, foi editada a Lei Complementar nº 40/81, com o fito de uniformizar a instituição, estabelecendo normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público nos Estados.

Conforme anotado por Emerson Garcia (2004, p. 34-35):

Dentre outros avanços da Lei Complementar nº 40/81, podem ser mencionados os seguintes: a) o Ministério Público foi considerado Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado; b) a fixação dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da autonomia funcional; c) a outorga de autonomia administrativa

<sup>11</sup> Art. 94. A lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juízes e Tribunais Federais.

Art. 95. O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§1º. Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos; após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removidos a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

§2º. Nas Comarcas do interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público estadual.

Art. 96. O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual, observado o disposto no §1º do artigo anterior.

e financeira à Instituição, com a previsão de dotação orçamentária própria; d) o redimensionamento do cargo de Procurador-Geral, que, até então, era considerado um cargo de confiança, sendo o seu ocupante demissível ad nutum pelo Chefe do Executivo; e e) a não inclusão, dentre as atribuições do Ministério Público dos Estados, da representação judicial destes. Neste particular foi estabelecida uma clara distinção em relação ao Ministério Público da União, que permaneceu com a obrigação de representar judicialmente a União, obrigação esta que, nas Comarcas do interior, deveria ser exercida pelos Promotores de Justiça (art. 95, §2º, da EC nº 01/69). Tal estado de coisas persistiu até o advento da Constituição de 1988, observadas as normas de transição por ela veiculadas.

Várias outras normas foram editadas nesse período pré-redemocratização no país e que dispuseram sobre o Ministério Público, principalmente acerca da sua atuação no processo civil. É o caso, por exemplo, do Código de Processo Civil de 1973, da Lei de Registros Públicos, da Lei da Ação Popular e da Lei da Ação Civil Pública.

Todas essas normas acima serviram de base, quase que num vaticínio, para o futuro desenho constitucional do Ministério Público que nasceria dos acalorados debates da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88.

Finalmente, veio a Constituição de 1988, consagrando a instituição republicana como real defensora da democracia e da sociedade, consolidada na esteira das instituições democráticas do Brasil, como já realçado no começo do capítulo.

## 2.5 CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

É perceptível, pela análise histórica, que o Ministério Público tem as suas raízes mais antigas fincadas em agentes públicos cuja atuação marcante limitava-se à área fiscal, na defesa intransigente das posses e tesouros dos imperadores e monarcas.

Com o passar do tempo, já na Idade Média, o exclusivismo dessa atuação passou a ser compartilhado com uma destacada atuação criminal, conquanto deixasse a persecução criminal de ser ato privativo da vítima ou de seus familiares.

Nesse segundo momento, em que pese a atuação criminal em evidência, apareceram novas atribuições para ditos agentes, denotando uma atuação embrionária naquilo que seria futuramente considerado demandas de natureza cível, ficando clara a sua função de fiscal das leis e de sua execução.

Consolidada a instituição na França, sua influência impregnou o direito português, trazido para o Brasil na época da colônia. Essas circunstâncias históricas marcam o surgimento do Ministério Público nacional.

O caminho da instituição até a sua consolidação em 1988 foi longo. Percebe-se pela

investigação, com clareza meridiana, que os momentos constitucionais em que o Ministério Público teve mais força institucional, foram exatamente quando sopraram no Brasil os ventos da democracia. É incontestável, pela análise histórica nacional, combinada com o atual estágio de estabilidade da democracia brasileira, que a instituição, independente como deve ser, é vocacionada ao regime democrático. Aliás, é o Ministério Público defensor desse mesmo regime, conforme mandamento constitucional. Não se pode imaginar um Ministério Público independente num regime totalitário ou de exceção.

Não é mais o Ministério Público, na atual ordem constitucional, o mero acusador no crime. As atribuições na esfera cível ganharam destaque e se consolidaram a partir da legislação infraconstitucional pré-constituição de 1988, como os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei de Registros Públicos etc. Muitas delas serviram de base e forjaram princípios institucionais plasmados na Carta vigente, que, por sua vez, se irradiaram pelo sistema jurídico e se constituíram em fundamento de validade para novas legislações cuja atuação o Ministério Público no cível tem destaque, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Improbidade Administrativa, entre outras.

Para fins dessa pesquisa, todavia, serão levados a cabo estudos específicos sobre a atuação cível do Ministério Público exclusivamente enquanto fiscal da lei, continuando a investigação sobre o balizamento dogmático dessa atuação, notadamente pelo Código de Processo Civil vigente e pela Lei do Mandado de Segurança, buscando verificar a existência e eventuais elementos e/ou limitações retóricas à sua atuação.

### 3 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL: O *CUSTOS LEGIS*

#### 3.1 PROLEGÔMENOS

A atuação do Ministério Público no processo civil pode ser dar, como já anotado no capítulo anterior, na condição de parte ou de *custos legis*. *Custos legis* é a expressão latina, plenamente identificada com a instituição, cuja correspondente traduzida equivale a ‘fiscal da lei’.

É certo que a atuação institucional como parte no processo civil ganhou força com a Constituição de 1988, tendo como foco a defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, por meio do ajuizamento de ações civis públicas, alcançando o Ministério Público distinguido papel na busca por um Estado socialmente justo.

Mas, para fins deste estudo, a investigação da atuação do Parquet no processo civil será limitada às hipóteses de intervenção previstas no art. 82, incisos II e III, do Código de Processo Civil<sup>12</sup>, e art. 12, cabeça, da Lei nº 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança)<sup>13</sup>, que vêm sendo alvo de debates no seio da instituição nas últimas duas décadas, sendo formalmente distinta da atuação como parte autora autônoma ou substituto processual, quer pela sua regulação dogmática, quer pela forma de construção do discurso jurídico no processo judicial, ou, ainda, pela desvinculação de sua atuação.

Ditas discussões acerca da atuação do Ministério Público como *custos legis* no processo civil culminaram, no plano nacional, com a publicação, pelo Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, da Carta de Ipojuca, de 13 de maio de 2003 (Anexo A), e da edição, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, da Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010 (Anexo B); enquanto que, no âmbito do Ministério Público do Estado de Pernambuco, foi editado o Ato da Procuradoria de Justiça em Matéria Cível nº 001, de 19 de agosto de 2010 (Anexo C), todos com o propósito único e indisfarçável de limitar a atuação da instituição como fiscal da lei no processo civil brasileiro,

<sup>12</sup> Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – omissis;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – nas ações que envolvem litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

<sup>13</sup> Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.

tornando-a um minus em relação à sua atuação como parte, e que serão tratados mais adiante.

A delimitação metodológica do estudo das três hipóteses de intervenção do Ministério Público como *custos legis* no processo civil, como pontuado acima, é deliberada e tem por razão de ser a necessidade de se investigar a atuação de *custos legis* em sua plenitude clássica, não se confundindo com uma atuação que pode se tornar mista, como nas hipóteses previstas no §3º do art. 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), e art. 9º, da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), em que o Ministério público pode deixar a condição de fiscal da lei e assumir a titularidade da ação em substituição à parte autora desistente.

As mesmas justificativas se aplicam à hipótese de intervenção prevista no inciso I do art. 82 do Código de Processo Civil, que se caracteriza por tornar o Ministério Público em um assistente diferenciado, atuando de forma vinculada aos interesses dos incapazes, aproximando-o, assim, ao assistente litisconsorcial.

A opção metodológica é, então, pelo estudo das hipóteses em que o Ministério Público atua como *custos legis* pleno, de forma desvinculada dos interesses envolvidos na causa, vale dizer, em defesa dos interesses não personalizados. (MACHADO, 1998).

### 3.2 INDISPONIBILIDADE E INTERESSES DESPERSONALIZADOS

O processo civil brasileiro orienta a atuação do Ministério Público em função da indisponibilidade do direito trazido ao juízo, ou seja, pela prevalência que determinados direitos recebem do Estado, porquanto interessam à própria sobrevivência e manutenção da sociedade, plasmados no ordenamento jurídico que foram pela função típica do Poder Legislativo no Estado de Direito: produzir leis.

E o caráter de indisponibilidade de um direito não está na sua natureza pública ou privada, mas na sua essencialidade social, à medida que se constata que normas de ordem pública permeiam o direito privado, a justificar a intervenção ministerial, como nas ações de estado, e, a *contrario sensu*, situações envolvendo direito público em que a atuação do Ministério Público é dispensável, como nas execuções fiscais.

Sobre o tema, merecem atenção os ensinamentos de Antônio Cláudio da Costa Machado (1998, p. 46):

Quando a Constituição Federal promulgada em 1988, em seu art. 127, conceitua a instituição Ministério Público e se refere à “defesa da ordem jurídica... e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, está ela querendo dizer que cumpre ao parquet a defesa da ordem jurídica amplamente considerada (a defesa da Constituição Federal e das leis substanciais e instrumentais) nos processos em que

os litígios envolvam leis de ordem pública, quer dizer, as que criam direitos indisponíveis. O que torna possível e legítima a atuação tutelatória do Ministério Público é, portanto, a indisponibilidade de direitos que resulta da existência de leis de ordem pública. A “defesa da ordem jurídica” acontecerá, em primeiro lugar, porque a lei de ordem pública é parte da ordem jurídica e o Ministério Público se move para atuá-la; em segundo, porque a observância da Constituição e das leis é a um só tempo um fim em si mesmo e um meio para a boa aplicação da lei de ordem pública.

Ora, nesse diapasão, deverão ser considerados interesses indisponíveis não só aqueles em que são determinados os seus titulares, mas também aqueles cujos titulares não são conhecidos. Nestes, diante da sua evidente essencialidade social, o Ministério Público deverá atuar “imparcialmente no processo, colaborando com o juiz e com as partes, tudo no intuito de permitir a mais perfeita definição jurisdicional do interesse.” (MACHADO, 1998, p. 65). É a típica atuação da instituição como *custos legis*.

Na definição clássica de José Frederico Marques (2003, p. 397-398):

A intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, no processo ou em procedimentos de jurisdição voluntária, tem por fim assegurar a tutela administrativa de interesses privados, ou a do interesse público que deve predominar na resolução de determinados litígios, em razão da natureza destes. O *custos legis* é sujeito especial do processo ou do procedimento, que atua em nome próprio, para a defesa de interesses que o Estado deve tutelar nos conflitos litigiosos, ou na administração judicial de direitos subjetivos, a fim de que não fiquem à mercê da vontade privada. Ou, ainda, sujeito especial que participa do processo, como *viva vox*, de interesses da ordem jurídica, a serem salvaguardados na composição da lide. Na contenda ente as partes, os direitos conflitantes podem tomar tal realce que os interesses supremos da ordem acabem imperceptíveis, por falta de um sujeito que por eles propugne. Certo é que o juiz tem o dever de aplicar os mandamentos da ordem jurídica, fazendo prevalecer os valores mais altos que, numa situação concreta, o direito objetivo assegura. Mas, ante a focalização enfática e retumbante, pelas partes, do que a cada uma interessa, deixando em plano secundário (ou mesmo totalmente ausentes ou omissos) os imperativos do bem público, ou o juiz desceria à arena do litígio para dar a esses imperativos, na formação das *quaestiones facti*, o realce adequado, ou risco haveria de continuarem eles na penumbra: na primeira hipótese, surgiria o perigo de desvirtuar-se a imparcialidade do órgão jurisdicional; e, na segunda, o de periclitir o interesse público. Essa a razão pela qual se justifica, de um modo geral, a atuação, no processo, de um fiscal da lei para assegurar o respeito aos valores e bens na ordem jurídica predominantemente tutelados, quando tenha esta de incidir para compor um litígio em que apareça o interesse público, ou direitos que mereçam amparo especial. Obrigatório se torna, por isso, a intervenção do Ministério Público, na relação processual, em todos esses casos, cabendo-lhe, então, agir e funcionar para a salvaguarda desses interesses e direitos.

Acerca da obrigatoriedade intervenção do Ministério Público como *custos legis*, lúcido o ensinamento de Nelson e Rosa Nery:

É sempre obrigatória, funcionando o MP como fiscal da lei (*custos legis*), em todos os casos do CPC 82. Não há intervenção facultativa do MP no processo civil brasileiro. Qualquer que seja a causa que autorize o MP a intervir no processo, civil ou penal, o móvel dessa autorização é sempre o interesse público (NERY JUNIOR, 2002, p. 401).

Itamar Dias Noronha, Procurador de Justiça do Ministério Público pernambucano, também teceu considerações acerca da atuação do Parquet como *custos legis*:

O *custos legis* atua no processo civil, portanto, para zelar pelos interesses indisponíveis (sejam de pessoas, sejam institucionais) e, também, para, esclarecendo a verdade (quer na prova, quer na análise dos fatos e das normas jurídicas incidentes na causa), prevenir a perda da neutralidade do juiz, a qual, neste tipo de demanda, é mais provável que nas ações onde se discutem direitos puramente privados (NORONHA, 1994, p. 34).

Já Pontes de Miranda, comentando o Código de Processo Civil, cunhou o vocábulo ‘presentar’, para caracterizar a atuação do Ministério Público no processo civil, enquanto órgão fiscalizador. O Ministério Público ‘presenta’ o Estado em sua atividade fiscalizadora, sempre que ocorre uma das hipóteses do art. 82, porque o Estado “chamou para si a tutela jurídica de tais interesses, prometendo-a aos seres humanos e às pessoas jurídicas” (MIRANDA, 1998, p. 182).

Conclui-se, portanto, que a atividade de *custos legis* do Ministério Público no processo civil está, por força da Constituição e das leis, umbilicalmente vinculada à existência de normas de ordem pública criadoras de direitos indisponíveis despersonalizados, ou seja, direitos que, pela sua essencialidade social, impõem à instituição detentora de parcela de soberania estatal o dever de atuar no processo judicial objetivando a sua correta aplicação, auxiliando as partes e o juiz na preservação e observância dos interesses indisponíveis.

Chega então o momento de se analisar, mais detidamente, as hipóteses de atuação do Ministério Público como *custos legis*, consoante metodologia proposta, à luz da dogmática processual.

### 3.3 DA DOGMÁTICA PROCESSUAL DO *CUSTOS LEGIS*

Como se sabe, o monopólio da produção de leis é prerrogativa estatal nos Estados de Direito da modernidade, e se dá, precipuamente, pela ação legiferante do Poder Legislativo, legitimado pela ordem constitucional vigente a produzir as leis que regerão a vida do país.

A esse sistema de leis é dado o nome de direito positivo, cujos preceitos constituem o ponto de partida e o apoio fundamental da dogmática jurídica, que nada mais faz do que explicar os preceitos de direito positivo de forma sistematizada, procurando dar soluções aos diversos problemas que compõem a experiência jurídica. (STRENGER, 2000).

A idéia de dogmática jurídica, ou positivismo jurídico, foi criada com base no racionalismo cartesiano que impregnou a modernidade científica em meados do século

passado.

Em tempos atuais, de extrema complexidade social, que os estudiosos convencionaram chamar de pós-modernidade, todavia, o sistema dogmático do direito, hermético, infenso às manifestações culturais, axiológicas, não atende mais aos anseios dessa mesma sociedade complexa, sedenta de uma justiça célere e efetiva, não podendo mais limitar o intérprete jurídico à clássica ‘moldura’ Kelseniana, refratária aos elementos externos ao sistema jurídico-positivo.

Esse fenômeno é denominado de crise do direito e da dogmática jurídica, representando uma quebra no paradigma racionalista, que leva o intérprete jurídico a buscar o direito para além dos parâmetros estatais, utilizando-se das mais diversas teorias e abordagens, inclusive a retórica, na tentativa de superar o hiato existente entre o mundo dos fatos e o mundo das normas.

Com essa perspectiva, e considerando que a dogmática não é um fim em si mesma, mas um norte para o direito, e, bem assim, ao direito processual, cujo fundamento principiológico deve ser haurido da própria Constituição, considerada como um conjunto de princípios, explícitos e implícitos, a se irradiar sobre todo o ordenamento jurídico nacional, de modo que o intérprete possa considerar um texto normativo, ainda que vigente, válido ou inválido, é que deve ser considerada a dogmática processual do Ministério Público na sua atuação como *custos legis*.

### **3.3.1 O art. 82, inciso II, do Código de Processo Civil**

Reza o inciso II, do art. 82, do Código de Processo Civil, que o Ministério Público intervirá nas causas relativas ao estado das pessoas, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade.

Conforme assentado anteriormente, o móvel ensejador da atuação do Parquet é a indisponibilidade dos direitos e interesses consignados na lei de ordem pública, em razão da sua essencialidade atribuída pelo Estado.

O inciso em análise vincula a intervenção da instituição basicamente a hipóteses vislumbradas no direito de família e no direito das sucessões, que, muito embora disciplinem relações jurídicas de direito privado, são ramos do direito cujas normas de regência têm por atributo a natureza de ordem pública, caracterizando, assim, a indisponibilidade desses mesmos direitos, e, conseqüentemente, a materialização do interesse público.

A *ratio* desse dispositivo legal se funda na relevância para a sociedade que o Estado

confere ao *status familiae* e ao *status civitatis*.

O *status familiae*, ou a situação da família, abarca igualmente o direito matrimonial e o direito parental, representados pelas causas que versem sobre o estado das pessoas, pátrio poder, tutela, curatela, interdição e casamento. Estado da pessoa significa “a posição jurídica que a pessoa ocupa na órbita de certas relações sociais, tidas pelo direito como de exacerbada relevância.” (MACHADO, 1998, p. 290).

A instituição família, hodiernamente, não comporta mais a vetusta definição de patriarcal, constituída apenas pelo matrimônio. As transformações ocorridas na sociedade ao longo do século XX e nesse começo de século XXI trouxeram significativas alterações na textura familiar e parental em todo o mundo, o que se constata, sem maiores dificuldades, pelas palavras de Maria Berenice Dias, de transcrição impositiva:

A sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, por isso a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável. Viu-se o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e integrá-lo no livro do direito de família. No entanto, olvidou-se o Código Civil de disciplinar as famílias monoparentais, reconhecidas pela Constituição como entidades familiares. Igualmente, nada traz sobre as uniões homoafetivas, que vêm a recebendo da jurisprudência reconhecimento no âmbito do direito das famílias. (DIAS, 2010, p. 34).

E segue a civilista gaúcha exortando a importância da família para a ordem estatal, independentemente de suas novas feições:

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias. (DIAS, 2010, p. 34).

Não é, por certo, objeto dessa pesquisa a abordagem das diversas modalidades de família identificadas pela doutrina e jurisprudência, mas sim destacar a importância que esse instituto e as suas relações - em suma todo o direito de família - continuam tendo para o ordenamento jurídico.

Por sua vez, o *status civitatis*, ou estado do cidadão, representa, no processo civil, todas as causas em que sejam discutidas relações de ordem política e que versem sobre o estado de nacional ou estrangeiro, de brasileiro nato ou naturalizado, ou, ainda, “naquelas de

que resulta o estado de cidadão, isto é, daquele que goza de direitos de participação política (em suma, que versem cidadania), haverá de intervir o Ministério Público, com fundamento no art. 82, II, do Código de Processo Civil.” (MACHADO, 1998, p. 293).

Prosseguindo, no que tange à atuação do *Parquet* nas causas em que há declaração de ausência, cuida-se aí de intervenção em procedimento de jurisdição voluntária “Dos Bens dos Ausentes”, previsto nos arts. 1.159 a 1.169 do Código de Processo Civil.

A essencialidade social dos interesses que satelizam a declaração de ausência foi bem delineada por Silvio Rodrigues, citado por Antônio Cláudio da Costa Machado:

Por vezes ocorre que uma pessoa desaparece do seu domicílio, sem que dela haja notícia, sem que haja deixado representante ou procurador e sem que ninguém lhe saiba o destino... Se essa pessoa – chamada ausente – tiver bens, surge o problema relativo ao destino de tais bens, quer tendo em vista o interesse da sociedade para quem o perecimento de tais bens, que são parte da riqueza social, não deixa de se manifestar inconveniente. (MACHADO, 1998, p. 300).

Por fim, a última hipótese da enumeração taxativa desse inciso II, versa sobre direito sucessório, mais especificamente sobre as disposições de última vontade. Mais uma vez sobressai o interesse indisponível do Estado em ver realizada a vontade do *de cuius* da forma em que foi consignada no testamento.

### **3.3.2 O art. 82, inciso III, do Código de Processo Civil**

Preceitua o inciso III, do art. 82, do Código de Processo Civil, que o Ministério Público intervirá nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que exista interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

O dispositivo legal encerra duas situações específicas em que a intervenção do *Parquet* se impõe. A primeira delas, de fácil alcance ao intérprete, não comporta maiores questionamentos, diversamente da segunda, norma aberta cujas controvérsias começaram já com a edição do Código, em 1973, e duram ainda hoje, muito embora tenha havido avanço doutrinário e jurisprudencial sobre as hipóteses de intervenção da instituição.

A possibilidade de intervenção do Ministério Público nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural não surgiu com o advento do Código de Processo Civil. Dita possibilidade apareceu no ordenamento jurídico-positivo com a edição da Lei nº 9.415/96 e tem a sua razão de ser em função do interesse público “em que se dê a composição dos conflitos relacionados a assentamentos em propriedades rurais, com pertinência inclusive

à reforma agrária.” (MARQUES, 2003, p. 399).

A segunda situação, marcada pela indefinição legal do que seria ‘interesse público’, ingressou no ordenamento processual pátrio por clara inspiração do direito processual italiano. O Código de Processo Civil italiano prevê, no seu art. 70, parte final, a intervenção do Ministério Público nas causas em que há interesse público evidente.

Como se trata de norma aberta, sem delimitação na sua definição, e consideradas as mais diversas tentativas de conceituação do que seria ‘interesse público’, para fins de aplicação da lei processual, parece mais acertada e identificada com os fins do Ministério Público a conceituação elaborada por Antônio Cláudio da Costa Machado, cuja transcrição merece ser feita na sua literalidade:

Interesse público, no inc. III do art. 82 do Código de Processo Civil em vigor, é, em primeiro lugar, o interesse indisponível de cunho material oriundo de qualquer espécie de relação jurídica, pouco importando o ramo do direito em que esteja inserida como objeto de regulamentação. Interesse público, sob este aspecto, é o interesse ou direito tornado indisponível por lei de ordem pública que alguém tencione fazer valer perante o Poder Judiciário e que não se encontre previamente previsto pela lei substancial ou instrumental como substrato de uma autorização para a intervenção do *parquet* (interesse público evidenciado pela natureza da lide). Em segundo lugar, é o interesse processual indisponível de participação eficiente no contraditório, interesse este que se manifesta pela hipossuficiência da parte no processo e que da mesma forma não tenha sido previsto (interesse público evidenciado pela qualidade da parte). Seja qual for o enfoque, interesse público será sempre aquele cuja prevalência interessa direta e imediatamente à sobrevivência da sociedade e que por essa razão é tido pela ordem jurídica como inalienável, irrenunciável e de realização obrigatória. (MACHADO, 1998, p. 333).

A primeira observação que se faz acerca desse conceito de interesse público é que dito interesse não se confunde, necessariamente, com o interesse da coletividade, ou do bem comum. Ora, o interesse geral ou coletivo só se torna interesse público quando a ordem jurídica assim o consagra, diante da sua incontestável relevância social.

A segunda observação relaciona-se com a natureza da lide e a qualidade da parte. A intervenção do Ministério Público em função do interesse público evidenciado pela natureza da lide se justifica por conta da indisponibilidade do direito material em litígio. Já a intervenção do *Parquet* em virtude do interesse público manifesto pela qualidade da parte, vincula-se à indisponibilidade do direito processual, ou seja, em razão da hipossuficiência da parte na relação processual.

A correta interpretação do que seria ‘interesse público’, calcada na perspectiva da indisponibilidade, é que autorizaram a doutrina e a jurisprudência a entenderem desnecessária a intervenção do Ministério Público nos processos de execução fiscal, sendo inclusive sumulada a matéria (STJ – Súmula nº 189). Na mesma linha de raciocínio, também é

considerada despicienda a intervenção do *Parquet* pela simples figuração de pessoa jurídica de direito público num dos pólos da lide, sem que haja interesse público que a transcenda – socialmente relevante - como nos casos em que a fazenda pública figura em juízo litigando por interesses meramente patrimoniais. (ALVIM, 2007).

Percebe-se que, independentemente das hipóteses previstas nos incisos II e III, do art. 82 do Código de Processo Civil, a *ratio* da intervenção do Ministério Público, de caráter obrigatório, será sempre a indisponibilidade dos direitos ou interesses envolvidos na lide.

Portanto, os interesses públicos previstos no inciso III do art. 82, são aqueles indisponíveis que não foram mencionados expressamente pela lei, mas sim em função da natureza da lide ou da qualidade da parte.

Obrigatória será sim, e não facultativa como defenderam alguns autores, a intervenção do Ministério Público nessas hipóteses. Sobre o caráter obrigatório da intervenção do Ministério Público como *custos legis*, assim se posicionou Vicente Greco Filho (2008, p. 167):

No sistema do Código de Processo Civil brasileiro não há hipótese de intervenção facultativa do Ministério Público. Já se pretendeu interpretar que seria facultativa a intervenção no caso do inc. III do art. 82, segundo norma análoga ou similar existente no direito italiano. Nosso Código, porém, não autoriza tal interpretação, porque não existe distinção entre as hipóteses do inc. II e do inc. III, e mesmo as do inc. I do art. 82.

Na seqüência da análise, importa verificar, do acordo com a prática processual, a atuação da instituição como *custos legis*.

### 3.3.3 Da atuação processual do *custos legis*: os arts. 83 e 499 do Código de Processo Civil<sup>14</sup>

O art. 83, inciso I, do Código de Processo Civil estabelece que o Ministério Público, atuando como *custos legis*, deverá ser intimado de todos os atos do processo, tendo vista dos

<sup>14</sup> Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I – terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II – poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§1º. Omissis;

§2º. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

autos após as partes, oportunidade em que lançará o seu pronunciamento jurídico sobre matérias de fato e de direito eventualmente debatidas no processo judicial.

Não se trata de pronunciamento vinculante, por óbvio, mas opinião judiciosa que contribuirá para a formação do convencimento do juiz da causa dizer o direito no caso concreto.

Mas, além da opinião jurídica lançada no final do processo judicial, tem o Ministério Público, por força do estatuído no inciso II do art. 83, a possibilidade de influir concretamente na produção da prova, seja juntando documentos, seja na coleta da prova subjetiva, seja requerendo medidas ou providências relevantes, tendo sempre como escopo a busca da verdade. Não se olvide, por outra parte, que ao Ministério Público, como fiscal da lei, compete também velar pela correta formação e regularidade processual, promovendo o suprimento, sempre que possível, de eventuais nulidades processuais.

Sinteticamente, podemos, então, traduzir a função do Ministério Público neste caso como sendo a de velar pela regularidade formal do processo e suprir toda inatividade probatória das partes e do juiz, com vista ao descobrimento da verdade e à perfeita definição jurisdicional dos direitos indisponíveis. (MACHADO, 1998, p. 478).

É certo também que, atuando o *Parquet* como fiscal da lei, tem legitimidade para recorrer das decisões judiciais. Dita previsão legal não está inserida no Título próprio que trata da intervenção do Ministério Público no processo civil, mas, sistematicamente, no §2º do art. 499, situado nas disposições gerais do Título dos Recursos no Código de Ritos.

Assim, concluída a análise da atuação dogmática do *custos legis* à luz do preconizado no art. 82, II e III, do Código de Processo Civil, resta, na seqüência metodológica adotada, a abordagem da atuação do Ministério Público no mandado de segurança.

### 3.4 O *CUSTOS LEGIS* NO MANDADO DE SEGURANÇA

Cediço que o mandado de segurança é ação de natureza constitucional, incluída no rol das garantias constitucionais fundamentais, prevista no art. 5º, inciso LXIX da Constituição Federal de 1988<sup>15</sup>, e, portanto, cláusula pétrea, a teor do estatuído no inciso IV, do §4º, do art.

<sup>15</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

60 da Lei Maior<sup>16</sup>.

O mandado de segurança surgiu no ordenamento jurídico com a Constituição de 1934, foi regulamentado pela Lei nº 191 de 1936 e, posteriormente, pelo Código de Processo Civil de 1939. Mas foi a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 que veio a regulamentar inteiramente o instituto, revogando as demais normas existentes sobre a matéria (BARBI, 1998).

A Lei nº 1.533/51 previu, em seu art. 10, a oitiva obrigatória do Ministério Público nas ações de mandado de segurança. Para Hely Lopes Meirelles (1996, p. 48):

O Ministério Público é oficiante necessário no mandado de segurança, não como representante da autoridade coatora ou da entidade estatal a que pertence, mas como parte pública autônoma incumbida de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo.

A posição do eminente administrativista brasileiro ecoava pronunciamento na mesma linha proferido ainda na década de 50, por Ary Florêncio Guimarães (1959, p. 192).

A posição do Ministério Público, no desempenho do encargo previsto pela lei em vigor, equivale, sem dúvida, a uma conduta fiscalizadora em processo em que atuam ativa e passivamente tão só as partes; cabendo-lhe, conseqüentemente, dizer de direito sobre as pretensões discutidas na ação do mandado de segurança. E dizer de direito, conforme é exposto por Ruy Barbosa, não quer significar a procuratura parcial da entidade de direito público ou do seu funcionário ou agente. Significa, pelo contrário, como doutrinou o excelso juriconsulto, ‘trabalhar imparcialmente na elucidação da justiça’.

E segue lecionando:

A interveniência do Ministério Público, segundo a regra do artigo 10 da Lei 1.533, situa-se, portanto, dentro daquele caráter, mencionado por Seabra Fagundes, e orientado apenas por uma cooperação imparcial, na aplicação do direito controvertido entre os litigantes. Encarna, nessa sua postura processual, como órgão do Estado, tão só o interesse da legalidade e da ordem jurídica, fiscalizando a pretensão das partes num plano inconfundível com os interesses das mesmas (sic), no exercício, assim, de autêntico ofício desvinculado de quaisquer liames de sujeição a este ou aquele poder do Estado. (GUIMARÃES, 1959, p. 198).

Mais recentemente, em obra de leitura não menos obrigatória do que a de Ary Florêncio Guimarães, Cassio Scarpinella Bueno teceu as seguintes considerações acerca da atuação do Ministério Público no mandado de segurança:

<sup>16</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

Como quer que a questão fosse solucionada antes da Constituição de 1988, com seu advento não há como sustentar que a vista dos autos ao Ministério Público – inequivocamente determinada pelo art. 10 em análise – seja para outro fim senão o de colher a manifestação imparcial daquele órgão que deverá manifestar-se sobre o cabimento e a procedência do mandado de segurança como fiscal da lei. A atuação do Ministério Público no mandado de segurança, portanto, faz-se para os fins do art. 82, III, parte final, do Código de Processo Civil e, superiormente, para dar aplicação plena a suas funções institucionais, consagradas no art. 127 da Constituição Federal. E é nesta qualidade, de “fiscal da lei”, de *custos legis*, que o Ministério Público atuará em sede de mandado de segurança, exercendo, pois, os deveres-poderes que lhe são reservados pelos arts. 81 a 83 do Código de Processo Civil, podendo, inclusive, recorrer nesta qualidade (CPC, art. 499, caput, e §2º) e ajuizar ação rescisória (CPC, art. 487, III, a). (BUENO, 2009, p. 132).

Depreende-se assim, dos posicionamentos acima colacionados, que não pairam dúvidas de que o Ministério Público, como interveniente no mandado de segurança, não representa, em hipótese alguma, a pessoa jurídica de direito público a qual está vinculada a autoridade coatora. Atua, isto sim, como fiscal da lei ou *custos legis*, fiscalizando a correta aplicação da lei, seja quanto ao cabimento do *mandamus*, seja posicionando-se acerca do direito controvertido, velando, desse modo, pela legalidade e preservação da ordem jurídica, em consonância com as diretrizes constitucionais da instituição, previstas no art. 127 da Carta Política.

Contudo, a despeito da essencialidade e obrigatoriedade da intervenção ministerial como *custos legis* nas ações de mandado de segurança, surgiu, nos últimos anos, tese encampada por parcela considerável do Ministério Público brasileiro, de que o art. 10 da Lei nº 1.533/51 não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, na medida em que a ação mandamental objetivaria tutelar, de regra, direito individual, o que estaria em desconformidade com a novel diretriz constitucional da instituição, sendo, portanto, desnecessária a sua atuação.

Houve ainda manifestações no seio da classe ministerial de que igualmente seria desnecessária a atuação do *Parquet* em mandado de segurança que versasse sobre matéria tributária, porquanto o direito ou interesse seria meramente disponível.

As interpretações acima não poderiam ser mais esdrúxulas. Sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno, com precisão, anotou:

Esse entendimento não deve ser prestigiado. É que, mesmo naqueles casos em que o mandado de segurança volta-se mesmo à tutela de uma afirmação de um direito individual, o grau de indisponibilidade da matéria nele veiculada (ilegalidade ou abusividade de um ato administrativo ou, quando menos, praticado sob a égide de uma função pública) é razão mais do que suficiente para justificar a atuação que a lei exige, sobretudo quando lida sistematicamente. O art. 10 em comento não deixa ao alvedrio do membro oficiante do Ministério Público o manifestar-se, ou não, nos autos. Assim, é dever seu, funcional, pronunciar-se na qualidade de fiscal da lei. E para tanto terá o prazo de cinco dias. É possível repensar a atuação do Ministério

Público em sede de mandado de segurança? Sem dúvida que sim, e a ampla discussão que o tema vem ganhando na doutrina e na jurisprudência é prova segura disto, mas, para tanto, mister a alteração do texto da lei e não a sua desconsideração, porque a atuação desse órgão como *custos legis* não esbarra em nenhuma das novas diretrizes que àquela instituição dá a Constituição de 1988. O art. 10 da Lei nº 1.533/51, diferentemente do art. 82, III, do Código de Processo Civil, não permite ao membro do Ministério Público questionar a pertinência ou não de sua intervenção. Ela é, porque de mandado de segurança se trata, obrigatória para ele. (BUENO, 2009, p. 133).

Aparece com vigor, novamente, o atributo da indisponibilidade a ensejar a atuação do Ministério Público no mandado de segurança na sua clássica intervenção como *custos legis*.

Não bastasse esse entendimento majoritário da doutrina mais abalizada, corroborando a indisponibilidade ínsita às ações mandamentais com base na Lei nº 1.533/51, veio o legislador, em 07 de agosto de 2009, a editar a Lei nº 12.016, que passou a regular integralmente o processo do mandado de segurança, consolidando as normas esparsas até então existentes, inclusive com a regulamentação do mandado de segurança coletivo.

O novel disciplinamento do mandado de segurança, evidentemente, passou pelo controle prévio de constitucionalidade exercido pelo próprio Poder Legislativo, no âmbito das comissões competentes, pelo Poder Executivo, com a possibilidade de veto, e, no pertinente ao Ministério Público, manteve a ouvida obrigatória do *Parquet* nas ações mandamentais, conforme preceito do art. 12, transcrito no início do capítulo.

O argumento para a não atuação do Ministério Público como *custos legis* nos mandados de segurança – construído no âmbito da instituição, repita-se - era fundado na não recepção do art. 10 da Lei 1.533/51 pela Constituição Federal de 1988, na medida em que não se amoldaria ao perfil constitucional traçado para a instituição pela Lei Maior. Ora, se o fenômeno jurídico da não recepção consiste na incompatibilidade vertical de uma norma anterior em face de uma norma posterior, no caso a Constituição Federal, que dizer então de uma norma que trata de forma análoga o assunto referido na norma anterior e que foi editada em conformidade com a nova ordem constitucional?

Constata-se então que, ainda que se considerasse o argumento da não recepção do art. 10 da Lei nº 1.533/51, o que não é o caso, como acima destacado nas palavras bem acertadas de Cassio Scarpinella Bueno, continuou o legislador, mais de vinte anos após a promulgação da Constituição de 1988, a entender indisponível a matéria debatida em mandado de segurança a ensejar a atuação do Ministério Público como fiscal da lei, obliterando, de vez, quaisquer construções interpretativas em sentido diverso.

E não houve alteração substancial no regramento da atuação do Ministério Público no mandado de segurança a desnaturar a fundamentação para a sua atuação utilizada na parte

inicial desse tópico. Modificou-se apenas o prazo para o pronunciamento do Parquet, que passou para dez dias, estabelecendo a lei que, com ou sem manifestação do órgão ministerial, devem os autos ser conclusos para sentença que deverá ser proferida em trinta dias. Permanecem, portanto, válidas todas as posições doutrinárias sobre a intervenção do Ministério Público, fundadas no art. 10 da Lei nº 1.533/51.

Comentando o art. 12 da Lei nº 12.016/09, Vicente Greco Filho (2010, p. 12-13) formulou o seguinte:

O Ministério Público é o órgão do Estado, titular dos interesses indisponíveis da sociedade, e que intervém nos processos para a tutela do interesse público... Hoje, porém, sua intervenção [no mandado de segurança] justifica-se pela tutela do interesse público, da proteção dos direitos individuais e da reta aplicação da lei, bem como pela possibilidade de eventual abuso de poder por parte da autoridade. O Ministério Público, portanto, opina com liberdade, não se vinculando previamente nem ao impetrante nem à autoridade. Sua função, portanto, é puramente de fiscal da lei.

Conclui-se, por conseguinte, que não houve e nem há qualquer antinomia entre a norma revogada do art. 10 da Lei nº 1.533/51, e a norma vigente do art. 12 da Lei nº 12.016/09, com o art. 127 da Constituição Federal, que trata das atribuições institucionais do Ministério Público.

Mas a movimentação de parcela do Ministério Público em defender a tese da não intervenção do *Parquet* em ações de mandado de segurança representou apenas um nefando passo para outras tentativas de apontar a desnecessidade da atuação do *custos legis* em diversas outras situações processuais, sob os mais diferentes argumentos.

Esse movimento endógeno e recorrente atingiu o seu ápice quando o Conselho Nacional do Ministério Público, numa infeliz investida, editou a Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010, elencando uma série de processos e procedimentos em que entendia desnecessária a intervenção do *Parquet* como *custos legis*.

A Recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público, a denominada Carta de Ipojuca, e o Ato Normativo da Procuradoria de Justiça em Matéria Cível do Ministério Público de Pernambuco serão objeto de análise a seguir.

### 3.5 DAS INVECTIVAS FORMAIS DE ‘ESVAZIAMENTO’ DO *CUSTOS LEGIS*

O primeiro fruto formal das recorrentes discussões que permeavam a instituição acerca da atuação do Ministério Público como *custos legis* no processo civil foi, indubitavelmente, a Carta de Ipojuca (Anexo A). Esse instrumento, elaborado aos 13 de maio de 2003, na cidade

de Ipojuca, Pernambuco, foi redigido pelo Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público e da União, após debates internos sobre o tema.

Utilizando expressões como ‘otimizar’, ‘utilidade’, ‘efetividade’, ‘priorizar’, entre outras, o documento assentou o seu discurso em algumas premissas retóricas básicas.

Justificou-se, inicialmente, pela necessidade de ‘otimizar’ a atuação do Ministério Público no processo civil, sob o pálio da ‘utilidade e efetividade’ dessa intervenção em prol dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis. Destacou a necessidade de reorientar a instituição para a priorização da atuação como órgão agente, vinculada a ditos interesses, invocando o novo perfil constitucional consignado nos arts. 127 e 129 da Constituição Federal. Mencionou, no final, a limitação orçamentária da instituição, imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que fixou em 2% da receita corrente líquida do Estado o duodécimo do Ministério Público, o que tornaria impossível a presença de Promotores de Justiça em todas as Comarcas, em evidente prejuízo ao Estado Democrático de Direito.

Com base nessas premissas, o documento considerou desnecessária a intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, em hipóteses como as seguintes, dentre tantas outras: a) separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes (4, I); b) ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens (4, II); c) ação de alimentos e revisional de alimentos, bem como ação executiva de alimentos fundada no art. 732 do CPC, entre partes capazes (4, IV).

Quase dez anos depois, em 28 de abril de 2010, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação nº 16, versando sobre o mesmo tema (Anexo B), constituindo-se no primeiro texto normativo sobre o assunto.

As premissas retóricas adotadas pelo CNMP foram exatamente as mesmas referidas na Carta de Ipojuca, copiadas *ipsis litteris*, o que denota a pobreza ou a falta de discussão sobre o tema no correr de sete anos, à míngua de novos argumentos de fundamentação.

Para além daquelas ações destacadas na Carta de Ipojuca, entendeu o CNMP, em complementação ao rol apresentado em 2003, que não seria necessária a intervenção do Ministério Público como *custos legis*: a) nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária (art. 5º, I); b) nas habilitações de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento *in articulo mortis* – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no registro civil (art. 5º, II); c) ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz (art. 5º, III); d) procedimento de jurisdição voluntária relativa (sic) a registro público em que inexistir interesses de incapazes (art. 5º, VIII); e, finalmente, por mais absurdo que possa parecer,

considerando que a Recomendação foi editada no período de *vacatio legis* da Lei nº 12.016/09, d) nos mandados de segurança (art. 5º, XXII).

Indo adiante, a Recomendação do CNMP exorta as unidades do Ministério Público a editarem atos normativos internos, disciplinando as situações de intervenção do *custos legis* no processo civil (art. 6º), redefinindo inclusive atribuições, para que os membros da instituição, em razão da qualificação que possuem, deixem de atuar em procedimentos sem relevância social para direcionar a sua atuação em defesa dos interesses da sociedade (art. 7º).

No rastro dessa Recomendação, a Procuradoria de Justiça em Matéria Cível do Ministério Público de Pernambuco editou o Ato nº 001/2010, em 19 de agosto de 2010 (Anexo C), regulando, no âmbito das suas atribuições, a atuação dos membros do Ministério Público que oficiam no segundo grau de jurisdição, nos processos cíveis.

Manteve, em linhas gerais, as premissas retóricas encontradas nos instrumentos acima referidos, inovando, todavia, com a fixação de parâmetros de identificação do que seria interesse público a justificar a intervenção do *Parquet*. (art. 2º, Parágrafo único, I a V).

Quanto às hipóteses de não intervenção do Ministério Público, trouxe o Ato referido uma novidade: excluiu o mandado de segurança como hipótese de não intervenção ministerial, agindo com mais prudência do que o CNMP.

Todos os três regramentos fazem questão de frisar o caráter não vinculante de suas proposições, escudados no princípio da independência funcional, princípio constitucional informador do Ministério Público.

Mas, em que pesem tais destaques, na prática, ditos regramentos têm funcionado como verdadeiras normas de efeitos concretos a justificarem a não atuação do *Parquet*, servindo inclusive como fundamento de manifestações processuais. Surge então o problema: poderiam esses órgãos editar normas de caráter geral, sob o manto da não vinculação, delimitando a atuação do Ministério Público no Processo Civil? A resposta negativa parece evidente.

Não há, ao que parece, entre os cinco incisos do §2º, do art. 130-A, da Constituição Federal, que trata das atribuições do CNMP, norma autorizadora àquele Colegiado a editar ato que seja, vinculativo ou não, limitando a atuação da instituição no processo civil. Exorbitou, assim, o CNMP, as suas atribuições constitucionais, sujeitando o ato a controle pelo Supremo Tribunal Federal.

O legislador, legitimado que está pela vontade popular, detém, com exclusividade, a competência legal e constitucional para determinar ou não a intervenção do Ministério Público como *custos legis* no processo civil.

Ademais, a atuação do Ministério Público como *custo legis* nas ações de separação e

divórcio consensual (antes da Emenda Constitucional nº 66/10, que modificou o divórcio); nas ações declaratórias de união estável; e, nas ações de alimentos e correlatas, todas independentemente de estarem em jogo interesses de incapazes, se justifica, como visto neste capítulo, por versarem sobre direito de família; são ações de estado, revestidas pelo atributo maior da indisponibilidade. Com mais acerto se tem por certa a atuação do *Parquet* nas ações de alimentos, porquanto há previsão expressa na Lei nº 5.478/68.

A hipótese de expressa previsão legal de atuação do Ministério Público como fiscal da lei, atinge, igualmente, os procedimentos de jurisdição voluntária (art. 1.105 do CPC), os procedimentos referentes a registros públicos – habilitações de casamento, justificações, retificações etc - (Lei nº 6.015/73), e os mandados de segurança (Lei nº 12.016/09). É a previsão legal da indisponibilidade do direito ou interesse veiculado.

Aceitar esse entendimento, acolhendo a exceção de atuação nesses casos tão somente se estiver em litígio direito ou interesse de incapaz, seria negar vigência aos dispositivos das leis referidas. Mais ainda, negar-se-ia igualmente vigência aos incisos II e III, do art. 82, do Código de Processo Civil.

Todas essas normas, incluída a Lei de Alimentos e excluída a Lei do Mandado de Segurança, são anteriores à Constituição de 1988, tendo sido, portanto, recepcionadas pela nova ordem constitucional.

O argumento de que a atuação do Ministério Público como *custos legis* nas situações previstas nos regramentos objetos de análise neste tópico, não estariam perfilhadas à nova configuração constitucional da instituição, o que autorizaria, aparentemente, a interpretação que permitiria o afastamento das normas fixadoras desta mesma atuação, também não parece aceitável.

É que, toda a fundamentação constitucional invocada pelos áulicos da não intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, tem por base os arts. 127 e 129 da Carta Magna.

Ora, o próprio caput do art. 127 da Constituição, destaca a defesa dos direitos individuais indisponíveis como uma das atribuições precípua do Ministério Público, junto com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais. O art. 129, X, por sua vez, prevê como uma das funções institucionais do Ministério Público, o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Portanto, não há qualquer incompatibilidade das normas infraconstitucionais que prevêm a intervenção do Ministério Público como *custos legis* no processo civil e as disposições constitucionais que regulam a instituição, muito ao revés, a observância da atuação do fiscal da lei conforme previsto no ordenamento positivo preserva a harmonia do

sistema jurídico, sem que haja a pecha de inconstitucional para normas que não foram declaradas como tais.

De outro lado, é evidente que a Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público atribuições destacadas, como órgão agente, na defesa dos direitos da coletividade, ou melhor, dos direitos difusos e coletivos, fruto de uma longa história de lutas daqueles que fizeram a instituição desde o seu nascedouro em terra nacional, como realçado no capítulo anterior.

Não se pretende desnaturar essas novas funções da instituição, principalmente num país onde os direitos da coletividade são de difícil concretização, contudo, não parece certo se estabelecer primazia entre o Ministério Público agente e o Ministério Público *custos legis*, ou fiscal da lei, seja porque não há esta distinção nem na Constituição nem nas leis, seja porque cria um odioso sistema de castas na instituição - que já tem que conviver com diferenciações entre os membros que atuam no primeiro grau e os que atuam no segundo grau -, seja porque as duas atuações têm por razão ontológica o interesse público revestido de indisponibilidade. Em última análise, significa apagar a história da atuação do Ministério Público no processo civil, que nasceu exatamente com a função de *custos legis*.

Em tramitação no Congresso Nacional, o projeto do novo Código de Processo Civil, já aprovado no Senado e encaminhado para a Câmara dos Deputados no final de 2010, continua prevendo a atuação do Ministério Público como *custos legis*<sup>17</sup>. Pelo que se percebe da leitura

---

<sup>17</sup> TÍTULO VII

DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 154. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 155. O Ministério Público exercerá, em todos os graus, o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais.

Art. 156. O Ministério Público será intimado para, no prazo de trinta dias, intervir como fiscal da ordem jurídica:

- I - nas causas que envolvam interesse público ou social;
- II - nas causas que envolvam o estado das pessoas e o interesse de incapazes;
- III - nas causas que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural;
- IV - nas demais hipóteses previstas em lei ou na Constituição da República.

Parágrafo único. A participação, da Fazenda Pública não configura por si só hipótese de intervenção do Ministério Público.

Art. 157. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público:

- I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos, do processo;
- II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.

Art. 158. O Ministério Público, seja parte, seja fiscal da ordem jurídica, gozará de prazo em dobro para se manifestar nos autos, que terá início a partir da sua intimação pessoal.

do Título próprio que trata do Ministério Público, o legislador pretende estabilizar a atuação do *Parquet* no processo civil, em função exatamente do seu novo perfil constitucional. Destaque-se que, sob esse mesmo prisma de adequação constitucional, o projeto continua prevendo a atuação do Ministério Público como *custos legis*, passando a ser chamado “fiscal da ordem jurídica”. Vê-se que o art. 156 do projeto prevê a atuação do fiscal da ordem jurídica nas causas em que se verifiquem interesse público ou social; estado das pessoas e interesses de incapazes; litígios coletivos pela posse de terra rural; e, nas demais hipóteses previstas em lei ou na Constituição da República.

Esse é mais um indicativo de que o discurso dos órgãos superiores do Ministério Público não se sustenta.

É relevante também ressaltar que o princípio constitucional da independência funcional, tão decantado nos regramentos produzidos pelos que defendem uma atuação mínima do *custos legis*, não possui caráter absoluto. Ele encontra limitações na própria Constituição e nas leis, não sendo lícito invocá-lo para se eximir de uma atuação legalmente prevista.

Um argumento de peso daqueles outros, é o fato de que a Lei de Responsabilidade Fiscal fixou o duodécimo do Ministério Público em 2% (dois por cento) da receita corrente líquida do Estado – o Poder Judiciário tem 6% (seis por cento) mais as receitas oriundas de custas processuais e emolumentos – o que inviabilizaria a presença de um representante Ministerial junto a um juiz, afora aqueles que atuam no extrajudicial como agentes.

Esse argumento é uma meia verdade. Nas trinta e quatro varas cíveis da comarca do Recife, por exemplo, atuam apenas dois Promotores de Justiça. Nas demais varas da Capital, pela especialização, atuam Promotores de Justiça em correspondência com os magistrados. Essa argumentação só é válida, na sua integralidade, nas Promotorias de Justiça do interior do estado, em que a atuação do membro do Ministério Público se dá de forma plena, em todas as áreas do direito, incluída aí a atividade extrajudicial na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nada que a regionalização de Promotorias de Justiça de Cidadania não possa resolver, sem que a instituição abdique de suas atribuições legais.

Além disso, a fixação de um percentual único para toda a federação apresenta sérias distorções quando se imagina, por exemplo, a comparação entre a receita corrente líquida de Estados desenvolvidos, como São Paulo, e a receita de Estados menos favorecidos, como alguns localizados no Norte e no Nordeste do país. Forçoso então dizer que o Ministério Público, em termos estruturais, caminhará à mesma medida da arrecadação do ente estatal a

que está orçamentariamente vinculado.

Não será, entretantes, repita-se, com abdicação de atribuições – de forma inconstitucional e ilegal – que o Ministério Público conseguirá romper com as peias orçamentárias, que vêm efetivamente se constituindo em estorvo para a modernização da instituição, de modo a atender a todas as demandas indisponíveis da sociedade, individual ou coletivamente consideradas. Deve, sim, politicamente, tentar modificar o dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal no Congresso Nacional, sensibilizando cada vez mais a sociedade e os parlamentares da necessidade de um Ministério Público forte e estruturado no Estado de Direito Democrático. Racionalizar, reorganizar, readequar, são verbos que se aplicam sobremaneira à situação, estão na ordem do dia, e devem ser implementados sob a forma de ações concretas, mas não podem servir jamais de sustentáculo para a perda de atribuições da instituição.

Ao cabo dessa análise, parece pertinente a constatação de que faltou aos órgãos que editaram os regramentos referidos, uma maior discussão na classe sobre o assunto, principalmente um debate qualificado sobre a indisponibilidade e o interesse público, a nortear a atuação do Ministério Público sob quaisquer prismas que se aplique.

E o que é pior, tais medidas foram tomadas por aqueles que têm, por dever constitucional e legal, a fiscalização da conduta dos membros da instituição, na sua vida pessoal e profissional, incluída aí a atuação nos processos judiciais.

Mas essa construção argumentativa, com força persuasiva, tem, como dito no início, pendores retóricos e vem convencendo grande parcela dos que fazem o Ministério Público. É a retórica da instituição em desfavor da própria instituição. Para entender esses aspectos do discurso jurídico, mister se faz conhecer os meandros da retórica.

## 4 A RETÓRICA

### 4.1 O HOMEM SIMBÓLICO

O homem, considerado como tal, tem na capacidade de pensar e raciocinar os principais elementos diferenciadores das demais espécies animais. A definição do homem exclusivamente como animal racional revela, entretanto, a ausência de uma noção empírica da natureza humana por parte dos pensadores que a formularam. Com essa formulação, expressam mais um imperativo ético fundamental, sendo a razão um termo inadequado para contemplar todas as formas da vida cultural humana, com toda a sua riqueza e diversidade (formas simbólicas<sup>18</sup>). O homem é então, no dizer de Cassirer, um animal simbólico. (CASSIRER, 1963).

Sin embargo, em el mundo humano encontramos una característica nueva que parece constituir la marca distintiva de la vida del hombre. Su círculo funcional non sólo se ha ampliado cuantitativamente sino que há sufrido también un cambio cualitativo. El hombre, como si dijéramos, ha descubierto un nuevo método para adaptarse a su ambiente. Entre el sistema receptor y efector, que se encuentran en todas las especies animales, hallamos en él como eslabón intermedio algo que podemos señalar como sistema “simbólico”. Esta nueva adquisición transforma la totalidad de la vida humana. Comparado con los demás animales el hombre no sólo vive en una nueva realidad más amplia sino, por decirlo así, en una nueva dimensión de la realidad (CASSIRER, 1963, p. 47).

Diante dessa noção simbólica, e com a inexorável evolução da espécie é que o homem conseguiu desenvolver símbolos e sinais (signos) para que pudesse se comunicar com os seus semelhantes (símbolos lingüísticos). É certo que nos primórdios esses signos se apresentavam de maneira rudimentar, com símbolos difundidos por meio de instrumentos de linguagem e escrita extremamente simplórios - como, por exemplo, as pinturas rupestres - que foram se desenvolvendo até culminarem com os sinais hoje praticados: escritos e sonoros extremamente desenvolvidos.

Para Wittgenstein (2001), consoante se extrai dos aforismos 3.32 e 3.321, do seu *Tractatus Lógico-Philosophicus*, o sinal se percebe sensivelmente no símbolo, sendo que dois símbolos diferentes podem ter o sinal escrito ou sonoro em comum, designando coisas diferentes. Ocorre com frequência que uma palavra tenha sentidos diversos (polissemia) ou ainda que duas palavras diferentes sejam designadas com o mesmo sentido. Todas essas

<sup>18</sup> Não se pode descurar da linguagem emotiva ou da linguagem e pensamentos poéticos, como contraposição à linguagem conceitual e à linguagem lógico-científica, respectivamente.

nuances são verificadas no estudo da linguagem, e costumeiramente se atribui à retórica a utilização dessas técnicas com fins de enganar ou manipular.

## 4.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

A retórica surgiu na Grécia antiga. Não em Atenas, mas na Sicília grega, que compunha a Magna Grécia.

Após a batalha de Salamina, em 480 a.C., onde os gregos coligados triunfaram sobre os invasores persas, seguiram-se inúmeras disputas judiciais sobre os bens que haviam sido despojados pelos invasores. Diante da inexistência de advogados para defenderem os litigantes, Córax (discípulo do filósofo Empédocles) e seu discípulo Tísias criaram e fizeram publicar uma “arte oratória”, manual prático para auxiliar as pessoas a recorrerem à justiça, dando a primeira definição de retórica: argumentação persuasiva a partir do verossímil, capaz de convencer qualquer pessoa de qualquer coisa. (REBOUL, 2004).

Córax, inclusive, foi o criador do argumento que leva o seu nome e que consiste em dizer que uma coisa é inverossímil por ser verossímil demais.

Da Sicília para Atenas, muito pouco tempo levou para que a “arte oratória” se disseminasse. Essa é a origem primeva da retórica: a judiciária.

Num segundo momento, por volta de 399 a.C., já na Grécia clássica, surgiu a retórica literária, tendo como principal expoente o filósofo Górgias, discípulo de Empédocles, e que viveu por muitos anos em Atenas.

Górgias, assim como Protágoras, Isócrates e Platão, dentre outros filósofos, integravam a escola sofista. Os sofistas representaram as raízes da filosofia grega e ocidental, considerados verdadeiros precursores do pensamento, despertando o espírito crítico sobre muitos problemas psicológicos, morais e sociais.

Pode-se mesmo dizer que praticamente não existe um único problema importante na filosofia das épocas posteriores que já não tenha sido pelo menos levantado e discutido – com exceção apenas dos que se manifestaram na Era Industrial do Ocidente e das questões existenciais de toda a humanidade com que atualmente nos encontramos envolvidos. (STÖRIG, 2008, p. 117).

Esse grupo de filósofos da antiguidade foi o primeiro a se decidir a enfrentar os problemas do espírito humano, do conhecimento e da ética, mergulhando na autognose. Para eles, cada indivíduo teria uma visão própria da realidade; negavam a verdade objetiva, descrendo numa justiça absoluta; e consideravam o direito relativo, como uma opinião

mutável de acordo com o arbítrio e a força.

A escola sofista<sup>19</sup> foi o berço literário da retórica. Oradores eloqüentes, percorriam as cidades gregas e, com destacada coragem, opunham-se às crenças dominantes, discutindo e criticando o princípio da autoridade, minando as opiniões tradicionais, despertando, assim, a atenção popular numa Grécia recém liberta, rica e sedenta de conhecimento (DEL VECCHIO, 2003). Utilizavam-se da eloqüência mais como um meio de convencimento do que de convicção.

Céticos em relação à moral, negavam e destruíam mais do que construía, considerando a retórica como instrumento neutro, valendo pelo seu próprio uso.

Todavia, foi com Aristóteles que a retórica ganhou força como um atributo de valor positivo. Para o filósofo grego, a retórica se constituía na arte de encontrar tudo o que um caso contém de persuasivo, sempre que não houver outro recurso senão o debate contraditório (REBOUL, 2004). É a partir do sistema retórico aristotélico que os estudos da retórica se desenvolverão, sem grandes alterações, até o século XIX.

Com o debate contraditório surge a necessidade do entendimento, ainda que não se pretenda, nesse trabalho, aprofundar o seu estudo, da dialética, verbete polissêmico que causa dissenso no campo da filosofia até os dias atuais e de extrema importância para a pesquisa sobre a retórica.

Etimologicamente a dialética pode ser considerada a arte da conversação. Epistemologicamente seria a arte da conversação desenvolvida na prática política das cidades gregas.

Para Aristóteles, o filósofo Zenão foi o inventor da dialética, que consistiria na arte de refutar uma hipótese ao tirar dela consequências absurdas. Todavia, para Hegel, teria sido Heráclito o inventor da dialética.

Essa dicotomia reside numa questão fundamental: para Heráclito, a dialética depende de uma ontologia, no que é seguido por Hegel; já para Zenão, secundado por Aristóteles, a dialética é uma lógica independente de uma ontologia. E assim Aristóteles publicou o seu *Tópicos*, considerada a primeira obra sistemática sobre dialética, que seria caracterizada não pelo tipo de raciocínio, mas sim pelo estatuto epistemológico das premissas, estabelecendo, dessa maneira, princípios de lógica formal. Portanto, no campo da lógica formal, a dialética seria a arte de formar sentenças breves e exatas, enquanto que a retórica seria o modo de exposição extenso e belo dessas mesmas sentenças. (NOUR, 2009).

<sup>19</sup> Do grego *sophistae*, significando “mestre da sabedoria”.

Evidentemente, a crítica filosófica rechaça o caráter estritamente formal atribuído por Aristóteles à dialética. Daí porque outras concepções de dialética são ventiladas na filosofia, com destaque para as proposições de Kant, Hegel e Marx, advindo daí o seu caráter polissêmico.

Mas Aristóteles construiu, partindo da dialética dos sofistas, a dialética aristotélica, como sendo a arte do diálogo ordenado, uma competição argumentativa, na linha do espírito competitivo do grego da época. Para Adeodato (2009), a dialética em Aristóteles é vista mais como uma técnica argumentativa do que como uma ciência teórica sobre as estruturas argumentativas. São, evidentemente, disciplinas distintas, mas que se comunicam quando a dialética serve de instrumento intelectual para convencer pelo discurso persuasivo. Vê-se, portanto, a relevância que ganhou a dialética para o estudo da retórica.

A partir da Grécia, a retórica se disseminou pela Roma Antiga, tendo em Cícero e Quintiliano os seus maiores expoentes.

Na Idade Média, os estudos retóricos figuravam quase que obrigatoriamente nos currículos das grandes universidades europeias, compondo, junto com a gramática e a dialética, o Trivium, permanecendo até o século XIX, quando teve início o declínio da retórica. (FERRAZ JR, 2001).

Esse declínio se deveu, basicamente, a circunstâncias e movimentos históricos da época, sobretudo com o advento do racionalismo, capitaneado por Descartes, Pascal e Locke.

O positivismo científico, como movimento da época, rejeitou terminantemente a retórica em nome da verdade científica. Para os positivistas, o ideal de construção da ciência da linguagem deveria ser desprovido de qualquer conteúdo axiológico ou emotivo, até então consagrados na técnica retórica.

De igual modo, o romantismo igualmente rejeitou a retórica, só que em nome da sinceridade. Estes movimentos históricos restauraram a concepção negativa da retórica.

O estudo da retórica ganhou novo fôlego no século XX, com a crise do racionalismo e o surgimento da comunicação de massas. O novo perfil da retórica abarcava todo o campo do discurso e das produções não verbais, com destaque para a retórica da imagem e a retórica da propaganda e da publicidade.

Ainda nessa época foram realçados aspectos positivos e negativos da retórica. Com a revolução industrial, os bens de consumo passaram a ser produzidos em larga escala e havia a necessidade da indústria em colocar os seus produtos no mercado. O principal meio utilizado pelas indústrias foi a retórica da publicidade, com a divulgação maciça dos seus produtos, na mesma proporção em que se desenvolviam os meios de comunicação. O contraponto veio

com o emprego indisfarçado da retórica na propaganda nazista pelo estado nacional-socialista alemão, na ditadura hitlerista, além da propaganda stalinista e de outros ditadores do século passado.

Na segunda metade do século XX, mais precisamente na década de cinquenta, veio a lume “Tópica e Jurisprudência” de Theodor Viehweg, sendo sucedido, na década seguinte, pela obra de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, “Tratado da Argumentação – A Nova Retórica”. Pode-se afirmar que estas obras marcaram uma nova fase da retórica, sendo seguidas por outras teorias com enfoque na argumentação jurídica. Cada uma, como dito noutro momento, será objeto de comentários mais adiante.

### 4.3 CARACTERÍSTICAS

Segundo o dicionário Aurélio, a retórica advém do grego *rhetoriké*, e traz definições que anotam a dicotomia de sentidos positivo e negativo a ela atribuídos. Ao tempo em que a considera a arte da eloquência, da oratória, afirma-a também como adorno empolado de um discurso ou ainda um discurso bem feito, mas vazio de conteúdo. (FERREIRA, 1986, p. 1501).

Na realidade, a retórica deve ser considerada, ao mesmo tempo, como arte e técnica de persuadir pelo discurso, tendo como elemento intrínseco a persuasão, que deve ser entendida como o ato de levar a crer em alguma coisa. Essa é a persuasão retórica, diversa da persuasão que leva alguém a fazer algo sem necessariamente crer naquilo que está fazendo. Portanto, o acreditar é o núcleo da persuasão retórica.

Como assinala Reboul (2004), um discurso para ser retórico deve conter elementos de ordem racional e afetiva, já que na retórica são inseparáveis a razão e o sentimento. Essa ordem racional pode ser caracterizada pelos argumentos, que, por sua vez, podem ter a natureza de entimemas (elementos lógico-formais que se integram ao raciocínio silogístico) ou exemplificativa. Daí se falar em aspectos argumentativos ou oratórios do discurso persuasivo.

Afasta-se, portanto, da retórica, o argumento silogístico, que, na definição Aristotélica, consistiria numa argumentação na qual, se certos enunciados são pressupostos, algo diferente desses pressupostos surge necessariamente deles (ADEODATO, 2009). Nesse contexto, os silogismos são classificados em apodícticos, dialéticos e erísticos, sendo o entimema denominado de silogismo retórico (silogismo abreviado, imperfeito).

Para Iorio Filho (2009), os entimemas se constituem no silogismo próprio da retórica.

É o núcleo da persuasão. Espécie de silogismo encurtado, onde uma das premissas ou a própria conclusão permanecem implícitas dentro da sua estrutura formal. Pressupõe um conhecimento prévio do elemento implícito por parte do receptor da mensagem. O entimema é formalmente imperfeito, deseja persuadir sem a rigidez da coerência lógica

O silogismo tradicional ou apodítico é indiscutível, não cabendo contra ele contestação, não ocorrendo o mesmo com o silogismo retórico ou dialético ou entimema, que é demonstrável, com caráter persuasivo e fundado em premissas prováveis, conhecidas por endoxa, que são plenamente refutáveis.

É preciso que se registre, ademais, que ao longo do tempo várias funções foram atribuídas à retórica, além da primordial função persuasiva. Merece destaque a função hermenêutica da retórica, aumentando a sua dimensão na medida em que se lhe atribui, para além da produção, a compreensão, considerando a hermenêutica como a arte de interpretar textos; a função heurística da retórica, que tem a ver com a função de descoberta, num mundo onde a verdade raramente é evidente; e, bem assim, a função pedagógica da retórica como instrumento de cultura geral, de formação do ser humano para a vida. (REBOUL, 2004).

Acerca da função hermenêutica da retórica, merece destaque a posição adiante:

Também a retórica testemunha verdadeiramente a estrutura universal da linguagem universal. Em outro sentido, essa estrutura constitui a base essencial para o elemento hermenêutico, representando para a arte da interpretação da linguagem algo assim como o positivo para o negativo. (GADAMER, 2007, p. 272).

Em que pese a posição de Reboul acerca da função hermenêutica da retórica, esse não é um tema pacífico. Muito ao revés, os hermeneutas defendem diferenças básicas entre retórica e hermenêutica desde Aristóteles, mas tais questões se afastam do núcleo do presente trabalho, motivo pelo qual serão deixadas de lado, todavia com o necessário destaque.

Todas essas funções partem de uma premissa básica, essencial para a retórica, que consiste no fato de que a arte de persuadir pressupõe que não estamos sozinhos. O discurso persuasivo será sempre dirigido a alguém, a uma pessoa ou a um público alvo específico, e será sempre sucessor ou antecessor de outro discurso.

#### 4.4 AS QUATRO PARTES DA RETÓRICA

O enfoque dado por Aristóteles à retórica, diversamente da perspectiva sofista, integrou-a numa visão sistemática de mundo, colocando-a no seu lugar próprio, num sistema definido. Sistema esse elaborado em quatro partes distintas nas quais a retórica pode ser

decomposta.

A **invenção** é a primeira delas. Derivada do grego *heurésis*, consiste na busca pelo orador da reunião de todos os argumentos que possam servir ao discurso e, além disso, compreender o assunto. Nessa parte do sistema retórico são elaborados os *topoi* (tópicos), que servem para fundamentar os entimemas. A compreensão do assunto tem a ver com o gênero do discurso, que pode ser dividido em três frentes distintas, de acordo com o auditório: o judiciário, o político e o epidíctico, sendo este um gênero de discurso de censura ou louvor. (REBOUL, 2004).

Já a reunião dos argumentos relaciona-se com os tipos de instrumentos aptos a persuadir. Aristóteles os dividiu em três: *etos*, *patos* e *logos*. O primeiro consiste na habilidade que deve ter o orador de conquistar a confiança do auditório. O segundo representa o conjunto de paixões, emoções e sentimentos que devem ser suscitados pelo orador. O último deles refere-se ao lado racional do discurso, tem a ver com a argumentação propriamente dita, sendo o campo fértil para a manifestação do aspecto dialético da retórica.

A segunda parte da retórica é a **disposição**. Do grego *taxis*, consiste na elaboração de um esquema, um plano ao qual recorre o orador para construir um discurso. Vários planos foram propostos pelos estudiosos da retórica, contudo, o plano clássico será o adotado neste trabalho. Divide-se ele em: a) exórdio, que é o início do discurso, tendo por finalidade tornar o auditório dócil, atento e benevolente com o orador; b) narração, como sendo a exposição aparentemente objetiva dos fatos referentes ao tema do discurso, e deve ser clara, breve, e inspirar credibilidade; c) confirmação, que representa o conjunto de provas seguido por refutações que se prestam a destruir os argumentos contrários; d) digressão, que se constitui num momento de relaxamento, e se percebe com mais intensidade nos discursos jurídicos, e; e) peroração, que se põe no fim do discurso e pode se apresentar na forma de amplificação, de paixão ou de recapitulação.

A terceira parte da retórica é a **elocução**, que provém do grego *lexis*. Consiste na redação do discurso e se relaciona com a língua adotada, o estilo e as figuras. O estilo há de ser escolhido em virtude da conveniência do discurso, que deve ser claro e breve: o nobre, para comover; o simples, para informar ou explicar; e o ameno, para agradar o auditório (ARISTÓTELES, 2007, p. 149). Quanto às figuras, podem ser utilizadas tanto as de linguagem quanto as de pensamento, classificando-se estas em ironia e alegoria, e aquelas em trocadilho e metáfora. (CÍCERO apud REBOUL, 2004).

A derradeira parte da retórica é a **ação**, que em grego se diz *hypocrisis*, consistindo no arremate do trabalho retórico, com a proferição do discurso. Para Demóstenes era a principal

parte da retórica. (REBOUL, 2004).

Merece ainda referência, como subsídio teórico para o estudo, o fato de que alguns autores latinos fizeram menção a uma quinta parte da retórica, que seria a **memória**. Os discursos na antiguidade eram, na sua maioria, proferidos sem o suporte escrito, logo, teriam que ser memorizados pelos oradores, que deveriam, em tese, gozar de boa saúde física e mental, principalmente.

Com estas considerações sobre a retórica aristotélica, colhidas principalmente da obra de Olivier Reboul (2004), pode-se avançar à segunda etapa do capítulo, com a análise da argumentação e das principais teorias de argumentação jurídica conhecidas.

#### 4.5 A ARGUMENTAÇÃO

Primeiramente é necessário estabelecer a premissa de que a argumentação é um fenômeno que se apresenta em vários contextos do cotidiano da humanidade, e não apenas no mundo jurídico. (ATIENZA, 2006).

Junto com a dialética, a argumentação se constitui num dos pilares da retórica. Com efeito, costuma-se dizer que “entre a demonstração científica ou lógica e a ignorância pura e simples, há todo um domínio da argumentação”, e quanto mais refratário à argumentação lógica o auditório, e mais urgente a questão, sobressai a importância da oratória como elemento retórico. (REBOUL, 2004, p. 91).

A argumentação, como objeto de estudo, possui cinco características básicas: 1 – dirige-se a um auditório; 2 – expressa-se em língua natural; 3 – suas premissas são verossímeis; 4 – sua progressão depende do orador, e; 5 – suas conclusões são sempre contestáveis.

Com base nestas características, pode-se formular a seguinte questão: O que é uma boa argumentação? A pergunta é de difícil resposta, considerando-se que a boa argumentação pode ser a mais eficaz ou a mais honesta, conquanto nem sempre andem juntos esses dois valores.

A complexidade da resposta à questão acima formulada orbita em torno do valor honestidade, e em como detectá-lo no corpo de uma argumentação. Longe da pretensão de completar a questão, os componentes éticos e morais devem nortear a resposta, com a cautela devida de que ditos componentes cambiam em razão do tempo e da cultura, desde que o mundo é mundo, na esteira das mudanças filosóficas cíclicas entre o antropocentrismo e o teocentrismo na humanidade. Entretanto, um critério razoável e lógico para a identificação da

honestidade do argumento é atentar para a causa a que serve, afastando eventuais sofismas nela contidos.

Sofisma é um raciocínio cuja validade é apenas aparente e que ganha adesão por fazer crer em sua lógica. O raciocínio é sofisticado pela forma e não pelo conteúdo. Para ilustrar, dois exemplos de raciocínio sofisticado: 1 – a) beber água mata a sede; b) ora, o sal obriga a beber água; c) logo, o sal mata a sede. 2 – a) tudo o que é raro é caro; b) ora, um bom cavalo barato é raro; c) logo, um bom cavalo barato é caro. Pelo que se infere dos exemplos acima, há a demonstração de que o sal mata a sede, no primeiro, e de que o barato é caro, no segundo. É óbvio que são exemplos extremados para que se tenha a real dimensão do que um sofisma pode fazer no campo da argumentação.

Resta então patente, como corolário lógico de tudo o que foi exposto, que a característica da boa argumentação não reside na supressão do seu aspecto retórico, mas no seu equilíbrio consoante dois critérios: o da transparência e o da reciprocidade. Em suma, o problema não está na técnica empregada, mas no técnico que dela faz uso.

O trecho adiante, sacado do aforismo 4.002 do *Tractatus* expressa bem, e de forma atual, a problemática enfrentada:

A linguagem corrente é parte do organismo humano, e não menos complicada que ele. É humanamente impossível extrair dela, de modo imediato, a lógica da linguagem. A linguagem é um traje que disfarça o pensamento. E, na verdade, de um modo tal que não se pode inferir, da forma exterior do traje, a forma do pensamento trajado; porque a forma exterior do traje foi constituída segundo fins inteiramente diferentes de tornar reconhecível a forma do corpo. Os acordos tácitos que permitem o entendimento da linguagem corrente são enormemente complicados. (WITTGENSTEIN, 2001, p. 165).

#### 4.6 AS TEORIAS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Como já pontuado acima, a década de cinquenta do século XX foi o marco inicial do desenvolvimento das teorias de argumentação jurídica, pela retomada da retórica como seu elemento fundante. Foi um período em que a pós-modernidade jurídica fazia brotar teorias que combatiam as posições unilaterais do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, sobretudo o positivismo legal. (FREIRE, 2007).

Sem maiores delongas, serão vistas adiante duas das principais teorias de argumentação, com as suas principais críticas, consideradas precursoras no resgate da retórica.

#### 4.6.1 A tópica de Viehweg

O professor alemão Theodor Viehweg publicou a primeira edição da sua Tópica e Jurisprudência em 1953, como tese de livre-docência na Universidade de München. Ressalte-se que a expressão Jurisprudência, da sua obra, há de ser entendida como ciência do direito, em virtude do original alemão assim significar.

Nas palavras do próprio Viehweg: “[...] a tópica é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela se desdobra numa contextura cultural que se distingue claramente nas menores particularidades de outra de tipo sistemático dedutivo.” (VIEHWEG, 1979, p. 17).

Lastreado em Cícero, Aristóteles, e, por último, em Vico, Viehweg desenvolveu uma teoria de pensar o direito de forma problematizada, a partir de lugares-comuns, sempre provisórios, chamados de topoi, um repertório de pontos de vista preparados de antemão, tais como: “tutela de boa-fé”, “*in dubio pro reo*”, “o direito não socorre os que dormem”, entre outros. Esses topoi constituir-se-iam em premissas necessárias para a resolução dos problemas jurídicos.

Para Larenz (1997, p. 2003); Viehweg (1979) “aparentemente, considera como tópico toda e qualquer idéia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie forem”.

As principais críticas apresentadas à teoria de Viehweg são as imprecisões e equívocos das noções básicas da tópica, como a noção de problema, o próprio conceito de topos, e as noções de lógica e sistema, que suscitam bastante confusão. (ATIENZA, 2006).

#### 4.6.2 A nova retórica

No final da década de cinquenta do século passado, mais precisamente no ano de 1958, o professor belga Chaïm Perelman lançou, em co-autoria com Lucie Olbrechts-Tyteca, o “Tratado da Argumentação – A Nova Retórica”. A obra ganhou força quase dez anos após o seu lançamento, marcando a retomada da retórica aristotélica do discurso persuasivo. O seu método, sedimentado na teoria do discurso persuasivo, resgatou de vez o secular legado retórico Greco-romano.

Perelman e Tyteca estabeleceram como imperativo para a sua teoria, a localização da argumentação no campo do raciocínio dialético ou retórico, em contraposição ao raciocínio analítico ou lógico-formal. A Nova Retórica buscou sua fundamentação em juízos de valor

relacionados à dimensão social e história do pensamento. (ATIENZA, 2006).

Nesse sentido, o raciocínio dos operadores do direito deve ser o ponto de partida para a construção de uma teoria da argumentação jurídica, que deve necessariamente persuadir um determinado auditório. Pode a teoria do professor de Bruxelas ser dividida em três aspectos: 1 – os pressupostos ou limites da argumentação; 2 – os pontos ou teses de partida, e; 3 – as técnicas argumentativas.

Bem por isso, Perelman e Tyteca consideraram a lógica jurídica dissociada da lógica formal, porquanto seria aquela o estudo das técnicas e raciocínios próprios do jurista, e estes raciocínios não podem ser reduzidos a raciocínios lógico-formais.

Um dos problemas apontados na nova retórica seria a dificuldade de se fundamentar os juízos de valor, mas, por outro lado, teria o grande mérito de constatar que entre a demonstração científica e a arbitrária das crenças há uma lógica do verossímil, materializada por uma argumentação vinculada à antiga retórica aristotélica. (REBOUL, 2004).

As principais críticas formuladas em relação a nova retórica podem ser agrupadas nos seguintes pontos: 1 - descreve maravilhosamente as estratégias de argumentação, mas deixa de reconhecer os aspectos afetivos da retórica; 2 – a falta de clareza dos conceitos centrais da obra, tais como, classificação e força dos argumentos, auditório universal, razoabilidade, entre outros; 3 – o conservadorismo ideológico; 4 – a visão ultrapassada de positivismo extraída da obra.

A síntese das críticas pode ser colhida das seguintes palavras:

A conclusão geral extraída de todas as críticas anteriores poderia muito bem ser esta: por um lado, Perelman não oferece nenhum esquema que permita uma análise adequada dos argumentos jurídicos – dos diversos argumentos jurídicos - nem do processo da argumentação, embora, evidentemente, em sua obra apareçam sugestões de interesse inquestionável. (ATIENZA, 2006, p. 90).

Em que pese as abalizadas críticas à teoria desenvolvida por Perelman e Tyteca, não se pode descurar acerca do contributo dos autores para a filosofia do direito, mormente no que concerne ao restabelecimento da retórica aristotélica como fonte em que se abeberaram e abeberaram os estudiosos da argumentação jurídica.

#### **4.6.3 Concepções modernas da retórica**

Para Adeodato (2009, p. 336), a retórica comporta hodiernamente três sentidos básicos.

Um sentido material, que consiste na própria condição humana de se utilizar do discurso como forma de ser compreendida, de ter um significado próprio. Um sentido prático, que tem a ver com o procedimento diante da retórica material, ou seja, tem a ver com o agir, com as técnicas a serem utilizadas para persuadir. Por último, o sentido continente da retórica, a retórica analítica, que seria aquela encarregada de estudar os dois sentidos anteriores, sistematizando e compreendendo as relações entre ambos.

Nessa ordem de idéias, é que se faz necessária uma abordagem da retórica judiciária de modo que se possa adentrar na retórica do Ministério Público e, mais especificamente, na retórica do *custos legis*.

#### 4.7 A RETÓRICA JUDICIÁRIA E A RETÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A retórica pode ser dividida, segundo López Farjeat, em três classes de discurso: o discurso deliberativo, que se verifica quando o ouvinte, membro de uma assembléia política, decide sobre o futuro; o discurso epidítico, que, por sua vez, não exige juízo de decisão do ouvinte, é um discurso que se limita apenas a mostrar, apresentar ao expectador algo, sem exigir, todavia, uma posição do ouvinte sobre o discurso; e o discurso judicial ou judiciário, sendo aquele que exige do ouvinte uma decisão sobre um fato pretérito, vale dizer, uma decisão a partir de um processo judicial. (LÓPES FARJEAT, 2002).

Note-se que, tanto no discurso deliberativo quanto no discurso judicial, a figura central é o ouvinte, cabendo a ele a decisão perante os argumentos de persuasão, censura ou elogio formulados pelo retórico.

Ademais, como já destacado no início do capítulo, a retórica judiciária está umbilicalmente ligada às origens da própria retórica. Foi com os debates judiciais da Grécia antiga que a retórica judiciária nasceu e floresceu pela antiguidade clássica, passando pelos sofistas até chegar a Aristóteles, que a sistematizou como técnica argumentativa geral.

Portanto, a retórica judiciária configura-se como espécie do gênero retórica, tendo aquela, por sua vez, como subespécies a retórica do Ministério Público, assim como a retórica do magistrado e a retórica do advogado, enfim, de todos aqueles que se utilizam do discurso jurídico persuasivo.

A história tem mostrado que, desde a modernidade, os estudos vêm sendo focados quase que exclusivamente na retórica do magistrado, recaindo a análise sobre os eventuais aspectos retóricos verificados nas decisões judiciais. É razoável que haja um direcionamento quase que natural ao estudo da retórica nas decisões judiciais, porque é, afinal de contas, o

judiciário que tem o monopólio da jurisdição, de dizer o direito no caso concreto, conferindo a tutela jurisdicional para pôr termo ao litígio.

Contudo, a primazia do estudo da retórica do magistrado não pode e não deve ser causa de ausência de estudo sobre a retórica empregada pelos advogados e membros do Ministério Público, mormente pelo fato de que a estes, enquanto partes – em contraponto à posição neutra do magistrado –, é dada a oportunidade de construir as teses jurídicas que serão debatidas no processo judicial, a culminar com a decisão final que dirá o direito aplicável ao caso concreto.

Na realidade, a argumentação jurídica no Brasil, a partir da crítica ao positivismo formalista, em meados do século XX, tornou-se fragmentada, abarcando, de forma simbiótica, aspectos da retórica aristotélica, trazidos por Viehweg e Perelman, e aspectos da ponderação dos pesos relativos das normas e dos princípios jurídicos (Alexy, Dworkin), à míngua da apreensão real dos seus originais contornos teóricos e descurando acerca das suas semelhanças e diferenças. A consequência desse fenômeno nacional é que o modelo de discurso jurídico atual tem legitimado a defesa de convicções subjetivas como se fossem direito objetivo, e, nessa condição, a única possibilidade de direito objetivo, sem margem para alternativas.

É essa a razão de ser da retórica empregada nos atos normativos a tentarem justificar a não atuação do Ministério Público no processo civil como *custos legis*. Nela não se vislumbra fundamento no direito objetivo, mas sim o evidente emprego da técnica retórica impregnada de argumentação supostamente calcada em princípios constitucionais, mas, que ao revés, transforma o Ministério Público numa instituição descolada do Estado de Direito, na medida em que se tornou legislador de si próprio, decidindo, interna corporis, em que casos deve ou não atuar como fiscal da lei, subtraindo do Poder Legislativo essa competência constitucionalmente garantida.

Mas então, qual seria a retórica do Ministério Público na sua atuação como *custos legis*? A resposta a essa questão foi exaustivamente debatida no capítulo anterior: a retórica do fiscal da lei está imbricada com a indisponibilidade dos direitos ou interesses envolvidos no processo judicial, vale dizer, utilizar-se das estratégias e técnicas retóricas com fins específicos de velar pela correta aplicação das normas, de modo a garantir a observância desses mesmos direitos e interesses, consoante delegação expressa e inderrogável do Estado.

Assim como o Ministério Público atua em várias áreas do direito, como na área criminal, na área de cidadania e no cível, seja como órgão agente, seja como órgão interveniente, é razoável se inferir que diversos são os espaços retóricos, aqui denominados de

*loci* retóricos, de que dispõe a instituição dentro ou fora do processo judicial.

Na atuação criminal o Ministério Público tem dúplice função: atua como parte agente, na titularidade da ação penal pública incondicionada, e como *custos legis*, velando sempre pela correta aplicação das leis penal e processual penal. Aqui cabe destacar que a atuação do Ministério Público como parte ou agente no processo judicial, seja penal ou civil, confere à instituição um indiscutível maior espaço para o desenvolvimento do discurso retórico em razão da própria natureza das manifestações processuais das partes, prevista na legislação. Percebe-se, assim, que os espaços retóricos de que dispõe o órgão ministerial quando atua na esfera criminal são bastante elásticos, mormente quando se considera o espaço retórico por excelência do Tribunal do Júri, talvez o palco processual que mais se aproxime dos históricos debates retóricos da Grécia antiga, e onde o agente ministerial pode dar plena vazão às estratégias e técnicas retóricas, podendo apelar, inclusive, para elementos não necessariamente jurídicos, como a emoção, por exemplo, mas com alto poder de persuasão retórica.

Na área de cidadania, o Ministério Público atuará no processo judicial civil como órgão agente, propondo as ações civis públicas necessárias para a defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Atua, portanto, com a liberdade retórica conferida às partes pela legislação processual própria. Mas, para além do processo judicial, o Ministério Público dispõe, quando atua na área de cidadania, de instrumentos extraprocessuais onde a retórica da instituição pode e deve se manifestar de maneira plena: são os procedimentos de investigação preliminar e os inquéritos civis. Essa atuação administrativa do *Parquet*, que pode ser considerada pré-processual, proporciona à instituição um espaço retórico diferenciado, seja por estar fora do processo judicial, seja pela possibilidade da designação de audiências públicas para discussão com os diversos setores da sociedade sobre situações em que há ou pode haver violações aos direitos a ela inerentes.

Então, pelo que se depreende das considerações acima, a atuação do Ministério Público quando atua no processo civil como parte vincula-se à atuação da instituição na área de cidadania, propondo as ações civis públicas cabíveis no caso concreto, gozando assim dos espaços retóricos próprios da parte.

Chega-se, por fim, à análise dos *loci* retóricos postos à disposição, pelo ordenamento jurídico, ao *custos legis* no processo civil.

Revisitando o capítulo anterior, tem-se que a forma de atuação do Ministério Público no processo civil como fiscal da lei clássico é balizada pelo art. 83 do Código de Processo Civil e pelo art. 12 da Lei nº 12.016/2009. Pela dicção do Código de Processo Civil, o fiscal

da lei terá vista dos autos depois das partes e poderá juntar documentos, produzir prova objetiva ou subjetiva, podendo ainda requerer as medidas ou providências necessárias ao descobrimento da verdade. Pela Lei do Mandado de Segurança, o Ministério Público emitirá parecer antes da decisão judicial.

Tendem alguns a depreciar a atuação do Ministério Público como *custos legis* também pela sua supostamente ínfima participação processual. Equivocam-se, todavia, os acólitos dessa posição. Na realidade, o legislador quando determinou que o Ministério Público tivesse vista dos autos após as partes, não limitou a atuação ministerial somente ao final do processo. Pensar-se de outra forma seria negar vigência ao inciso II do art. 83 do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de produção de prova e requerimento de medidas judiciais por parte do *custos legis*. Como se sabe, nos processos judiciais há a fase própria de produção de provas, e nela há de se manifestar o fiscal da lei sempre que entender necessária a produção de alguma prova indispensável ao processo e que não tenha sido requerida pelas partes. De igual modo, deve o *custos legis* requerer, em qualquer fase do processo, medidas judiciais ou providências que reputar necessárias ao descobrimento da verdade.

Não se pode cogitar, assim, de que o *custos legis* só atua no final do processo. O que se verifica é certa hipotrofia da atuação do *Parquet* com base no inciso II do art. 83 do Código de Processo Civil, o que não autoriza a tentativa de se impor a pecha de ínfima à atuação do fiscal da lei, porquanto perceptível o espaço para o pleno desenvolvimento do discurso retórico da instituição.

Já no que concerne ao mandado de segurança, efetivamente a margem retórica diminui. Mas dita diminuição, além de decorrente da própria lei, tem a ver com a natureza especial da ação constitucional. Nessa ação, a prova já vem pré-constituída, sendo regra a vedação da dilação probatória.

Pois bem, atuando como *custos legis* no processo civil, o Ministério Público poderá, para alcançar a plenitude de suas atribuições, formular requerimentos, normalmente vinculados a questões processuais, seja para a produção de uma prova, seja para obter um provimento judicial imprescindível ao descobrimento da verdade, ou ainda para sanar alguma irregularidade formal. Ditos requerimentos são conhecidos por cotas. Esse é o primeiro *locus* retórico do *custos legis* no processo civil, assim entendida a sua atuação à luz do art. 82, II e III, do Código de Processo Civil, tendo sempre como fundamento a indisponibilidade do interesse envolvido no litígio, empregando a técnica retórica para persuasão do magistrado focado no bom e regular andamento processual.

Contudo, o principal *locus* retórico do fiscal da lei no processo civil brasileiro é,

indiscutivelmente, o parecer final.

O parecer é uma peça processual posta à disposição do Ministério Público para que, ao final do processo judicial, incluído o mandado de segurança, a instituição possa emitir uma opinião jurídica não vinculante sobre a matéria debatida nos autos, abarcando os aspectos formais e materiais do direito controvertido. Aqui a margem retórica do *custos legis* se alarga. Dentro do que está inserido no processo judicial, não há limites para a construção do discurso jurídico persuasivo do Ministério Público, devendo se utilizar o fiscal da lei de toda a técnica retórica, à luz do ordenamento jurídico posto, para persuadir o Estado Juiz a decidir conforme a indisponibilidade do direito vindicado.

Formalmente falando, o parecer está dividido em três partes: a parte inicial; a fundamentação; e a conclusão. Na parte inicial, o parecerista aponta para quem é dirigido o parecer e por que ele está sendo elaborado, relatoriando todo o *iter* processual até aquele momento, destacando todas as questões processuais porventura levantadas e a matéria de fundo debatida, ou seja, o próprio direito controvertido.

A segunda parte, a fundamentação, é a mais importante para o desenvolvimento do discurso retórico do fiscal da lei. Nessa etapa da elaboração do parecer, o *custos legis* pode e deve dar vazão a todo argumento persuasivo posto à sua disposição, assentando as premissas básicas do silogismo retórico, e enfrentando todas as questões processuais e materiais postas, para o fim de obter a tutela jurisdicional respeitante aos direitos indisponíveis envolvidos na lide.

Por fim, na terceira e última parte do parecer, a conclusão, o fiscal da lei culminará o seu discurso retórico persuasivo apontando os dispositivos legais disponíveis no ordenamento jurídico positivo e aplicáveis ao caso concreto, de modo a zelar pela indisponibilidade e pelo fiel cumprimento das leis.

Um parecer bem elaborado, cuja argumentação retórica encontra-se bem delineada, não raras vezes, serve de fundamento para a decisão judicial. É o que mostra a *praxis* jurídica.

#### 4.8 CONSIDERAÇÕES ÚLTIMAS

A necessidade de comunicação é inerente aos seres humanos, que a faz por meio de símbolos e sinais, formando a linguagem.

A retórica, nos moldes aristotélicos, consiste na técnica/arte de persuadir pelo discurso.

O estudo da retórica, após um longo período de ostracismo, retomou força na segunda

metade do século XX, passando a se tornar imperativo para a construção das pós-modernas teorias de argumentação jurídica.

A retomada do estudo da retórica, ou a virada retórica, vincula-se ao estudo do direito e das decisões judiciais sob o prisma analítico da praticidade.

Para uma boa argumentação é imprescindível a presença do valor honestidade, sendo de relevância o fato de se atentar para o técnico que maneja o argumento retórico.

Os aspectos afetivos da retórica não de ser considerados na construção de qualquer teoria de argumentação, conquanto a afetividade, o sentir, é inerente aos seres humanos, razão primeira do direito, que foi por eles criado.

A retórica constitui campo fértil para a problematização e o enfrentamento de questões fundamentais para o direito, tornando-se um elemento imprescindível para a construção de um ideal de justiça, seja no plano da ética, com a crítica aos discursos totalitários; seja no plano da ontologia, com a edificação da verdade jurídica; seja no plano da lógica, com o desenvolvimento de uma teoria da argumentação.

Almeja-se, assim, estabelecer uma frente de discussões acerca da retórica aristotélica, considerando-se que a técnica é, após tantos séculos da sua criação, um instrumento absolutamente indispensável para a construção de uma ideal - se é que é possível - teoria de argumentação jurídica. Os eventuais aspectos negativos atribuídos à retórica não se devem a ela, mas sim ao homem, ao técnico que a emprega, com a sua inesgotável capacidade para agir direcionado a um fim imoral ou antiético.

A retórica do Ministério Público como *custos legis* no processo civil brasileiro, focada nos direitos indisponíveis, que vem sendo desprezada em boa parte da classe ministerial, merece um maior estudo, conquanto invariavelmente formadora do convencimento do magistrado no curso do processo, e, principalmente, no momento do ato decisório.

## 5 CONCLUSÕES

O Ministério Público brasileiro da atualidade é uma síntese do processo histórico de sua criação, sendo reflexo constante das alterações político-sociais havidas no Brasil desde o seu descobrimento. Exemplo disso pode ser extraído da história constitucional do *Parquet* no país. Os períodos de maior relevância da instituição nas ordens constitucionais vigentes foram justamente aqueles espaços de tempo em que sopraram no Brasil os ventos da democracia. Não a toa que o Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tem como uma de suas atribuições precípua, a defesa do regime democrático, como preceitua o caput do art. 127 da Constituição Federal.

Essa história constitucional foi forjada a custo de muito esforço e sacrifício daqueles que integraram a instituição no passado e que lutaram diuturnamente pela consolidação da democracia no Brasil, buscando, gradativamente, fortalecer as atribuições do Ministério Público no âmbito constitucional, e também no plano das leis, complementar e ordinária. Logo, não destoaria com a verdade ontológica afirmar-se que o Ministério Público é uma instituição essencialmente democrática. Ou deveria sê-lo.

De titular da acusação criminal no império, passando pelo defensor dos interesses da Fazenda Pública em Juízo, consagrou-se o Ministério Público na Constituição de 1988, como defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando as suas funções bem delineadas no art. 129 da Carta Política.

E, nesse contexto, é de se dizer que a atuação da instituição na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis se consolidou a partir da atuação do Ministério Público como *custos legis* no processo civil brasileiro, como no Código de Processo Civil de 1939 e depois no de 1973; na revogada Lei nº 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança); na Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular); na Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos); e, principalmente, na Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), todos os textos normativos predecessores da atual ordem constitucional, e que foram por ela recepcionados.

O caráter de indisponibilidade de um direito ou interesse é que vai se tornar o fator determinante para a atuação obrigatória do Ministério Público no processo judicial seja como parte ou como fiscal da lei. E indisponível é um direito quando se percebe nele o caráter de inalienabilidade, de inderogabilidade, de irrenunciabilidade, de intransigibilidade, e, ainda, de realização obrigatória para o seu titular, assim como preceituado pelas normas de ordem pública.

A simples noção ou noções sobre interesse público, em face do seu amplo e às vezes

casuístico espectro, não têm atingido ao fim de determinar a atuação do Ministério Público no processo civil. É necessário que o interesse público a ensejar a atuação do *Parquet* no processo civil seja dotado de indisponibilidade até porque as definições de interesse público e bem comum não se comunicam necessariamente.

E nessa ordem de idéias, o Ministério Público, atuando no processo civil como *custos legis*, de forma obrigatória e não facultativa, consoante dicção legal, tem margem para influir de maneira efetiva na produção da prova, requerer providências processuais e emitir, no final do processo, o seu opinativo jurídico, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito debatidas no feito.

A despeito disso, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação nº 16/2010, produto de um movimento endógeno de setores da instituição que pregam o esvaziamento da atuação do *Parquet* como *custos legis* em favor da atuação como órgão agente, baseando-se em premissas retóricas plenamente refutáveis, e que, ao arripio da Constituição Federal, porquanto carente o CNMP de competência para legislar sobre a atuação do Ministério Público no processo judicial, ainda o fez *contra legem*, possibilitando, com isso, que membros da instituição possam utilizá-la como fundamento de validade para justificar uma não atuação, cuja impositividade encontra-se plasmada nas normas processuais e materiais vigentes, devidamente produzidas pelo Poder Legislativo, numa interpretação equivocada das disposições constitucionais que tratam do Ministério Público, conquanto ali prevista também a atuação do *Parquet* na defesa dos direitos individuais indisponíveis.

O princípio maior da legalidade, informador de todo o sistema jurídico, não pode ser mitigado ou relativizado por interpretações questionáveis, unilaterais, de modo a permitir que um princípio de natureza institucional, que é o da independência funcional, àquele se sobreponha, sob pena de odiosa inversão da ordem constitucional posta.

A otimização ou efetividade da atuação do Ministério Público no processo civil pode se verificar sem a ilegal e inconstitucional supressão de suas atribuições como *custos legis*. Primeiramente, é preciso que os órgãos superiores da instituição promovam debates sérios, aprofundados e democráticos acerca da questão, com a criação de comissões de estudo, envolvendo não só Ministério Público, mas também os demais atores que desenvolvem suas atividades no processo judicial (magistrados, advogados e partes, estas consideradas como expressão da sociedade civil), para, a partir de então, brotarem as alternativas de atuação, inclusive com eventuais propostas de modificação legislativa.

Não se pode olvidar também dos órgãos representativos da classe, que devem se inserir no debate de forma efetiva, por atribuição estatutária, podendo, inclusive, avaliar a

possibilidade questionar o texto da Recomendação do CNMP no Supremo Tribunal Federal.

No plano das sugestões, a criação de Promotorias de Justiça Regionais, com atribuições para a instauração de inquéritos civis e ajuizamento de ações civis públicas em defesa da probidade administrativa, por exemplo, seria uma alternativa de racionalização das atividades ministeriais, principalmente em vista das limitações orçamentárias da instituição.

Não será com a irregular abdicação de atribuições legalmente estabelecidas, passando uma borracha na sua história e criando um inconstitucional sistema de castas institucional, com primazia do Promotor de Justiça agente em detrimento do Promotor de Justiça *custos legis*, que o Ministério Público alcançará mais legitimidade social. E o que causa mais espécie é que o movimento é autofágico. Parte do seio da instituição contra ela própria, na contramão da história, principalmente quando se constata que as demais instituições e Poderes vêm lutando no foro apropriado do parlamento para aumentar os seus respectivos leques de atribuições e competências, como foi o caso da Justiça do Trabalho, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, e da Defensoria Pública, com a edição da Lei Complementar nº 132/2009.

Qual seria então a legitimidade do Ministério Público para questionar projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional supressivos de atribuições, propostos por forças políticas representativas de grupos de interesses contrariados pela atuação institucional, quando, internamente, já vem abdicando de atuar em processos ao seu alvedrio? Essa aporia é o desafio que terá de se deparar, cedo ou tarde, a instituição.

E essa argumentação institucional que visa a desconstruir a retórica do fiscal da lei na defesa dos direitos e interesses indisponíveis, para além de inconstitucional, provoca a mitigação ou até a anulação do uso da retórica na defesa desses mesmos interesses indisponíveis, considerando que o Ministério Público representa, em última análise, o braço da sociedade junto ao Poder Judiciário.

A experiência profissional, adquirida nas mais diversas áreas de atuação do Ministério Público ao longo da carreira, tem mostrado que o discurso retórico do *custos legis* no processo civil brasileiro, quando bem estruturado, observando as técnicas de argumentação retórica com foco na indisponibilidade dos direitos ou interesses envolvidos no processo judicial serve, na esmagadora maioria das vezes, como fundamento das decisões judiciais.

O Ministério Público não pode e não deve se dar ao luxo de afastar a participação da sociedade no processo judicial, mormente quando se constata que “é sob a influência da arte retórica que são problematizadas e enfrentadas questões essenciais para a ciência do direito e para a construção e legitimação de um ideal de justiça”. (IORIO FILHO, 2009, p. 723).

Ao final do trabalho, o êxito estará alcançado se puder provocar a discussão e o debate acerca da atuação do Ministério Público como *custos legis* no processo civil brasileiro, numa perspectiva até então não abordada, servindo como combustível renovado para o engrandecimento cada vez maior da instituição do Estado Democrático de Direito, conquanto “onde quer que exista um processo público de argumentação, lá estará a retórica” (MacCORMICK, 2008, p. 24).

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: Editora Rideel, 2007.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros**. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. In: PORTO, Walter da Costa (Org.). **Coleção constituições brasileiras**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência, Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 2.
- \_\_\_\_\_.; SOBRINHO LIMA, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras: 1946**. In: PORTO, Walter da Costa (Org.). **Coleção constituições brasileiras**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência, Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 5.
- BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Portugal: Almedina, 2002.
- CARVALHO, Paulo Pinto de. **Uma incursão do ministério público à luz do direito comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética**. In: MORAES, Voltaire de Lima (Org.). **Ministério público, direito e sociedade**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 77-119.
- CASSIRER, Ernst. **Antropología filosófica**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1963.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1967**. In: PORTO, Walter da Costa (Org.). **Coleção constituições brasileiras**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência, Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 6.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia del derecho**. 9. ed. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S.A., 2003.
- DIREITO processual civil brasileiro. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS. Constituições Brasileiras: 1969. In: PORTO, Walter da Costa (Org.). **Coleção constituições brasileiras**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência, Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 6a.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Bahia: Editora JusPodivm, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Rio de Janeiro: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2007.

GARCIA, Emerson. **Ministério público: organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **O novo mandado de segurança: comentários à lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUIMARÃES, Ary Florêncio. **O ministério público no mandado de segurança**. Curitiba: [s.n.], 1959.

IORIO FILHO, Rafael Mario. Retórica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos; Rio de Janeiro/RJ: Livraria Editora Renovar, 2009. p. 723-726.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÓPEZ FARJEAT, Luis Xavier. **Teorías aristotélicas del discurso**. Espanha: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2002.

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Millennium Editora, 2003. v. 1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao ministério público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição da república dos estados unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936. Tomo I.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Tomo II, arts. 46-153.

MOREIRA, Jairo Cruz. **A intervenção do ministério público no processo civil à luz da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. In: PORTO, Walter da Costa (Org.). **Coleção constituições brasileiras**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência, Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 1.

NORONHA, Itamar Dias. **O ministério público no processo civil**. Recife: Cadernos do Instituto do Ministério Público, 1994. n. 2.

NOUR, Soraya. **Dialética**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/RS e Rio de Janeiro/RJ: Editora Unisinos e Livraria Editora Renovar, 2009. p. 208-212.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. In: PORTO, Walter da Costa (Org.). **Coleção constituições brasileiras**. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência, Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 3.

PORTO, Walter da Costa. **Constituições Brasileiras: 1937**. In: PORTO, Walter da Costa (Org.). **Coleção constituições brasileiras**. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência, Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. 4.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROCHA, José Elias Dubard de Moura. **O ministério público no estado democrático de**

**direito**. Recife: Procuradoria Geral de Justiça, 1996.

STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2008.

STRENGER, Irineu. **Da dogmática jurídica**: contribuição do conselheiro ribas à dogmática do direito civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976. v. 1.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília, DF: Ministério da Justiça em co-edição com a Editora Universidade de Brasília: 1979.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatuslógico-philosophicus**. São Paulo: EDUSP, 2001.

**ANEXO A - Carta de Ipojuca (PE)**

**CARTA DE IPOJUCA (PE)**

O CONSELHO NACIONAL DOS CORREGEDORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO, por seu presidente, Subprocurador-Geral de Justiça Péricles Aurélio Lima de Queiroz, reunido nos dias 11 a 13 de maio do ano de dois mil e três, em Ipojuca, Estado de Pernambuco, e com a presença dos Senhores Corregedores-Gerais dos Estados de Alagoas, Procurador de Justiça Lean Antônio Ferreira de Araújo; do Amapá, Procurador de Justiça Márcio Augusto Alves, do Amazonas, Procuradora de Justiça Rita Augusta de Vasconcellos Dias; da Bahia, Procurador de Justiça José Marinho das Neves Neto; do Ceará, Procurador de Justiça Nicéforo Fernandes de Oliveira; do Espírito Santo, Procurador de Justiça José Adalberto Dazzi; de Goiás, Procurador de Justiça Edison Miguel da Silva JR, do Maranhão, Procurador de Justiça João Raymundo Leitão, do Mato Grosso, Corregedor-Geral Adjunto Leonir Colombo (representante), do Mato Grosso do Sul, Procurador de Justiça Olavo Monteiro Mascarenhas; de Minas Gerais, Procurador de Justiça Manoel Divino de Siqueira; do Pará, Procurador-Geral de Justiça Geraldo de Mendonça Rocha, representando o Corregedor-Geral Luiz Ismaelino Valente; da Paraíba, Procuradora de Justiça Amarília Sales de Farias; do Paraná, Promotor-Corregedor Clayton Maranhão (representante); de Pernambuco, Procurador de Justiça Antonio Carlos de Oliveira Cavalcanti; do Piauí, Procuradora de Justiça Martha Celina de Oliveira Nunes; do Rio de Janeiro, Procuradora de Justiça Denise Freitas Fabião Guasque; do Rio Grande do Norte, Procuradora de Justiça Valdira Câmara Tôrres Pinheiro Costa; do Rio Grande do Sul, Procuradora de Justiça Jacqueline Fagundes Rosenfeld; de Rondônia, Procurador de Justiça Cláudio José de Barros Silveira; de Roraima, Procurador de Justiça Alessandro Tramujas Assad; de Santa Catarina, Procurador de Justiça Odil José Cota; de São Paulo, Procurador de Justiça Carlos Henrique Mund; de Sergipe, Procurador de Justiça Darcilo Melo Costa; de Tocantins, Procuradora de Justiça Leila da Costa Vilela Magalhães; e do Ministério Público do Trabalho, Subprocuradora-Geral do Trabalho Heloisa Maria Moraes Rego Pires.

**DELIBEROU:**

A - considerando a necessidade de otimizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis, considerando a imperiosidade de reorientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e

ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente, considerando a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses, notadamente os relacionados com a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de necessidades especiais, os idosos, os consumidores e o meio ambiente, considerando a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, considerando a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa, e, respeitada a autonomia funcional dos membros do Ministério Público e sem caráter normativo e vinculativo:

1) Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da Instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos.

2) Em se tratando de recurso interposto pelas partes nas situações em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, resguarda-se ao agente ministerial de primeiro grau a manifestação sobre a admissibilidade recursal.

3) É desnecessária a atuação de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição.

4) Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses:

I - Separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes;

II - Ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens;

III - Ação ordinária de partilha de bens, envolvendo casal sem filhos menores ou incapazes;

IV - Ação de alimentos e revisional de alimentos, bem como ação executiva de alimentos

fundada no artigo 732 do CPC, entre partes capazes;

V - Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;

VI - Procedimento de jurisdição voluntária em que inexistir interesse de incapazes ou não envolver matéria alusiva a registro público;

VII - Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes;

VIII - Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho;

IX - Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

X - Requerimento de falência, na fase pré-falimentar;

XI - Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista;

XII - Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;

XIII - Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial e sem implicações de ordem constitucional, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa;

XIV - Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93);

XV - Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes;

XVI - Ação de envolver fundação de entidade de previdência privada; e

XVII - Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção.

B - O limite orçamentário de 2%, imposto ao Ministério Público, pela Lei de Responsabilidade Fiscal, está ressuscitando a tese inconstitucional da nomeação de Promotor ad hoc, pois tem impossibilitado a presença de Promotor de Justiça em todas as Comarcas, com prejuízo ao Estado Democrático de Direito.

Ipojuca - PE, 13 de maio de 2003.

**CORREGEDORES-GERAIS DOS ESTADOS E DA UNIÃO**

**ANEXO B - Recomendação CNMP n° 16, de 28 de abril de 2010**

**CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

(Publicada no Diário da Justiça, Seção Única, de 16/06/2010, pág. 08)

**RECOMENDAÇÃO n° 16, de 28 de abril de 2010.**

Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil.

**O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, no exercício das atribuições conferidas pelo artigo 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, e pelo artigo 31, inciso VIII, do seu Regimento Interno;

**CONSIDERANDO** a decisão unânime do Colegiado proferida na Sessão do dia 28 de abril de 2010 no procedimento n° 0.00.000.000935/2007-71;

**CONSIDERANDO** a necessidade de racionalizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis;

**CONSIDERANDO** a necessidade e, como decorrência, a imperiosidade de (re)orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente;

**CONSIDERANDO** a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses, notadamente os relacionados com a hipossuficiência, a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os consumidores e o meio ambiente;

**CONSIDERANDO** a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça;

**CONSIDERANDO** a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa;

## CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**RESOLVE**, respeitada a independência funcional dos membros da Instituição, expedir a seguinte **RECOMENDAÇÃO**, sem caráter vinculativo:

**Art. 1º.** Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro do Ministério Público, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos.

**Art. 2º.** Em se tratando de recurso interposto pelas partes nas situações em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, resguarda-se ao agente ministerial de primeiro grau a manifestação sobre a admissibilidade recursal.

**Parágrafo único.** Será imperativa, contudo, a manifestação do membro do Ministério Público a respeito de preliminares ao julgamento pela superior instância eventualmente suscitadas nas razões ou contrarrazões de recurso, bem assim acerca de questões novas porventura ali deduzidas.

**Art. 3º.** É desnecessária a atuação simultânea de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição.

**Art. 4º.** O membro do Ministério Público pode ingressar em qualquer causa na qual reconheça motivo para sua intervenção.

**Art. 5º.** Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses:

**I -** Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária;

**II -** Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento *in articulo mortis* – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil;

**III –** Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz;

**IV** - Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz;

**V** - Ação ordinária de partilha de bens;

**VI** - Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes;

**VII** - Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos<sup>1</sup>;

**VIII** - Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes;

**IX** - Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes;

**X** - Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho;

**XI** - Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

**XII** - Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido;

**XIII** - Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista;

**XIV** - Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;

**XV** - Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa;

**XVI** - Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93);

**XVII** - Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes;

**XVIII** - Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada;

**XIX** - Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção;

**XX** - Intervenção em ação civil pública proposta pelo Ministério Público;

**XXI** - Assistência à rescisão de contrato de trabalho;

**XXII** - Intervenção em mandado de segurança.

**Art. 6º.** Recomenda-se, ainda, que as unidades do Ministério Público, respeitada a autonomia, disciplinem a matéria da intervenção cível, também por ato interno, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter normativo ou vinculativo, nos termos acima referidos.

**Art. 7º.** Recomenda-se que as unidades do Ministério Público, no âmbito de sua autonomia, priorizem o planejamento das questões institucionais, destacando as que, realmente, tenham repercussão social, devendo, para alcançar a efetividade de suas ações, redefinir as atribuições através de ato administrativo, ouvidos os Órgãos Competentes, e, também, que repensem as funções exercidas pelos membros da Instituição, permitindo, com isto, que estes, eventualmente, deixem de atuar em procedimentos sem relevância social, para, em razão da qualificação que possuem, direcionar, na plenitude de suas atribuições, a sua atuação na defesa dos interesses da sociedade.

Brasília, 28 de abril de 2010.

**ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS,**

Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público.

**ANEXO C - Ato PJC N° 001/2010**

**ATO PJC Nº 001/2010**

*Orienta acerca da racionalização da atuação dos Procuradores de Justiça Cível.*

**A PROCURADORIA DE JUSTIÇA CÍVEL**, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 19, IV, da Lei Complementar Estadual nº 12, de 27 de dezembro de 1994, com suas modificações posteriores,

Considerando a missão institucional do Ministério Público, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

Considerando a necessidade de racionalizar a intervenção do Ministério Público no processo civil, notadamente em função da necessidade, utilidade e efetividade da referida atuação em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis;

Considerando, ainda, a necessidade e, como decorrência, a imperiosidade de reorientação da atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente;

Considerando, também, a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses, mormente os relacionados com a hipossuficiência, a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a habitação e urbanismo, a infância e juventude, as pessoas com deficiência e idosas, os consumidores, do meio ambiente e da observância da garantia constitucional do devido processo legal;

Considerando, de igual sorte, a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça;

Considerando a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse público que justifique a intervenção da Instituição na causa;

Considerando a necessidade de racionalizar a atividade judicial dos Procuradores de Justiça Cível, de modo a viabilizar a ampliação e o aperfeiçoamento da atividade de gestão institucional entregue aos órgãos de execução do Ministério Público de segunda instância;

Considerando as recomendações contidas na Resolução nº 002/2005, de 04 de agosto de 2005, do Colégio de Procuradores de Justiça;

Considerando o teor da Carta de Ipojuca, aprovada pelo Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, reunido de 11 a 13 de maio de 2003 em Ipojuca-PE, e, bem assim, a recomendação feita pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, em reunião realizada 13.06.2001 em Foz de Iguaçu;

Considerando o disposto na Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público,

Considerando, finalmente, as deliberações tomadas pelos Procuradores de Justiça Cível, nas 52ª, 54ª e 55ª Reuniões da Procuradoria de Justiça, realizadas, respectivamente, em 07 de maio de 2010, 22 de junho de 2010 e 03 de agosto de 2010;

**RESOLVE**, respeitado o princípio da independência funcional, editar, sem caráter vinculativo, o seguinte Ato:

Art.1º . É dever dos Procuradores de Justiça Cível, no exercício de suas funções, priorizar o *munus* institucional de que tratam os artigos 127 e 129 da Constituição Federal, com a finalidade de realizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Carta Magna, quais sejam:

I . construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II . garantir o desenvolvimento nacional;

III . erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

IV . promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Parágrafo único. Para racionalização da atuação dos Procuradores de Justiça Cível como

órgão agente, a Procuradoria de Justiça Cível promoverá o planejamento anual das ações dos órgãos de execução de segundo grau, em matéria cível, com a participação de todos os titulares e convocados.

Art. 2º . Na hipótese de atuação como órgão interveniente, o Procurador de Justiça Cível, uma vez intimado, exercerá com exclusividade a análise da identificação do interesse público que justifique sua atuação, para tanto examinando o objeto da causa a partir do cotejo do artigo 82 do Código de Processo Civil com os artigos 5º, 6º, 127 e 129 da Constituição Federal, e sem prejuízo da consideração de outros direitos humanos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no *caput* deste artigo, servem como critérios de identificação de interesse público tutelável pelo Ministério Público, exemplificativamente, os seguintes:

I . O protagonismo do Ministério Público na defesa do regime democrático, sobretudo no que respeita a legitimidade das eleições, do exercício dos mandatos eletivos e da participação popular na Administração;

II . A arguição de inconstitucionalidade *in concreto*, como incidente processual;

III . A presença de hipossuficiência e/ou vulnerabilidade da parte autora ou ré;

IV . A ofensa frontal a direitos sociais e individuais indisponíveis, previstos na Constituição Federal;

V . A homogeneidade visualizada no pedido ou causa de pedir, em ações de natureza individual, a indiciar desdobramentos de natureza transindividual que justifiquem eventual interposição de uma ação civil pública.

Art. 3º . Desde que não se faça presente o interesse público e social que caracteriza o *munus* institucional do Ministério Público, previsto nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, afastadas as hipóteses previstas no parágrafo único do art. 2º e respeitada a independência funcional, é desnecessária a atuação dos Procuradores de Justiça Cível, nos recursos relativos, dentre outras, às demandas e hipóteses a seguir elencadas:

I . Nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, exceto quando se imponha a intervenção por força da Constituição Federal ou do que dispõe o artigo 82 do Código de Processo Civil;

II . Na habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro *in articulo mortis*, nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, e

dúvidas no Registro Civil;

III . Separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes;

IV . Ação de partilha de bens, envolvendo casal sem filhos menores ou incapazes;

V . Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no art. 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes;

VI . Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;

VII . Procedimentos de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes;

VIII . Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes, assim como nas ações que versem sobre concessão e revisão de benefícios previdenciários estadual e municipal e, bem assim, as que visem a restituição de contribuições indevidamente descontadas do servidor, quando configurar interesse meramente patrimonial, não ensejando a intervenção do Ministério Público, salvo hipóteses previstas em lei;

IX . Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho;

X . Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

XI . Requerimento de falência ou de recuperação judicial de empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido;

XII . Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista;

XIII . Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;

XIV . Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público, com interesse meramente patrimonial, a exemplo de execução fiscal, repetição de indébito, declaratória de inexistência de débito fiscal, consignação em pagamento, possessória, demolitória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiros, despejo, ações cautelares e impugnação ao valor da causa;

XV . Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras urbanas e rurais objeto de litígios possessórios coletivos, que não encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93) ou, finalmente, que infrinjam o devido

processo legal expropriatório;

XVI . Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes;

XVII . Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada;

XVIII . Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção;

XIX . Assistência à rescisão de contrato de trabalho;

XX . Nos recursos que digam respeito tão somente aos honorários advocatícios, salvo quando uma das partes for incapaz;

§ 1º. Verificando não se tratar de causa que justifique a atuação do Ministério Público no segundo grau de jurisdição, o Procurador de Justiça Cível, mediante parecer, limitar-se-á a declinar as razões do seu posicionamento; na hipótese de promoção de mero impulso processual ou pedido de diligência, a manifestação ministerial dar-se-á através de cota.

§ 2º. A manifestação do órgão ministerial de primeiro grau sobre a admissibilidade recursal não desobriga o Procurador de Justiça Cível, a enfrentar, como *custos legis*, as preliminares suscitadas nas razões ou contrarrazões recursais, assim como no tocante a questões novas porventura alí deduzidas.

§ 3º. O Procurador de Justiça Cível, à vista do disposto no art. 2º e parágrafo único deste Ato, pode ingressar em qualquer causa na qual reconheça motivo para sua intervenção.

Art. 4º. O presente Ato vigorará tão-somente como parâmetro de orientação aos Procuradores de Justiça Cível, assim como aos Promotores de Justiça convocados para o exercício de funções próprias dos órgãos de execução de segundo grau.

Recife, 19 de agosto de 2010.

**LAIS COELHO TEIXEIRA CAVALCANTI**

9ª Procuradora de Justiça Cível

Coordenadora da Procuradoria de Justiça Cível