ISSN 0101 - 949X

JUSTITIA

Publicada desde 1939

80 anos

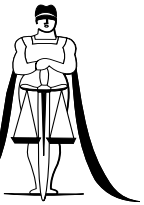
1939 - 2019

MPSP

A Revista do Ministério Público de São Paulo

Número Especial

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Diretor
Sérgio de Oliveira Médici

Conselho Redacional
Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior
Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves
Arthur Migliari Junior
Rafael de Oliveira e Costa

Coordenação Geral
Renata Horn Bosco Gozzi
Concepção de Projeto Editorial
Ada Santos Seles
Editoração Eletrônica
Marcelo Soares

SUBÁREA DE APOIO TÉCNICO – REVISTA JUSTITIA
Rua Senador Feijó 170 – 2º andar - sala 203 – Centro
CEP.: 01006-000 – São Paulo – Brasil
Tel.: (55 11) 3116-0808
E-mail: revistajustitia@mpsp.mp.br

Solicita-se permuta.

As ideias e conceitos expressos nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

ISSN 0101-949X

Justitia	**São Paulo**	**80**	**Número Especial**	**2019**	**p. 1 - 361**

JUSTITIA / Ministério Público de São Paulo. São Paulo, SP : Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, 1939 - .

Semestral

ISSN 0101-949X

1939 - 2016 (1 – 207)

2019 Número Especial

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado) Ministério Público.

CDU – 34(816.1) (05)

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procuradoria-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Presidente
Paulo Penteado Teixeira Junior

JUSTITIA

Diretor
Sérgio de Oliveira Médici

Conselho Redacional
Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior
Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves
Arthur Migliari Junior
Rafael de Oliveira e Costa

Conselho Editorial

António Cluny (Portugal)
Antonio Magalhães Gomes Filho
Antonio Scarance Fernandes
Celso Lafer
Dalmo Dallari
Dirceu de Mello
Eugênio Zaffaroni (Argentina)
Fabio Konder Comparato
Hugo Nigro Mazzilli
Giulio Illuminati (Itália)
Jan Simon (Alemanha)
José Celso de Mello Filho
José Renato Nalini
Jorge Miranda (Portugal)
Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Maria Berenice Dias
Maria Schnebli (Zurique-Suiça)
Ricardo Boscovisch (Miami-EUA)
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery

Conselho Consultivo
Carlos Alberto de Salles
Gianpaolo Poggio Smanio
José de Oliveira
Susana Henriques da Costa
Vidal Serrano Nunes Júnior

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ano 2019

Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Subprocuradores-Gerais de Justiça

Jurídica
Wallace Paiva Martins Junior

Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Planejamento Institucional
Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Integração e Relações Externas
Lídia Helena Ferreira da Costa dos Passos

Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Vice-Corregedor-Geral
Motauri Ciocchetti de Souza

Secretaria Executiva da Procuradoria-Geral de Justiça
Fábio Ramazzini Bechara

Secretaria Administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça
Fernando Pastorelo Kfouri

Diretor-Geral
Ricardo de Barros Leonel

Ouvidor
Gilberto Nonaka

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2019

Presidente
Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Procuradores de Justiça – Conselheiros

Ana Margarida Machado Junqueira Beneduce
Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo (Secretário)
Hamilton Alonso Junior
José Roberto Rochel de Oliveira
Julio Cesar Botelho
Maria Cristina Pera João Moreira Viegas
Maria da Glória Villaça Borin Gavião de Almeida
Pedro De Jesus Juliotti
Walter Paulo Sabella

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA
Composição – 2019

Presidente
Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Membros Natos
Álvaro Augusto Fonseca de Arruda
Pedro Franco de Campos
José Correia de Arruda Neto
Carlos Augusto Salles Sgarbi
Oscar Mellin Filho
Antonio de Pádua Bertone Pereira
Sérgio Neves Coelho
Jurandir Norberto Marçura
Walter Paulo Sabella
Luiz Cyrillo Ferreira Júnior
Rodrigo César Rebello Pinho
Ana Maria Napolitano de Godoy
Fernando José Martins
João Alves de Souza Campos
Luiz Antonio Guimarães Marrey
Plinio Antonio Brito Gentil
Luís Daniel Pereira Cintra
Paulo Afonso Garrido de Paula
Pedro Falabella Tavares de Lima
Marcílio Grecco

Membros Eleitos
Liliana Mercadante Mortari
Mônica de Barros Marcondes Desinano
Márcio Sérgio Christino
Walter Tebet Filho
João Antonio Bastos Garreta Prats
Ana Lúcia Menezes Vieira
Alberto Carlos Dib Júnior
Adriano Ricardo Claro
Vânia Ferrari Tropia Padilla
José Kalil de Oliveira E Costa
Lídia Helena Ferreira da Costa Passos
Wallace Paiva Martins Júnior
Antonio Carlos Fernandes Nery
José Antonio Franco da Silva
Marco Antonio Ferreira Lima
Luiz Fernando Rodrigues Pinto Júnior
Luiz Antonio de Souza
Rolando Maria da Luz
Edson Spina Fertonani
João Antonio dos Santos Rodrigues

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2019

Presidente
Paulo Penteado Teixeira Junior

1ª Vice-Presidente
Paula Castanheira Lamenza
2º Vice-Presidente
Gabriel Bittencourt Perez
1º Secretário
Pedro Eduardo de Camargo Elias
2ª Secretária
Dalva Teresa da Silva
1º Tesoureiro
Renato Kim Barbosa
2ª Tesoureira
Fabiola Moran Faloppa
Diretor de Aposentados
Gabriel Cesar Zaccaria De Inellas
Diretor de Relações Públicas
Francisco Antonio Gnipper Cirillo
Diretor de Prerrogativas
Salmo Mohmari dos Santos Júnior
Diretor de Patrimônio
André Pascoal da Silva
Diretor de Esportes
Luciano Gomes de Queiroz Coutinho
Diretora APMP Mulher
Maria Gabriela Prado Manssur Trabulsi
Diretor de Saúde
Francisco Ruiz Calejon
Diretor de Previdência
Marcelo Luiz Barone

EDITORIAL

A Revista Justitia completa em 2019 oitenta anos. Foram mais de duzentas edições, com textos jurídicos de alta qualidade que concorreram para o desenvolvimento da ciência jurídica em geral e para o aperfeiçoamento das atividades de promotores e procuradores de justiça.

Importante lembrar que a Justitia foi criada em 1939 pelo idealismo e pioneirismo de José Augusto César Salgado - o Promotor de Justiça das Américas - que no ano anterior havia fundado a Associação Paulista do Ministério Público.

O ano de 1939 foi marcante na história brasileira e no âmbito internacional. O Brasil vivia sob a ditadura de Getúlio Vargas, com supressão das liberdades democráticas e eclodiu a Segunda Guerra Mundial. Este cenário adverso não impediu o lançamento da primeira edição da Justitia, com a publicação de três fascículos, em setembro-outubro de 1939. O comando da publicação estava a cargo dos diretores César Salgado e Nilton Silva, do secretário Mário de Moura Albuquerque, do tesoureiro Romeu Petrocchi e dos redatores Rafael de Oliveira Pirajá e Frederico José Marques.

Naquele ano, o chefe do Ministério Público paulista era Renato Paes de Barros, o presidente do Tribunal de Justiça, Artur César da Silva Whitaker. O Estado de São Paulo possuía 7.337.000 habitantes e a população brasileira era de 45 milhões de pessoas. Adhemar Pereira de Barros ocupava o cargo de interventor federal no Estado.

É possível imaginar as dificuldades enfrentadas pela revista nos seus primeiros anos, mas com o empenho de seus diretores e redatores, a Justitia chega aos oitenta anos de existência, mantendo a qualidade dos seus artigos e contribuindo para a preservação da história do Ministério Público.

Como toda publicação científica e sem fins lucrativos, passou por sérias dificuldades durante essas oito décadas, com algumas interrupções e redução de edições. Assim, após uma série de contratempos, em 2018 deixou de ser publicada na forma impressa para se transformar em revista eletrônica.

Com a publicação desta edição comemorativa, o Conselho Redacional da Justitia apresenta sua homenagem a todos que colaboraram com a revista, como diretores, autores de artigos, pesquisadores e funcionários. Graças a eles chegamos aos oitenta anos de publicação com o reconhecimento de toda a classe jurídica.

Sérgio de Oliveira Médici
Procurador de Justiça Aposentado
Diretor

SUMÁRIO / *CONTENTS*

ARTIGOS REPUBLICADOS

Estudo Sobre o Ministério Público (publicado no volume 123 da Revista Justitia, de 1983)
Amaro Alves de ALMEIDA FILHO 13

Da Estrutura Filosófica do Ministério Público (publicado no volume 123 da Revista Justitia, de 1983)
Flávio Queiroz de MORAES JÚNIOR 25

Entrevista concedida pelo Dr. Cesar Salgado ao jornalista Nogueira Moutinho, publicada na Folha de São Paulo (publicado no volume 044 da Revista Justitia, de 1964)
José Geraldo NOGUEIRA MOUTINHO 41

Cesar Salgado, o Promotor das Américas (publicado pela Associação Paulista do Ministério Público em 2016)
Arthur COGAN..... 44

Vida e Obra do Procurador de Justiça e Professor Antonio de Queiróz Filho (publicado pela Associação Paulista do Ministério Público em 1996)
Hermano Roberto SANTAMARIA 76

ARTIGOS INÉDITOS

CRIMINAL / *CRIMINAL*
Coisa Julgada Penal Coletiva
Collective Criminal Judgment Thing
Sara Zero dos SANTOS 96

Crimes de Consumo: Análise dos Tipos do Código de Defesa do Consumidor Relacionados com a Oferta e Publicidade de Produtos e Serviços
Consumer Crimes: Analysis of the Types of the Consumer Protection Code Related to the Offer and Advertising of Products and Services
Edgard Moreira DA SILVA e Marco Antonio ZANELLATO 117

CÍVEL / *CIVIL*
A Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Novo Artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
The Effectiveness of Fundamental Rights and the New Article 20 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law
Motauri Ciocchetti de SOUZA e Nathan GLINA 188

Crise Jurídica Sistêmica na Sociedade do Século XXI: Ocaso de uma era
Systemic Legal Crisis in 21st Century Society: Occasion of an era
Nathan GLINA 209

Tutela Constitucional do Consumidor no Brasil: "O Estado promoverá, na forma da Lei, a Defesa do Consumidor"
The Consumer Constitutional Protection in Brazil: "the State will provide, according to the law, the consumer´s defense
José Geraldo Brito FILOMENO 241

DOUTRINA DO MINISTÉRIO PÚBLICO / *THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE DOCTRINE*
30 Anos da Constituição Federal de 1988 e os Novos Desafios do Ministério Público no Brasil
30 Years of The Federal Constitution of 1988 and the New Challenges of the Public Ministry in Brazil
Eduardo CAMBI e Marcos Vargas FOGAÇA 266

O Ministério Público: Origens Históricas, seu Nascedouro no Brasil e sua Posição nas Constituições Pátrias
The Public Ministry: Historical Origins, its Birthplace in Brazil and its Position in the National Constitutions
Ronaldo BATISTA PINTO 291

O MPSP tem um Compromisso Inegociável com a Eficiência
MPSP has a Non-Negotiable Commitment to Efficiency
Gianpaolo Poggio SMANIO 299

Os 30 anos da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo
The 30 years of the Higher School of the Public Ministry of São Paulo
Hugo Nigro MAZZILLI 311

Precedentes Judiciais e a atuação do Ministério Público por Meio do Inquérito Civil
Judicial precedents and the performance of the Public Ministry through Civil Inquiry
Alexandre Alberto de Azevedo MAGALHÃES JÚNIOR 324

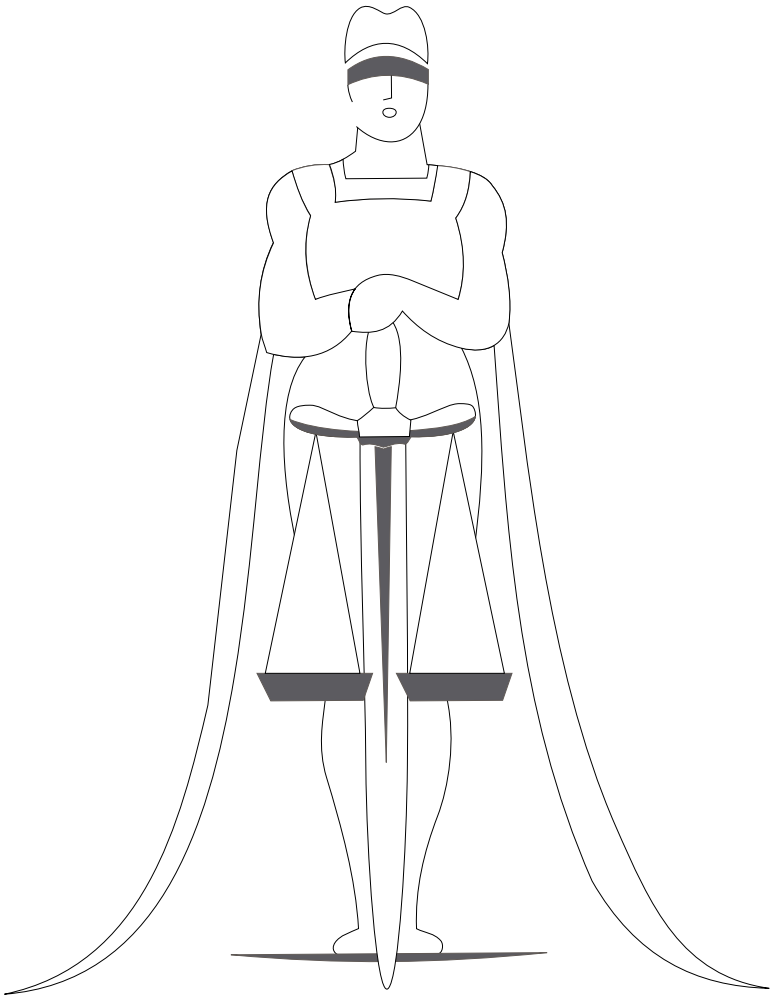
ÍNDICE DE ASSUNTOS 356

SUBJECT INDEX 358

ÍNDICE DE AUTORES/*AUTHORS INDEX* 360

ARTIGOS REPUBLICADOS

REPUBLICED ARTICLES



Estudo sobre o Ministério Público*

Amaro Alves de ALMEIDA FILHO
Promotor Público

Sua Origem

Diverge a doutrina quanto à origem do Ministério Público. Cada autor a busca em uma determinada época muito variável, e ora num país, ora noutro, disputando os autores entre si, cada qual para seu país, a origem dessa instituição.

Como diz Pimenta Bueno[1]

- "nos tempos antigos a acusação era deixada a qualquer do povo e ao ofício do juiz, confundindo o caráter imparcial e justo que este deve ter, com o de um acusador ou parte contrária".

Enrico Altavilla[2] afirma que

"a função de Ministério Público tem as suas origens nos procuratores regis que, surgindo no século XIV, passaram depois por diversas vicissitudes. E lentamente, de simples agentes de negócios do rei, foram-se tornando numa magistratura pública. A princípio, o rei era somente o alto senhor dos seus vassalos; o seu interesse limitava-se ao exercício dessa alta senhoria e à administração dos seus domínios. Por conseqüência, a ação dos seus procuradores limitava-se à gestão dos seus direitos fiscais.

Mas quando o rei principiou a tornar-se o centro de todos os interesses do Estado, quando se assentou no princípio, segundo a expressão de Beaumanoir, de que o rei é soberano sobre todos, e tem, de direito, a guarda geral do seu reino, ele tornou-se o único representante da sociedade e os interesses gerais confundiram-se com os seus interesses particulares.

Nesse momento, entrou nas fórmulas jurídicas que o rei, representante do Estado, devia promover a repressão dos crimes, que geravam a desordem, pois que ele tinha interesse nessa repressão. Este princípio foi a verdadeira origem do Ministério Público."

---

* In "Justitia", vol. 13, págs. 15 a 28

[1] PIMENTA BUENO - Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro, pág. 65.

[2] ENRICO AL'I'AVILLA - Psicologia Judiciária, vol. 4.0 , Coleção Studium, trad. Fernando de Miranda, 1946, pág. 105.

Niceto Alcala-Zamora y Castillo[3], cita entre os antecedentes, que ele chama de remotos, de nossa instituição, os "tesmoteti" (Grécia), "Praefectus urbis" (Direito Romano), "gastaldi" (Direito Longobardo), "condes" e "sayones" (da época Franca e Visigada), "actores" e "missi dominici" (de Carlos Magno), o "promotor" e o "vindex religionis" (do Direito Canônico dos séculos XIII e XIV), os "avogadori del Comune" (Veneza do século X), "gemeiner Anklager" e "kriminalfiskalat" do século XVI (Alemanha), "abogado fiscal" e "abogado patrimonial" (Valença).

A pág. 373 de sua obra, sustenta que

"No obstante los claros antecedentes que en el Derecho medieval español cabe encontrarle, el Ministerio Público se suele considerar como una instituición de procedencia franceza Jofré ("Manual", 5ª ed. tomo I, pag. 217) siguiendo a Garraud ("Traité", tomo I, pag. 162) cree que posiblemente la instituición brotó en Francia hacia el siglo V; pero se trata de uno de esos anteceden. tes remotos a que antes hemos aludido y falto completo de continuidad e influencia. A su vez, Castro ("Curso", vol. I, pag. 298) entiende que el Ministerio Público, con el objeto primordial que hoy tiene, es una creación de la Ordenanza franceza de 25 de marzo de 1302".

Percy Mac Lean Estenos[4], sustenta que

"segundo os cronistas antigos, os imperadores estabeleceram em diversas jurisdições, funcionários que com o nome de "Prefectos del pretorio" estavam encarregados da administração da Justiça em representação do Imperador, devendo reprimir os crimes e perseguir os culpados mediante denúncia. A busca dos delinqüentes estava encomendada a diversos oficiais subalternos. Os "irenarques" tinham a missão de perseguir os delinqüentes podendo detê-los e recolher todas as provas do delito. Estavam debaixo da autoridade dos "irenarques" os "curiosii" e os "stationarii".

Em Portugal, diz J. Soares de Mello[5],

"a instituição do Ministério Público figura na legislação reinícola desde as Ordenações Manoelinas, promulgadas por d. Manoel, quando apenas haviam decorrido vinte e um anos depois do descobrimento do Brasil.

[3] NICETO ALCALA-ZAMORA Y C.\ST.ILLO - vol. I, págs. 367 e segs. - Derecho Procesal Penal.

[4] PERCY MAc LEAN EsTENOS - E1 Proceso Penal en el Derecho Comparado, Buenos Aires, 1946.

[5] J. SOARES DE MELLO - O Ministerio Público Paulista - Sugestões para sua reforma, 1930, pág. 12.

As Ordenações Manoelinas diziam: "O promotor da justiça deve ser letrado, e bem entendido para saber espertar, e aleguar as causas, e razões que pera lume, e clareza da Justiça, e pera inteira conservaçam della convem, ao qual mandamos que com grande cuidado, e diligencia requeira todas as causas que pertencerem à Justiça, e conservaçom de nossa jurisdiçom, em tal guisa, que por sua culpa, ou negligencia nom pareça Justiça, nem nossa jurisdiçom seja deturpada; porque fazendo o contrário, a Deos no outro mundo, e a nós neste dará disto conta". (Título XXXIV, pág. 223, edição 1797)".

Roberto Lyra[6], no capítulo "A França, Berço do Ministério Público - Irradiação da Influência Franceza" conta que

"Cesare Lombroso, prefaciando o melhor dos livros de Raoul De La Grasserie - "Les Principes Sociológiques de la Criminologie", salientou numa cortesia ao autor, que a França, desde os encyclopedistas, preside a todas as inovações. Assim foi com a instituição do Ministério Público, que é, essencialmente, nitidamente, francesa e foi introduzida nos parlamentos e noutras jurisdições para a defesa dos interesses do Estado, separados da pessoa e da propriedade do senhor feudal, do soberano".

Já afirmava Montesquieu, aludindo à grandeza das funções atribuídas ao Ministério Público[7]:

"Nous avons aujourd'hui une loi admirable: c'est celle qui veut que le prince établi pour faire exécuter les lois prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre en son nom tous les crimes, de telle sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous; la partie publique veille pour les citoyens: elle agit, et ils son tranquilles".

Em Roma, diz Percy M. L. Estenos (ob. cit.),

"... Os acusadores ostentavam de perseguir aos poderosos que, ao amparo de sua situação pessoal, não vacilavam em violar a lei Plutarco, ao comentar a acusação de Luculus contra Servillus-Augur, dizia que seria recomendável "que los jóvenes tuvieram el habito de perseguir a los malos, como los perros generosos que se encarnizan con las bestias selvages ("Vidas Paralelas" - Luculc)".

Para Rene Garraud e Pierre Garraud[8],

[6] ROBERTO LYRA - Teoria e Prática da Promotoria Pública, 1937, pág. 13.

[7] PREFÁCIO DO M. COSTA MANSO - Na Promotoria Pú.blíca, J. Alves Mota, 1932.

[8] R. GARRAUD E. P. GARRAUD - Traite Theorique et Pratique D'InStruction Criminelle et de Procédure Pénale, 1929, pág. 123.

"L'institution du ministère public, dont l'origine est bien française, a fait le tour du monde. Elle existe, avec des différences inovitables d'organisation, dans la plupart des États".

Manzini[9] conta que

"si sólo se considera al ministerio público en su calidad de acusador público, puede tener razón Pertile ("Storia del diritto italiano", vol. VI, 2, § 233), quien sostiene que ese instituto tiene crigen italiano, y que no derivó ni del procurador del rey del derecho francés, ni del promotor fiscal de la inquisición española. En efecto, en Venecia habia avogadori di comun, que ejercian funciones similares a las de nuestro ministerio público, y en alguns processos particulares se nombraba también um abogado fiscal, como por ejemplo, en el proceso contra el capitán general de mar Antonio Grimani (véase Sanudo, Diari, III, 17 de marzo de 1500). Deben recordarse también los conservadores de la ley, de Florencia, el abogado de la gran corte de Napoles, etc. En el siglo XIII, en Francia, hubo los procuradores del rey y los abogados del rey, que tenian carácter de mandatarios especiales. A principios del siglo XIV se hicieron estables y la ordenanza del 23 de marzo de 1302, reguló sus funciones y los obligó al jurameto como a verdaderos funcionarios".

E, para finalizar esta parte, citamos Luiz Osório da Gama e Castro de Oliveira Batista,[10], que para ressaltar a importância da instituição que estudamos, lembra autores estrangeiros, citando-os, dizendo que,

"visto que a ação pública tem por fim a reparação do dano causado a todo o corpo social e conseqüentemente a cada um dos membros que o compõem, parece que o exercício desta ação devia pertencer a todos os cidadãos; era com efeito o que existia em Roma; mas este estado de coisas oferecia grandes inconvenientes: ele encorajava os delatores e servia os ódios privados, ao mesmo tempo que deixava sem vingança uma multidão de crimes (Vd. R. Garraud - "Précis de Droit Criminel", Paris, 1907, 491 e Luigi Lucchini - "Elementi di Procedura Penale", Firenza, 1921, 240)."

[9] MANZINI - Derecho Procesal Penai, vol. II, pág. 312, Buenos Aires, 1951, trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerraredin.

[10] LUIS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BATISTÁ - Comentário ao Código de Processo Penal Português, Coimbra, 1932, pág. 140.

Seu Nome

Peroy Mac Lean Estenos (ob. cit.), diz que,

"En concepto de Nicolini y de Musio, cuyas opiniones cita Guido Bartoloto en su articulo, sobre la materia (G. Bartoloto - " Il Digesto Italiano ", vol. XV, parte II, pag. 526, n. 2), la etimologia de la expresión "ministerio público" provendria de la palabra latina manus. Segun el autor citado, de esa fuente ha nacido la moderna palabra de "ministro, administrar, ministério", que en el más amplio concepto significa todo aquello que se relaciona con la aplicación de la ley y que, en armonia con el adjetivo "público" forma la frase "ministerio público" encargado de velar por el cumprimiento de las leyes, poniendo em movimiento el mecanismo judicial al ejercitar la acción penal".

Sua Independência

A independência do Ministério Público, quer do Poder Judiciário quer do Poder Executivo, é condição imprescindível sempre, para o exercício de sua nobre função.

Daí haver afirmado em discurso o Procurador-Geral, M. R. H. de Termicourt, perante a Corte de Apelação de Bruxelas, em 1935[11]:

"Le caractère essentiel du ministère public est l'indépendance; indépendance envers les Court et Tribunaux, indépendance aussi, dans une large mesure du moins, envers le Gouvernoment.

Caractère essentiel car si l'institution du Ministère Public a été substituée à l'exercice de la vengeance privée et à l'accusation populaire si son ministère s'étend aujourd'hui à tous les cas ou un intérêt public exige que la voix de la lei soit entendue par le juge, c'est surtout parce qu'on a foi dans son impartialité et que l'on souhaite voir en lui le servitour de la loi et de sa conscience et non point l'instrument d'un pouvoir ("Revue de Droit Penal et de Criminologie", 1936, pág. 976)."

Como bem disse, deve o promotor obediência à lei e à sua consciência

Realmente, já palavras antigas afirmavam[12]:

[11] NOÉ AZEVEDO - Dos Deveres dos Juízes, Advogados e Promotores no Processo Criminal, Revista For , 106, 1946, pág. 235.

[12] Trad. do Pe. LEONEL FRANCA, S. J. - Imitação de Cristo, Liv. José Olympio, 3.ª ed., pág. 66.

"A glória de um homem de bem é o testemunho de uma boa consciência.

Tem boa consciência e sempre terás alegria.

Muitas coisas pode suportar uma boa consciência e, ainda nas adversidades, conserva-se alegre.

A má consciência anda sempre receosa e inquieta. Descansarás tranqüilamente se de nada te repreender o coração."

A sua independência, da política, faz com que não paire a menor dúvida sobre a atuação do promotor de justiça, para que não caiba jamais, através dos maldizentes, as palavras de Luiz Gimenez de Asúa[13]:

"... Como es posible que un juez me tome a mi declaración imparcialmente, por haber dicho unas quantas verdades contra el Gobierno, si ese juez fué precisamente subsecretario de ese gobierno?

Ya tenemos um magistrado independente e imparcial. Necesitamos ademas que sea competente. En efecto, los avatares de la politica hacen que las presiones guternativas se ejerzan sobre ellos y el escudo más fuerte es su dignidad cientifica. Hay que reconocer que nuestros magistrados no fuer on nunca as equibles al suborno, hay que proclamarlo en su honor. Magistrados mal pagados, era rarisimo que se vendieran metalicamente; pero en cambio, infinitos jueces impulsaban la balanza de la justicia en un sentido determinado por una recomendación".

Eis um dos motivos, por que já se pensou na promulgação de lei que promova automaticamente, na quarta vez, o promotor público ou o juiz de direito, indicado à promoção, por merecimento, por três vezes, sem que até então tivesse logrado êxito.

Assim , essas autoridades estariam isentas de qualquer pressão política, no exercício de suas elevadas funções, que dia a dia se alargam e se estendem por todos os recantos, quer o promotor, como fiscal da lei, quer o juiz, como membro do Poder Judiciário.

Por toda a parte onde possa haver violação da lei, ali estará o promotor de justiça, vigilante na defesa dos interesses sociais.

Diz Carvalho Neto[14], que

[13] LUIZ GIMENEZ DE ASÚA - El Criminalista, vol. 4, pág, 167, ed. 1944.

[14] CARVALHO NETO - Advogados, como aprendemos, como sofremos, comovivemos, ed. 1946, pág. 130.

"o ministério público tem atribuições dia a dia alargadas, intervindo numa amplitude imensa de relações jurídico-sociais. É de si própria uma função eminentemente social, de que resulta poderosa influência.

Fiscal da execução das leis, dizendo de direito num sem conta de questões que lhe são afetas, age permanentemente em correição, incumbindo-lhe promover a instauração de processos criminais e apurar responsabilidades, onde quer que se faça mister.

Estando-lhe, para este fim, submetidos os cartórios e repartições públicas, sobre eles é manifesto o poder de polícia que exerce".

Soares de Mello[15], diz também que

"o Ministério Público é uma instituição de necessidade universal. Representa a sociedade. Defende a ordem. Inicia a ação pública. Movimenta todo o processo. Sustenta a luta contra a criminalidade. Acautela os mais elevados interesses da comunhão social. Combate só por princípios altaneiros. Não peleja nunca por ódios. É o órgão sereno da lei. É a magistratura que se conhece com amor, que se compreende com os mais profundo entusiasmo. Batizou-a Montesquieu de "lei admirável", Faustin-Hélie julga-a " l'une des plus admirables institutions qui sont sorties du moyen-âge", Henriou de Pensey considera-a "o passo mais agigantado que os homens deram para a civilização". E Portalis glorifica-a "comme une sauvegarde de l'intérêt général contre prétentions renaissantes de l'intérêt particulier".

Seus únicos escudos são a lei e a sua consciência, contra os dois inimigos: aquele que se apresenta frente a frente, em número menor, e aquele que não dorme, que sempre ataca e que o promotor não o vê, mas percebe a sua existência, - a maledicência, como tão bem a descreveu Plínio Salgado,[16]:

" Sabe sorrir, sabe injuriar, sabe humilhar, sabe caluniar e, afinal, que é? A quem nos referimos?

A ninguém. O inimigo é "ninguém".

É menos do que um fluido, porque é apenas uma sombra.

Mas a sombra é visível e ele é invisível. A sombra é "alguma coisa" e ele, o inimigo, é "coisa alguma".

E, o que se torna mais desnorteador é o fato de, não sendo o inimigo coisa alguma, estar em toda a parte, surgir de todos os lados, surpreender

[15] SOARES DE MELLO - Juízes Criminais, in da Ação do Ministério Público na Curadoria de Órfãos, G. Bonavides, Anais 1º Congresso Nacional do Ministério Público, 10 vol.

[16] PLÍNIO SALGADO - Vida de Jesus, ed. Panorama, pag. 154.

quando é menos esperado, e ferir sistematicamente. É o inexistente que existe. É o nada que é tudo.

É o insubstancial substanciável, que surge e se afasta; que se materializa e esvaece; que se chama um instante: delação, perfídia, intriga, maledicência, anonimato; sombra de sombra, nada de nada...

O herói que se ergueu para, em nome do Bem, combater o Mal, em nome da Luz espancar as Trevas, bem que se advinha perseguido, rastreado, mas não identifica individualmente os seus farejadores.

Ouve as mil vozes que perpassam como o casquinar dos vampiros noturnos, e, no entanto, examinando a fisionomia prismática da multidão, não descobre as faces dos murmuradores e a funesta cintila do seu ódio.

Há invisíveis mãos que se estendem, dedos que agarram, unhas que ferem. São, porém, mãos, dedos e unhas sem dono.

Relampejam punhais, mas as destras que os brandem confundem-se com o negror da escuridão de onde procedem, para onde volvem".

Hernándes de la Rua ("De la organización, atribuciones y deberes del Ministerio Fiscal", Madrid, 1853), citado por Niceto Alcala (ob. cit.), afirma:

"O Ministério fiscal deve ser inflexível no cumprimento de seu dever; não tem graças que conceder, nem existem para ele afrontas que vingar; a lei lhe proíbe a indulgência, a lei lhe veda a severidade. Nem o temor, nem as lágrimas, nem as ameaças, nem as ofertas devem separar os funcionários do Ministério Público da senda traçada pelas leis, e assim é que nem o pranto da mãe desconsolada nem da esposa terna devem excitar sua compaixão, nem as ameaças do sanguinário assassino produzir o temor, nem a influência do poderoso deve inclinar ao Ministério Público nem a indulgência, nem a severidade".

Assim, a lei é a nossa bússola, o leme a nossa consciência, e o mar a nossa independência; temos de afrontar todas as procelas das paixões populares, ora pró, ora contra o acusado; ou a calmaria da guerra surda, do desprezo popular, quando levamos à barra do tribunal, aquele que, perante a Justiça, deve responder por seus atos.

Contra esses males próprios da profissão, não esquecemos a máxima do Talmud:[17] "Suporta os infortúnios, sem cair no desespero", pois alenta-nos a chama viva da satisfação do dever cumprido.

[17] "TALMUD" - pág. 166, Ed. Cultura, Série Clássica de Cultura, 1942.

O promotor, acusa com satisfação, quando atende à lei e a consciência.

Como disse Brasílio Machado[18],

"Para nós, se é mister que a espada fulgure, tomemo-la, não para suspender o espólio dos vencidos, mas as duas conchas serenas da Justiça!

Fortes, incisivas e verdadeiras, são igualmente as palavras do grande paladino do Direito e da Justiça, o maior advogado brasileiro de ontem, na sua "Oração aos Moços", quando prova, com palavras incandescentes, a necessidade da acusação, a urgência de que a figura simbólica da Justiça, use a espada que traz na mão, em virtude da violação do Código que ela traz na outra.

Acentuara Rui Barbosa:[19]

Assim que a benção do paraninfo não traz fel. Não lhe encontrareis no fundo nem rancor, nem azedume, nem despeito. Os "maus" só lhe inspiram tristeza e piedade. Só "o mal" é que o inflama em ódio. Porque o ódio ao mal é amor do bem, e a ira contra o mal, entusiasmo divino. Vede Jesus despejando os vendilhões do templo, ou Jesus provando a esponja amarga no Gólgotha. Não são o mesmo Cristo, esse ensangüentado Jesus do Calvário e aquel'outro, o Jesus iroso, o Jesus armado, o Jesus do látego inexorável? Não serão um só Jesus, o que morre pelos bons e o que açoita os maus?

Ei-la aí a cólera santa! Eis a ira divina!

Quem, senão ela, há de expulsar do templo o renegado, o blasfemo, o profanador, o simoníaco? quem, senão ela, exterminar da ciência o apedeuta, o plagiário, o charlatão? quem, senão ela, banir da sociedade o imoral, o corruptor, o libertino? quem, senão ela varrer dos serviços do Estado o prevaricador, o concussionário e o ladrão público? quem, senão ela, precipitar do governo o negocismo, a prostituição política, ou a tirania? quem, senão ela, arrancar a defesa da pátria à cobardia, à inconfidência, ou à traição?

Quem, senão ela, a cólera do celeste inimigo dos vendilhões do templo e dos hipócritas? a cólera do justo, crucifixo entre ladrões? a cólera do Verbo da verdade, negado pelo poder da mentira? a cólera da santidade suprema, justiçada pela mais sacrílega das opressões?".

A importância do Ministério Público na vida atual, não podia ser melhor retratada do que nas palavras clarividentes de Rui Barbosa.

[18] SILVEIRA BUENO - A Arte de Falar em Público, 1946, pág. 65.

[19] RUY BARBOSA - Oração aos Moços.

J. A. César Salgado,[20] em brilhante discurso proferido em 1940, dissera:

"Até ontem, em São Paulo de Piratininga, o promotor público era funcionário ambulante tangido pelos caprichos da política. Dir-se-ia que os nossos governantes e legisladores não tinham sabido compenetrar-se do alcance da instituição. Não importava o entusiasmo do sábio Montesquieu que a apelidara de lei admirável; nem o de Faustin-Helie ao considerá-la "l'une des plus admirables institutions qui soient sorties du moyen-âge"; nem a suma autoridade do nosso grande Pimenta Bueno que, referindo-se aos representantes da sociedade, acentuava; "As leis penais não têm vida senão pela ação dele. - "lege ipsae nihil valeant, nisi actoris idonea voce munitae..."; nem a lição magistral de Thomazo Vila: "O Ministério Público representa diante dos Tribunais, a potestade executiva, ou seja a ação da lei, a ação pública tutora dos grandes interesses da sociedade em cujo nome se promove a plena e rigorosa execução das normas legais. Não é mero delegado do Governo, mas o representante, daquela mesma ação executiva da qual o Goerno é ministro e que só da lei deduz as suas regras".

Jorge H. Frias, escrevendo em 1927, sobre a legislação argentina, informava:[21]

"En cambio los procuradores y agentes fiscales, que son nombrados por el P. E. no son inamovibles, lo que es de lamentar, pues pensamos, con muchos publicistas, que los representantes del ministerio público deben gozar de las mismas garantias que la judicatura. "Un funcionario, dice Manduca, que en interés de la sociedad, impulsa y mueve todo el organismo penal; que lucha con el delito en sus diversas manifestaciones, haciendo caer bajo su esfera de acción todos los rebeldes al principio del orden; que con la mayor publicidad condena y absuelve; que está en continuo contacto con todos los poderes del Estado, es ilogico no goce de garantias".

Tomas Jofre[22], citando a opinião de Chiovenda ("Principii di diritto processuale civile", pág. 458), diz:

[20] CÉSAR SALGADO (J. A.) - Justitia, voL I, ano I, julho-out. 1940, pág. 138.

[21] JORGE H. FRIAS - 1927, Buenos Aires, pág. 143, Derecho Procesal.

[22] TOMAS JOFRE - Manual de Procedimiento Civil y Penal, B. Aires, 1941, Tomo L

"... y no falta tampoco, quienes proponem la conservación del Ministerio Público como cuerpo autónomo, distinto de la magistratura, pero sustraido a la dependencia del Poder ejecutivo, desde que no es sino un representante de la ley, en otros términos, órgano del interés público en la aplicación de la ley".

Precisas são igualmente as palavras de J. B. Arruda Sampaio:[23]

"Portanto, livres e independentes, em tudo que concerne a ato funcional, agem os membros do Ministério Público com plena liberdade de consciência, obedecendo tão-somente aos ditames do Direito e da Lei, na certeza de que a independência que garante a perpetuidade da honra consiste na coragem moral de resistir à audácia dos poderosos, sejam indivíduos, sejam autoridades".

Soares de Mello (ob. cit. págs. 43 e 45) cita opiniões idênticas de notáveis juristas, escrevendo que

"O Ministério Público, como muito bem se expressou Pescatore, "spande i suoi rami in una sfera superiore in quella sfera serena in cui regua l'inflessibile giustizia". Não é, sustenta Scarlata, " non è il rapresentante del potere esecutivo, ma esercita funzioni giudiziarie; è magistrado militante, e per ció non puó ricervere ordini da nessuno sul modo come deve requirere. Le sue requisitorie, debbono essere la espressione del suo convincimento morale, e delle sue opinioni giuridiche. López-Moreno corrobora esses conceitos: Cualquiera que sea el procedimiento que se adopte para nombrarlos, deben ser declarados inamovibles en sus cargos e independientes del Poder ejecutivo. Primero que colocar a los funcionarios del Ministerio Público bajo la inmediata dependencia del Poder ejecutivo, convendria suprimir ese Ministerio, atribuyendo a los particulares la función que desempena".

"A maioria dos escritores italianos sustenta a tese da independência do Ministério Público do poder executivo. Assim pensa Morrone, Muratori, Catucci, Della Rocca, Mazziotti, Auriti e Brunetti. Contra a idéia de se fazer do Ministério Público o representante do poder executivo tem-se levantado, na Itália, inúmeros ministros da Justiça. Um dos primeiros foi Borgatti Ao discutir-se o projeto de lei autorizando o governo a promulgar alguns códigos e algumas leis para a unificação legislativa do Reino, asseverou na Câmara dos De-

[23] J. E. ARRUDA SAMPAIO - Relações entre o Ministerio Público e a J\tfagistratura, "in" Anais do 1.° Congresso Nacional do Ministério Público, 10 vol., pág. 28.

putados em 18 de fevereiro de 1865, "quest'instituzione del Pubblico Ministero puó e deve essere circoscritta nelle sue vere attribuzioni, le quali essere debbono quelle di un mero e puro magistrato della legge, soggetto anch'esso alla stessa gerarchia giudiziaria, e non di un agente diretto del governo". A escola italiana, é Manfredini quem refere ("Corso di Diritto Giudiziario", v. pág. 674, Bologna, Zanichelli, 1898) sustenta "che il Pubblico Ministero in quanto esercita le funzioni di agistratura giudiziaria no possa essere rappresentante del potere esecutivo perché in nessuna parte o stadio del processo e del giudizio, questo ha diritto di essere rappresentanto. Necessario che il Pubblico Ministero operi indipendente cosi dal potere esecutivo come dalla magistratura giudicante".

No v. acórdão,[24], do qual foi relator o Des. Cunha Barreto, lemos que

"Na Itália Napodano, jurista eminente, há mais de 50 anos mostrava a tendência da legislação italiana para "rilevare sempre piu nel pubblico ministero la qualitá di magistrato, diminuendo, quella di rappresentante del potere esecutivo ("Procedura Penale", pág. 148)." "Borsani e Casorati, no seu "Codice de Procedura Penale" afirma: "O Ministério Público não é, e não pode ser, um escravo do governo, porque é um subordinado à lei. Na sua ação perante a justiça é sempre e unicamente o órgão da lei. O Código é a lei escrita, o Ministério Público é a lei oral".

Em conclusão, o Promotor Público levanta a sua voz, sempre exclusivamente:

"Propter Justitiam ad Lege Servanda".

[24] Acórdão sob n. 232: Repertório Jurisprudência do Côdígo de Processo Penal, DARCY A. MIRANDA e Revista Forense, 109-524,

Da Estrutura Filosófica do Ministério Público*

Flávio Queiroz de MORAES JÚNIOR
Promotor de Justiça

I

O objetivo deste ensaio é o estudo do aspecto da realidade jurídica e social que se convencionou chamar, na maior parte dos países ocidentais, de Ministério Público.

Necessário se torna, porém, antes de entrar propriamente em nosso tema, tecer algumas considerações preliminares, a fim de que não venhamos a ser incompreendidos ou mal interpretados. Como já Aristóteles acentuava em sua Metafísica (e Santo Tomás de Aquino o repetiria enfaticamente no seu De Ente et Essentia) um desvio pequeno no início torna-se grande no final. É esse desvio que pretendemos evitar com este item introdutório.

O Ministério Público é uma realidade. Realidade esta completa e total, pois pode sofrer análise em seus dois planos espacial e temporal apresentando, em ambas as críticas, uma estrutura uniforme em seus pontos essenciais.

No tempo ele não é um início, um claudicante começo que tateia e perquire o seu caminho a procura de uma vitalidade sólida e estruturada. Seu começo perde-se na noite dos tempos e se une às primeiras manifestações da estrutura jurídica da sociedade. Tem uma História a qual rolou pelos séculos sobre os ombros de uma massa anônima, cujas individualidades se perderam no anonimato do tempo. Tem também os seus Heróis que garantiram um lugar ao sol da notoriedade, graças à projeção que conseguiram em atividades especificamente jurídicas ou correlatas a esta.

Mas também no espaço a constatação depara com idêntico resultado. No oriente ou no ocidente, para cá ou para lá da cortina de ferro, a sua existência é aceita de forma natural, espontânea, indiscutível.

A união da temporalidade e da espacialidade cria para o Ministério Público um condicionamento existencial típico das estruturas totalizadoras, que se insere com força própria na totalização totalizadora que é a característica típica do Estado.

---

* In "Justitia", vol. 61, págs. 117 a 129

Vamos estudar, portanto, a estrutura do Ministério Público sob dois aspectos: a) considerada individualmente; e b) perquirir a forma pela qual esta estrutura, que consideramos vital para o equilíbrio social, se insere no conjunto, erigindo-se como um dos dados de sua essencialidade.

Antes de passar mais além, vamos discorrer sobre uma problemática decisiva para a limitação do campo de nosso estudo. Trata-se da seguinte questão: o Ministério Público responde a uma necessidade vital para o ser jurídico do Estado ou é ele um elemento essencial para a existência do ser do Estado.

Aqui não é o momento de alinharmos provas, as quais oportunamente virão, mas sim, quando muito, alguns argumentos e principalmente a colocação de algumas posições básicas. Assim sendo, podemos desde logo esclarecer que vemos o Ministério Público como uma estrutura jurídica que se insere diretamente no princípio vital do Estado e não, como poderia parecer a princípio, no campo restrito da vida jurídica.

Desta forma, sendo a conotação feita de maneira direta com o Estado, o Ministério Público se erige como parte da essencialidade deste. Dentro deste ponto de vista, que vamos defender no decorrer deste trabalho, nota-se uma conseqüência imediata: o Ministério Público age dentro do campo jurídico, mas tem o seu princípio vital fora deste.

Esta colocação da problemática tem um reflexo imediato na metodologia deste ensaio.

Em primeiro lagar deve-se considerar que, não sendo o Ministério Público um ente jurídico no sentido restrito do termo, análise fenomenológica do mesmo não se desenvolve nesse estrato ontológico. É ele um ente tipicamente social e o estudo de suas manifestações deve se desenvolver dentro do campo social. Desta forma, necessário é considerarmos todas as facetas da realidade social transcendendo, portanto, a fenomenologia jurídica para desenvolvermos a argumentação em todos os planos do social.

A tese que defendemos pressupõe uma abordagem múltipla, poliforme, aberta à totalidade do ser.

Dai a necessidade da análise filosófica para a compreensão do Ministério Público, pois somente a Filosofia tem a amplitude e a profundidade essenciais para a correta compreensão de sua problemática. Somente neste caminho poderemos entender como ele transcendeu as meras estruturas do direito positivo, condicionadas pelas grades da situação, para se colocar em um plano de universalidade e de essencialidade.

Nesta altura de nossa exposição é necessário esclarecer o método de que vamos nos utilizar para a pesquisa. Claro é que a colocação metodológi-

ca vai refletir nossa concepção filosófica e portanto é bom que se esclareça logo de início a nossa filiação às correntes existencialistas e mais especificamente com aquelas incluídas no chamado existencialismo místico. Portanto, dando procedência analítica à existência, vamos partir do que é, da concreção existencial que se convencionou chamar de Ministério Público. Partindo dessas premissas o método adequado, a nosso ver, somente pode ser o fenomenológico, ou mais especificamente o husserliano. É bom, porém, que se acentue que vamos utilizar o método de Husserl e não a sua estrutura filosófica propriamente dita.

Dentro dessa estrutura metodológica, a primeira atitude será a de afastar todos os preconceitos que através dos tempos se formaram em torno do Ministério Público. É um processo de depuração que expressa em última análise uma verdadeira ação de despojamento. Quanta coisa é atribuída como fazendo parte de sua natureza e que na verdade nada mais é que um acessório puramente acidental derivado de uma constelação situacional composta de elementos jurídicos, sociais e econômicos. Infelizmente, com o suceder das gerações, este acessório tende a se esclerosar, formando uma crosta endurecida que desvirtua o seu sentido e se apresenta deformada aos olhos da sociedade. Daí a dificuldade que os doutrinadores encontram quando se trata de situar o Ministério Público e de inseri-lo entre os dados da essencialidade do Estado. Esta, talvez, é a tarefa mais importante e ao mesmo tempo mais difícil e para a sua realização dentro de um contexto de prevalência existencial será necessária uma visão exata da estrutura espacial e teporal de nosso objeto.

Nesta visão, estudaremos em bloco os elementos essenciais e acidentais, para depois podermos separá-los, definindo então quais os dotados das características de universalidade e de totalidade.

Antes, porém, de entrarmos no estudo separado das funções atribuídas ao Ministério Público, é necessário discutirmos ainda certas questões preliminares de grande importância.

São as que se propõem responder à seguinte série de problemas:

a) a função e a carreira são perfeitamente distinguíveis?

b) a função para ser institucionalizada, pressupõe a carreira ou não?

c) quais as relações entre carreira e função?

d) a carreira pode vir a ser institucionalizada ou não?

Depois de terminada esta indagação que procura a pureza do objeto que estudamos, após este epoge (como lhe chamou Husserl), nos colocaremos perante ele, não focando-o, isto é, exercendo sobre ele a projeção

de nosso eu, mas sim esperando ser por ele focado, isto é, que ele se revele a nós em sua autenticidade e pureza, a fim de que possamos descrevê-lo objetivamente.

Nessa descrição vamos colocar entre parênteses, aquilo que parecia ser e que não é o Ministério Público.

Neste ponto, Husserl preconiza a reflexão fenomenológica. Porém, não vamos acompanhá-lo, porque é neste ponto que termina a análise metodológica para começar a estrutura propriamente filosófica. Nosso caminho é outro.

II

Vamos agora passar a responder aos itens apontados na parte anterior.

Para bem responder ao primeiro, é necessário considerar preliminarmente se a função do Ministério Público sempre andou ligada de forma nítida à existência de uma carreira ou, ao menos, se a função e a carreira sempre tiveram existência conjunta, mesmo que fossem somente paralelas. A resposta somente pode ser negativa.

As funções hoje em sua generalidade atribuídas ao Ministério Público são encontradas nas organizações sociais desde a mais alta antigüidade. Somente para exemplificar, poderíamos lembrar a função de fiscal da lei (que a nosso ver é, talvez, a mais importante, como oportunamente veremos) que pode ser traçada com nitidez nos formalíssimos tribunais dos faraós do antigo Egito. No que concerne à função de proteção aos incapazes perante as estruturas jurídicas da sociedade, pode-se lembrar as determinações dos Assises de Jerusalém que atribuíam essa proteção e defesa a certos cavaleiros. E assim por diante, em inúmeros outros casos relativos a essas funções, assim como as demais, vemos que elas existiam desde a antigüidade com uma estrutura individual sólida, aceita por todos como sendo de necessidade indiscutível.

Poderíamos agora perguntar: e a carreira?

Esta, mesmo que a consideremos em. sua forma mais genérica como um organismo mais ou menos coordenado, é muitíssimo mais recente. Apesar do risco de esbater matizes mais delicados, poderíamos até firmar a data e o local de seu nascimento. Realmente foram os franceses que entenderam a necessidade de enfeixar em um corpo único de funcionários pessoas que ocupavam funções com características comuns. Daí o aparecimento da carreira. Foi a Ordenança de 1522 (completada pelas Ordenanças de 1553 e 1586) que deu nascimento ao Ministério Público como carreira.

Acentue-se que esta estruturação em carreira não teve uma aceitação imediata pelos demais países (dificuldades de contato, diferença de mentalidade de estrutura jurídica etc.) e somente após muito tempo foi acolhida na organização dos demais países.

Qual a lição que pode ser deduzida do exposto até o momento? Pode-se concluir que a função nasceu da própria estrutura da vida social em suas primeiras manifestações culturalmente definidas e a carreira somente fez sentir sua necessidade muito mais tarde. No plano temporal, função e carreira tem vida autônoma e distinta.

Resta a análise no plano espacial. Para desenvolver este aspecto, basta uma simples constatação restrita ao cenário jurídico europeu. Enquanto um número realmente grande de países aceita e estrutura uma carreira decorrente da função, outros há, como por exemplo a Inglaterra, a Suécia e a Dinamarca, que, dando excepcional relevo à função, não cuidaram ainda de organizar a carreira.

Conclui-se, portanto, que quer se considere a temporalidade, em seu contexto historicístico, quer se olhe a espacialidade, chegamos sempre ao mesmo resultado, isto é, a função e a carreira, genética e ontologicamente, são facilmente distinguíveis, tendo cada uma vida autônoma.

Respondida a primeira questão, podemos passar à segunda, a fim de contestar a pergunta: a função para ser institucionalizada pressupõe a existência da carreira ou não?

Vê-se que a problemática é diversa. Não se trata mais da exclusiva análise do Ministério Público, mas, de uma forma geral, distinguindo a função da carreira, indagar se a institucionalização da função pressupõe a existência de uma carreira, seja ela institucionalizada ou não.

Aqui é necessário abrir um parênteses absolutamente essencial (pois de outra forma não trocaríamos o ritmo da exposição) a compreensão do que vai ser desenvolvido. Trata-se de esclarecer em que sentido tomamos a palavra instituição. A importância dessa análise prende-se ao fato de ser esta palavra uma daquelas, inúmeras, que foram desgastadas pelo tempo em virtude de seu mau uso, das incorreções de sua aplicação e dos enquadramentos forçados que a má-fé ou a ingenuidade de alguns provocaram. Aliás, o desgaste das palavras. em um sentido verdadeiramente patológico dentro das estruturas lingüísticas, é um fenômeno filológico típico de nossa época. Veja-se, por exemplo, o vazio de conteúdo ideológico de palavras que já tiveram uma intensidade dramática avassaladora e uma beleza plástica admirável como: amor, caridade, virtude, pureza etc. Tal fato ocorre com a palavra instituição.

Aceitamos o sentido que lhe dá Leopold von Wiese em sua obra "Beziehungslehre" quando diz ser instituição um complexo de formas relaconais inter-humanas de grande duração, destinadas a manter a Conexão entre homens e grupos humanos, dentro de um agregado social e em consideração da coesão desse agregado. Quando uma função ou estrutura se enquadra nesse conceito, diz-se estar a mesma institucionalizada.

Esta passagem de funções ou estruturas não institucionalizadas para institucionalizadas é da maior importância pois somente neste último caso é que a progressão ou evolução adquire ritmo regular e contínuo que possibilita de forma efetiva sua integração no contexto social geral ou na categoria social regional a que pertence.

Uma última observação ainda precisa ser feita: a institucionalização pode ser permanente ou ocasional. Permanente, quando deriva da própria natureza das coisas, e ocasional, quando surge como fruto específico de uma constelação social econômica ou jurídica.

Firmados estes pontos, podemos retomar o curso de nossa exposição. A resposta, em suas linhas gerais, está contida na anterior. Sendo assim, já foi observado que as funções atribuídas ao Ministério Público têm características nítidas de aceitação geral, seja no plano temporal, seja no plano espacial. Isto porque a função corresponde às necessidades da própria natureza das coisas, sob a forma específica da natureza do homem. A institucionalização da função foi portanto reconhecida muito antes da institucionalização da carreira. Deve-se acentuar que a função foi institucionalizada de forma permanente e a carreira de forma ocasional. A ocasionalidade surgiu da crescente complexidade da vida social na época moderna e se estruturou em virtude da irreversibilidade desta complexidade. Conclui-se que a institucionalização da carreira e da função ocorreu em épocas diferentes e sob pressão de fatores diversos.

É claro, e entramos agora na terceira questão, que entre função e carreira há uma interação das mais íntimas, pois esta fornece o sustentáculo material essencial para que a função possa se desenvolver. É natural que dentro de uma estrutura social primitiva, que se desenvolve dentro de uma grande simplicidade, não surge a essencialidade da carreira, porém, na complexidade da sociedade pós-renascentista ela não poderia deixar de existir firme, forte e bem estruturada, sob pena do atrofiamento da função, o que teria como conseqüência imediata uma estruturação patológica do agregado social. A função, que dá o conteúdo material, podia nas épocas antigas assumir as mais variadas formas, individuais ou coletivas (principalmente individuais), porém,

na época moderna a função se coloca como uma infra-estrutura, à qual tem de necessariamente corresponder uma superestratura coletiva que é a carreira. A correlação entre ambas se tornou tão íntima que enfraquecer a carreira significará enfraquecer a função.

A última questão que nos propusemos responder ficou confundida na resposta à terceira e portanto damos por encerrado este item de nosso trabalho.

III

Chegou o momento de nos colocarmos perante o objeto de nosso estudo. Dentro da metodologia a que nos propusemos logo no início, esta colocação não é uma colocação simples, é, na verdade, mais. Trata-se de colocarmos o nosso ser em estado de disponibilidade psicológica perante o Ministério Público, isto é, procurar senti-lo em sua pureza, sua autenticidade, em sua essência, para poder obter a libertação da aparência primeira que se oferece à nossa consideração.

Vamos iniciar pela problemática da criminalidade.

O crime. Dentre todos os fenômenos humanos nenhum há, talvez, que expresse uma realidade tão dramática, tão pungente, tão dolorosa. Qualquer outro acontecimento que na sociedade ocorra, quer envolvendo os indivíduos, quer estabelecendo relações entre grupos, não tem em seu bojo o conteúdo de dramaticidade que o crime nos apresenta. Aqueles podem nos apresentar tragédias com todo o seu cortejo de lágrimas, de mágoas e de desespero, porém, sempre há em seu conjunto elementos que podem dignificar a ação, cobrindo de cores menos tristes um momento de tragédia e ainda trazendo uma valoração superior a uma atitude.

Com o crime não. Ele é, poderíamos dizer, a tragédia em si, para, sem nada que a torne um pouco mais suportável. Ele é o rompimento do equilíbrio social, familiar ou mesmo individual. Ataca frontalmente a estabilidade, a calma e a tranqüilidade que devem formar o fundamento da vida social. Expressa o rompimento entre o homem e Deus, a dissociação entre o homem e a sociedade e os poderes legítimos que são a manifestação objetiva desta. O crime é a revelação concreta de nossa condição humana.

Eis porque suscita ele nos indivíduos e na sociedade as mais variadas reações. Nenhum indivíduo, seja qual for a sua filosofia de vida, nenhum grupo seja qual for a sua finalidade, a ele fica indiferente. Muitas vezes pela sua própria necessidade de sobrevivência, outras por puro interesse humano, sempre

que se presencia um crime ou do mesmo notícia se tem, impossível é evitar a emoção, mais ou menos profunda, que tal fato acarreta em nosso íntimo.

Por esses motivos, a função do Ministério Público, no que se refere aos problemas da criminalidade, tem sido olhada pela sociedade em geral de maneira hipertrofiada.

Tais são os exageros neste particular que para muitos a verdadeira função do Ministério Público é a criminal ou então consideram esta função de tal maneira básica para o conjunto da instituição que colocam as demais em um plano secundário.

É um equivoco e um equívoco grave no que se refere ao conjunto das atribuições, porém, se olharmos a problemática sob o aspecto restrito desta função, veremos que outros equívocos surgem. É o representante do Ministério Público considerado, não somente pelo leigo mas também, muitas vezes, por aqueles que de alguma maneira militam na justiça, se não como um acusador sistemático, pelo menos como um personagem do drama judiciário cuja característica principal é a de acusar. Dai o aparecimento de toda uma série de preconceitos em torno a essa função e em referência à mentalidade do Promotor Público. A origem desses preconceitos se prende à ação externa do Promotor Público no evoluir das ações penais e principalmente a peça inicial da mesma oferecida pelo representante do Ministério Público. Não contribui pouco para essa forma de encarar a função a dinâmica do Tribunal do Júri, quase toda ela sustentada pelo Promotor Público, e a notícia dos mesmos nos periódicos. Na verdade tudo conspira (até mesmo o cinema) paralevar a uma conclusão errônea que deforma a realidade da instituição. Nem mesmo algum eventual pedido de absolvição por ocasião dos julgamentos singulares ou mesmo no plenário do Júri contribuem para alterar esse ponto de vista. Porém, os que assim pensam desconhecem, ou estão esquecidos ou ainda de má-fé não querem ver a realidade, com o fito de prejudicar a instituição ou diminuir o relevo das funções de seus representantes. Pois nada mais longe da verdade.

Aqui três aspectos precisam ser salientados. A ação do Ministério Público antes da eventual instauração da ação penal. A ação do Ministério Público depois do julgamento condenatório definitivo. A ação do Ministério Público de segunda instância.

Realmente, a triagem que o Ministério Público faz nos inquéritos ou peças policiais antes do oferecimento da denúncia nada tem de acusador. Muito ao contrário, grande parte dos arquivamentos muitas vezes transcendem as malhas rígidas e duras das estruturas legais (que muitas vezes impedem a

realização da justiça real) para se colocarem em um plano típico de política criminal. Na França, por disposição de lei, o Ministério Público pode ter em consideração a política criminal, isto é, o sentido último da conveniência ou não de levar à barra dos tribunais um caso determinado tendo em consideração fatores diversos da estrita aplicação da lei. É o reconhecimento da escolástica virtude da epiquéia. No Brasil, como conseqüência de uma estrutura legal rígida, os princípios da política criminal ainda não foram acolhidos, porém, na praxe forense a epiquéia (derivada, algumas vezes inconscientemente, da formação escolástica e cristã de nosso povo) se fez sentir em uma interpretação bastante larga dos dispositivos legaispor ocasião do pedido de arquivamento. Nesta oportunidade, o Ministério Público tem agido mais dentro de uma preocupação social que propriamente legal e mais com o espirito aberto à realidade situacional que propriamente à realidade legal, mais como um vigilante do equilíbrio social que como um acusador.

Por outro lado, os pedidos de absolvição por ocasião dos julgamentos vem destruir, no momento central do drama judiciário, a idéia do dever de acusar.

A ação do Ministério Público depois da sentença condenatória, se bem que comumente fique nas sombras do esquecimento, é valorativamente igual à anterior. A atividade do representante do Ministério Público, ao cuidar dos direitos subjetivos (expressão infeliz, mas que pela sua aceitação simplifica o que quero esclarecer) do condenado, o coloca em situação oposta à do acusador, pois sua atenção deve se desdobrar no cuidado à pessoa do preso. Acentue-se, porém, que sua atenção não se detém na pessoa do condenado. Há em sua ação o sentido da transitividade que se projeta teleologicamente em direção ao equilíbrio social. Realmente, a atenção que cerca o condenado tem a finalidade de criar o condicionamento material que possibilite a sua recolocação dentro dos quadros normais da sociedade.

Finalmente, a posição do Ministério Público de segunda instância, que a um só tempo fiscaliza a ação do Ministério Público de primeira instância e apresenta um parecer sobre o mérito do processo, se coloca em um plano de absoluta imparcialidade no que se refere à pessoa do réu.

Do exposto, conclui-se que o representante do Ministério Público na parte criminal não tem por finalidade acusar, nem tampouco defender a sociedade (o que seria uma abstração destituída de qualquer fundamento existencial) mas sim cuidar do equilíbrio social ameaçado, posto em perigo ou lesado pela ação do criminoso.

IV

Vamos agora entrar em uma das questões mais interessantes, importantes e controvertidas no que se refere ao nosso objeto. Trata-se da fiscalização da lei.

Esta é a função de maior tradição entre aquelas atribuídas ao Ministério Público.

A função junto aos pretórios criminais somente pode surgir quando o período da vingança privada desapareceu, sendo substituído por uma nova mentalidade que, apesar de conservar alguns resquícios do período anterior, passou a trilhar um caminho totalmente novo.

Com a função fiscalizadora tal não ocorreu. Com os primeiros rudimentos de leis e com os primeiros esboços de tribunais surgiu ao mesmo tempo a necessidade da fiscalização, não somente da aplicação da mesma fora dos tribunais, como também da atividade específica destes. Se a fiscalização da aplicação da lei fora dos tribunais podia ser entregue a funcionários de importância variada (desde aqueles que ocupavam cargos da maior relevância até alguns subalternos), com a fiscalização dos tribunais a questão não era tão simples. Necessária se tornou a criação de funcionários de categoria especial, a fim de que a fiscalização pudesse se efetuar de maneira concreta e em sua plenitude. Colocar um funcionário de categoria inferior junto aos magistrados equivaleria a comprometer, irremediavelmente a função fiscalizadora. A solução se orientou para a criação de um novo tipo de magistratura que não julga, não vota mas fiscaliza. Esta função já estava razoavelmente bem delineada no antigo Egito, que foi um povo que apresenou uma característica realmente interessante no que se refere às estruturas jurídicas, pois se de um lado possuía um direito substantivo nitidamente inferior aos demais povos da época, como por exemplo os Hebreus e os Babilônios, por outro dedicaram uma grande atenção ao direito adjetivo sob todas as formas que podem se apresentar à análise. Talvez esta ponderação explique o aparecimento da função fiscalizadora.

É verdade que esta função não tem uma perfeita continuidade na evolução jurídica (tal não seria possível em virtude da variação das constelações situacionais), porém, após um período embrionário, que na verdade foi longo, ela se institucionalizou, passando daí a evoluir em um ritmo constante.

A problemática da fiscalização da lei por parte do Ministério Público comporta ainda algumas considerações. Se bem que em algumas constelações situacionais (políticas, jurídicas sociais e econômicas) haja a tendên-

cia a restringir a ação do Ministério Público a uma burocrática fiscalização das decisões dos tribunais, esta restrição viola as verdadeiras finalidades da instituição, impedindo a realização plena das mesmas. Se isto é verdade no passado imediato na atualidade assume uma angustiosa relevância.

Realmente com a gradual hipertrofia do direito administrativo (que é uma das características marcantes da juridicidade moderna), que estende a sua influência em todas as direções e abrange campos antes isentos de qualquer ingerência da administração, assim como o poder das decisões administrativas (que se tornam decisivas pela sua aplicação imediata tornando inócuo e inoperante o controle judiciário, lento e pesado ante a celeridade com que se desenvolve a conjuntura econômica), urge descolar o Ministério Público dos tribunais judiciários e ampliar as suas funções pela necessidade da moralização administrativa e do equilíbrio social. Os Estados Unidos em parte compreenderam este fenômeno e a Rússia já firmou posição a respeito. Neste sentido merece ser citado o artigo 113 da Constituição Russa que preceitua: a vigilância suprema da estrita execução das leis por todos os ministérios e instituições a eles ligados, da mesma forma pelos funcionários públicos, assim como pelos cidadãos da U.R.S.S., incumbe ao Procrador da U.R.S.S.

Portanto, para concluir estas observações, pode-se afirmar que a fiscalização da lei pelo Ministério Público deve ser a mais geral e absoluta, não devendo nunca se prender a uma ação perante os tribunais, pois esta estrutura restritiva tende sempre a se burocratizar ao perder o contato com todas as partes do agregado social de cujo equilíbrio deve velar.

V

Eis que chegamos a um dos pontos mais belos da atividade do Ministério Público. Considerado em seu aspecto objetivo, é ele inegavelmente o que mais impressiona pelo seu claro sentido de humanidade, de amor, e mesmo de caridade. Refere-se ao patrocínio perante os pretórios dos interesses dos incapazes ou daqueles que por uma circunstância qualquer, permanente ou momentaneamente, não estão em condições de fazer valer a sua vontade em defesa de um direito seu. órfãos, menores, ausentes, interditos e assim por diante, encontra-se no Ministério Público o organismo que vela pelo seu interesse. Até o morto, que deixou em um testamento uma prolongação de sua vontade, encontra em nossa instituição o apoio necessário para que esta se faca realizar sem nenhum desvio.

Aqui cabe uma pergunta: o patrocínio desses direitos e vontades individuais tem a finalidade de uma ação dentro de um contexto individual ou esta ação transcende o seu aparente individualismo para se colocar em um plano social?

Pela sua origem, pela mentalidade que preside as suas estruturas e principalmente pela forma em que a ação se desenvolve chega-se à conclusão que a atividade do Ministério Público, tendo em vista a individualidade concreta do interessado, não pode ser comparada com a relação existente entre o advogado (que representa em sua forma mais pura a preocupação individualista) e o seu cliente. A atividade do Ministério Público se desenrola em um plano muito mais amplo, projetando-se dentro das estruturas sociais

Porém, aqui surge outra problemática, que corresponde à seguinte pergunta: de que forma esta ação que se desenvolve sobre uma específica parte da realidade humana e jurídica pode se projetar em um contexto social e qual a finalidade dessa projeção?

Algumas vezes , certos direitos individuais, quando violados ou esmagados por interesses outros que não sejam os da justiça, não têm uma repercussão aparente em um quadro social mais amplo. Porém, é inegável que, consumada a injustiça, ela abala não somente o sujeito passivo mas também através deles os seus familiares e o seu circulo de relações. É sempre uma quebra do equilíbrio social e o imediato reflexo em uma instabilidade humana que fornecem, em um plano individual, as raízes de uma revolta, que podem se dirigir ao próprio centro da estabilidade social.

Isto, em um plano restrito, pode ser desprezado ou considerado de forma secundária pelo sociólogo (nunca pelo filósofo ou pelo teólogo), porém, é inegável que, sem a existência de uma instituição que vigie e proteja esses direitos, as injustiças tenderão a se multiplicar em uma progressão geométrica, que terminará por forçar um desequilíbrio que, como conseqüência, trava a evolução social, com resultados gravíssimos para as estruturas.

VI

Nesta altura damos por terminada a análise da problemática do Ministério Público no que concerne à sua aparência e à sua realidade. Não nos cingimos a um fenômeno regional ou a estruturas ocasionais, mas sim, procuramos sempre a visão mais geral do fenômeno, que é o que realmente interessa em um estudo de natureza filosófica. Realizamos uma descrição objetiva, na qual já beiramos a redução eidética preconizada por Husserl.

Entretanto, nesta oportunidade, é necessário fazer uma observação, a fim de evitar uma possível confusão de natureza metodológica. Após o esquema da função, centralizamos a nossa atenção sobre o aspecto teleológico da mesma, procurando não o fim imediato, contingente e situacional, mas o fim último, permanente do Ministério Público. Pode esta forma de conduzir a argumentação dar a impressão que nosso estudo se limita a uma apertada análise da problemática do fim ou dos fins do Ministério Público. Tal interpretação não corresponderia à nossa intenção e por esse motivo me apresso a afastar possíveis dúvidas. A estrutura teológica de um ser é uma parte desse ser. É o que dá o seu sentido mas não é o ser propriamente dito. Porém, a descoberta do fim é a nosso ver de extrema importância, porque nos conduz à intencionalidade desse mesmo ser. Ao descobrirmos essa intencionalidade, já estaremos nas bordas do ser, sendo necessário somente um passo para penetrarmos em sua essência.

No caso presente, a intencionalidade é de superlativa importância, pois foi um erro muito generalizado a esse respeito que deu margem a errada compreensão do que seja a sua essência. É comum considerarmos o Ministério Público como colado às estruturas judiciárias, isto é, como tendo uma intencionalidade jurídica no sentido restrito do termo. Já vimos em nossa análise anterior, que a lei tem para o Ministério Público uma dupla finalidade: é a um só tempo o campo onde exerce a sua atividade e a arma que usa para fazer valer a sua vontade. Porém, o campo de atividade e a arma de que faz uso nada tem a ver com a intencionalidade de seu ser (é essencial não confundir uma coisa com outra). A intencionalidade do Ministério Público não é jurídica (em seu sentido restrito). É social, quer se olhe o aspecto genético, quer se considere o prisma estrutural, quer se fixe no plano teleológico. O primeiro dado de sua essencialidade é o aspecto social.

Esta deslocação do eixo em torno do qual gira o Ministério Público tem conseqüências inúmeras e imediatas. A problemática sempre repetida da posição do Ministério Público face ao judiciário fica automaticamente arredada. As infindáveis teorias referentes a essa correlação não têm sequer razão de ser. A estrutura jurídica da sociedade não tem nada a ver com a estrutura do judiciário. O judiciário cuida do aspecto patológico do mundo jurídico, visando a repô-lo dentro de sua normalidade. O Ministério Público age antes até do aparecimento de qualquer controvérsia (casos típicos são: a ação do Ministério Público junto às estruturas administrativas em legislações estrangeiras e a fiscalização das fundações em nosso direito). Sua ação se desenvolve em dois planos: do normal e do anormal jurídico. A base dessa ação é

o primeiro e, em caso de perturbação, passa ao segundo. Sendo um fiscal da lei em todos os seus planos, sua existência se prende às estruturas sociais.

VII

Cabe agora perguntar: em que, especificamente, consiste a função social do Ministério Público?

É uma questão delicada, pois se trata de separar da realidade social a parte do ser que representa a existência propriamente dita do Ministério Público.

Em primeiro lugar, deve-se acentuar que o Ministério Público em sua forma externa se estrutura dentro de um quadro administrativo que foge às estruturas do executivo (pois não executa mas fiscaliza a execução) e do judiciário (não julga). Não sendo, logicamente, parte do legislativo, vê-se que ele não se enquadra em nenhum dos poderes clássicos do Estado (o que na realidade nada mais representa nos dias de hoje do que uma abstração, dada a interpretação dos mesmos).

Por outro lado, a pura fiscalização da lei como função precípua (pois em um certo sentido todas as suas funções poderiam ser consideradas uma decorrência desta), sem a preocupação com o fim dessa fiscalização, significaria reduzir o Ministério Público a um órgão duro, seco e esclerosado, que agiria sempre como um freio a qualquer evolução social ou jurídica. Já vimos como o conjunto de suas funções e a forma externa de sua ação levam-no a ser considerado como o órgão que vela pelo equilíbrio social. É na problemática desse equilíbrio que se encontra o eixo em torno do qual nasceu e se desenvolveu o Ministério Público.

Mas esta problemática não é pacífica e conduz necessária mente a considerações de acentuada complexidade. Em primeiro lugar, observe-se que o equilíbrio social pode ser focado, de uma maneira geral, em dois planos diversos, que se interpenetram, mas que podem ser nitidamente distinguíveis. O plano das estruturas sociais e o plano da psicologia coletiva. Em outras palavras: no plano objetivo e no plano subjetivo.

Se nós considerarmos o equilíbrio das estruturas, a função do Ministério Público fica bastante clara. As estruturas sempre se ligam ao suporte jurídico do qual surgem como o seu suporte fático. Esta ligação (que pode ser expressa e nítida ou indireta e velada) é indiscutível. O amplo sentido fiscalizador que abrange não somente a aplicação da lei pelos tribunais como também a sua execução na órbita administrativa, torna inegável a sua decisiva influencia no equilíbrio das estruturas.

Mas ... e a questão do equilíbrio subjetivo, isto é, do equilíbrio colocado no plano da psicologia coletiva?

Aqui também a nossa função, após algumas observações, surge com grande clareza. Ao cuidar (como já analisamos) dos problemas individuais (que na verdade, considerado em um plano mais alto, são somente aparentemente individuais), o Ministério Público está na verdade cuidando do problema social por inteiro. Sua ação repõe em seu lugar a parte da estrutura social ou jurídica que foi de alguma maneira abalada pela ação individual. Agindo assim, promove o equilíbrio, pois nada revolta mais o homem ou abala as estruturas que o desequilíbrio entre o que a lei afirma e aquilo que na realidade o indivíduo recebe.

Uma última observação julgamos oportuno fazer em relação à problemática do equilíbrio. Para alguns, pode parecer obscura a ligação que faço entre o Ministério Público como existência concreta e o equilíbrio como seu fim. Poderíamos então sucintamente esclarecer que, ao fiscalizar a lei, o Ministério Público procura garantir o equilíbrio do agregado social, porque (fora o problema da destinação última do homem, consubstanciada no Direito Natural) a lei positiva procura sempre o equilíbrio social.

Esta nossa insistência na problemática do equilíbrio pode levar alguém, menos avisado, a encarar o Ministério Público como um órgão tipicamente conservador.

Nada mais errado. O equilíbrio social nunca é estático. Se evitarmos uma limitação muito restrita no tempo, verificaremos que ele é essencialmente dialético. Qualquer parada significa um desequilíbrio que pode conduzir até à destruição do agregado. Esta dialética (do divino com o humano, que dá o valor divino do humano, e a dos homens entre si, que dá o condicionamento material para a realização dos seus fins imediatos e mediatos, materiais e espirituais) significa a um só tempo diálogo, progressão e evolução e a ela o Ministério Público precisa ser sempre sensível. A lei tem a sua expressão material: a norma, porém, esta desde a sua gênese sofre um processo integrativo e interpretativo do qual o Ministério Público deve ser o promotor. É preciso não esquecer que a norma materializada não é a lei em sua integridade, mas sim uma expressão ocasional da mesma. O Ministério Público fiscaliza a lei em sua integridade, não esquecendo a expressão de São Paulo: "a letra mata, o espírito vivifica".

Desta forma é que sua ação se insere na dialética social. Sua principal preocupação deverá sempre ser a conservação do ritmo sadio dessa dialética, que algumas vezes é abalada por forças de pressão.

Do exposto, conclui-se que por Ministério Público se entende o conjunto de funções, derivadas da natureza das coisas, ocasionalmente reunidas em uma carreira, que se destinam a promover o equilíbrio social, velando pela aplicação da lei pelos tribunais e pela administração, e impedindo lesões a direitos individuais indefesos, agindo os seus representantes sempre dentro das estruturas situacionais do direito positivo vigente.

Discurso Doutor César Salgado

Reproduzimos a seguir a entrevista concedida pelo dr. Cesar Salgado ao jornalista Nogueira Moutinho e publicada na ‘’Folha de S. Paulo’’:

A Cidade do México foi o cenário, de 12 a 20 de julho último, do III Congresso Interamericano do Ministério Público, certame que contou com o comparecimento de representantes de dezoito países americanos e de inúmeros penalistas europeus na qualidade de observadores.

A delegação brasileira, chefiada pelo procurador de Justiça de São Paulo, J.A. César Salgado (presidente da Associação Interamericana do Ministério Público), foi integrada pelo srs. Alcides Vieira Carneiro, representante pessoal do Ministério da Justiça; prof. Soares de Melo, catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Henrique Lenz Cesar, procurador do Estado do Paraná; e Jorge Hejnal, procurador autárquico de São Paulo. Expressiva foi a sua participação nos trabalhos do Congresso, tendo sido confiada a seu chefe, o sr. César Salgado; a missão de falar em nome das delegações visitantes, na sessão inaugural do certame, após terem usado da palavra o presidente da República mexicana, sr. Lopez Mateos, e o procurador-geral da República, sr. Oscar Treviño Rios.

Tese Culminante

Falando ao repórter da ‘’Folha de S. Paulo’’, o presidente da Associação Interamericana do Ministério Público e chefe da delegação brasileira, César Salgado, declarou:

- ‘’ O temário do III Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado na cidade do México, inclui assuntos da maior importância e oportunidade, a respeito da atuação dos promotores de Justiça no processo criminal e no civil. A tese culminante do Congresso, porém, foi a referente à independência do Ministério Público em face dos poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário.

‘’Reafirmando o que já se havia proclamado no I Congresso, de São Paulo, em 1954, e no II, de Havana, em 1957, o do México deu maior ênfase ao princípio de que o Ministério Público se reveste do caráter de órgão do Estado, o que lhe confere plena autonomia de ação e papel sobressalente na estrutura política e no ordenamento jurídico dos países civilizados. Daí resulta

que, na sua qualidade de magistratura militante – ''belle et noble magistrature'', na expressão de Ortolan – o Ministério Público faz jus a direitos e garantias constitucionais que lhe assegurem o cumprimento cabal de sua árdua e nobre missão''.

Grandiosidade

- ''O encontro dos representantes da Justiça da quase totalidade dos países americanos na cidade do México'', prossegue o entrevistado, ''foi um acontecimento memorável, pela grandiosidade de que se revestiu. Os congressistas, agasalhados na magnífica metrópole mexicana, veteranos muitos de outros congressos na Europa e na América, não discrepam em reconhecer que a assembleia do México excedeu a qualquer expectativa, por mais que se confiasse na capacidade de seus organizadores. Além do êxito logrado na parte científica pela intervenção de figuras das mais ilustres no campo das ciências penais e criminológicas, o Congresso se notabilizou pelo fausto de suas reuniões sociais, verdadeiras festas de arte, de música, de cor e de bom gosto a deslumbrar os sentidos. E, a sobredoirar tudo, a cordialidade mexicana, presente em todas as horas e em todas as atitudes com requintes que são característicos daquela fidalga gente. Dir-se-ia que todos foram mobilizados para dar ao Congresso o máximo relevo e apresentá-lo como testemunho dos recursos intelectuais e materiais da terra asteca''.

Convidados Especiais

- '' Além das delegações pan-americanas'', prossegue o sr. César Salgado, ''compareceram ao Congresso vários convidados especiais e professores universitários estrangeiros, entre os quais destacavam-se os eminentes penalistas Jiménez de Asúa, presidente da República Espanhola no exílio; Jean Graven, da Suíça, autor do novo Código Penal da Abissínia; prof. Quintano Ripolles, da Universidade de Madrid, prof. Eduardo Novoa Monreal, da Universidade do Chile e coordenador da comissão encarregada da elaboração do projeto do Código Penal Latino-americano; e outras notabilidades internacionais.

''Nos altos postos da direção executiva do Congresso, tiveram destacada atuação o dr. Oscar Treviño Rios, procurador-geral em exercício do México; dr. Fernando Román Luogo, procurador-geral do Distrito e Territórios Federais; e o prof. Raul Carrancá y Trujillo, da Universidade Autônoma do México, secretário-geral do certame.

'' A sessão inaugural com o comparecimento de todas as delegações, entre as quais se destacava pelo seu número – cerca de dez procuradores federais e estaduais – a dos Estados Unidos, foi presidida pelo chefe do Executivo mexicano, López Mateos, e teve lugar num anfiteatro grandioso que lembrava o recinto das reuniões plenárias da ONU, com poltronas munidas de receptores para transmissão de traduções simultâneas''.

Semente Paulista Frutificou

- '' O Congresso do México'', conclui o entrevistado, ''é lícito dizer-se, foi o coroamento de uma tarefa que se iniciou em São Paulo e daqui evoluiu e se projetou com âmbito continental, a partir do Congresso de 1954. A semente lançada no chão de Piratininga se fêz árvore que medrou depois no encontro de Havana em 57 e agora se transplantou para as terras livres e fecundas do México. Foi um mestre argentino, Carlos Ayarragaray, quem escreveu que em nenhum outro país o Ministério Público se havia aprimorado tanto quanto em São Paulo, podendo-se dizer – palavras suas – que aqui se encontravam os lineamentos de uma ''escola paulista do Ministério Público''.

''Esse juízo do eminente professor da Universidade de Buenos Aires é motivo de justa ufania para os que desbravaram com alma de bandeirante o caminho das primeiras ásperas jornadas. Não nos esqueçamos de que o primeiro congresso internacional do Ministério Público realizado no mundo, teve sua sede em São Paulo. E daqui partiu o nosso apelo aos países-irmãos do continente americano para as futuras reuniões. O lábaro que tremulou ao vento das Américas, no planalto de Piratininga, nos dias centenários de 54, está agora nas mãos galhardas dos bravos colegas mexicanos. Mercê de Deus, não se rompeu a cadeia olímpica de nossos ideais. Esse é o panache dos pioneiros, o título mais alto do Ministério Público de São Paulo''.

Sílvio do Amaral – Novo Juíz do Tribunal de Alçada

Indicado em lista tríplice, juntamente com os Drs. Jorge Leite Ribeiro e José Rubens Prestes Barra, foi nomeado para o Tribunal de Alçada, pelo quinto constitucional, o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Silvio do Amaral, elemento dos mais cultos e prestigiosos do Ministério Público de São Paulo.

Ao assinalar o fato, queremos apresentar a Sua Excelência os cumprimentos desta Revista, com os melhores votos de felicidade no exercício de suas novas e nobilitantes funções.

Cesar Salgado - O Promotor das Américas

Arthur COGAN
Procurador de Justiça aposentado
Ex-Corregedor Geral do Ministério Público

O Promotor das Américas

Em 21 de dezembro de 1894 nascia em Pindamonhangaba, interior de São Paulo, o menino José Augusto, filho de Augusto Marcondes Salgado e de Maria Antonieta Cesar Salgado.

Iniciou seus estudos secundários no Colégio São Luis, de Itú, completando-os no Ginásio São Joaquim, de Lorena.

Em 1913 ingressou na tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, colando grau em dezembro de 1917.

Na velha Faculdade Cesar Salgado teve intensa participação na vida acadêmica participando das campanhas cívicas da Liga Nacionalista lideradas por Olavo Bilac que pregava a criação do serviço militar obrigatório.

Foi orador oficial da Companhia de Guerra colaborando em vários jornais acadêmicos e fora da Academia.

Colou grau em 22 de dezembro de 1917, iniciando-se na advocacia na Comarca de Cunha, onde permaneceu por pouco tempo.

Já em 3 de outubro de 1918 é nomeado para o cargo de Promotor Público interino da Comarca de Atibaia onde permaneceu por pouco tempo, pois em 21 de fevereiro de l921 foi nomeado Promotor Público efetivo da Comarca de Socorro, cargo que assumiu em 23 do mesmo mês.

A 12 de agosto de 1922 interrompeu o exercício do cargo para prestar o serviço militar, reassumindo suas funções em 23 de setembro.

Em 1925 deixou o cargo de Promotor Público de Socorro para assumir as funções de Oficial de Gabinete do então Chefe de Polícia, dr. Roberto Moreira.

Em 30 de junho de 1927 foi nomeado pelo Presidente Dino Bueno para as funções de 1º Promotor Público da Capital, cargo do qual se tornou efetivo a 23 de fevereiro de 1929.

Durante o movimento constitucionalista de 1932 chefiou a bandeira de propaganda cívica que percorreu a Alta Paulista, atuando, em combate,

no Batalhão Marcondes Salgado, até lhe ser entregue a direção de um dos setores de defesa da Capital.

Terminada a Revolução Constitucionalista foi entregue a Cesar Salgado a presidência de uma Comissão de Sindicância para apurar irregularidades na evasão de nove mil contos de reis do Tesouro Nacional.

Entrevistado pelo jornal "A Gazeta", Cesar Salgado revelou o sentimento que o levara a participar da Revolução Constitucionalista: "sente saudades de 32?" foi a pergunta, respondendo Cesar Salgado "qual o paulista que não sentirá saudades daquele trimestre, "tarjado de luto e colorido de glória", que nos reabilitou perante nós mesmos e que nos deu o direito de afirmar ao Brasil e ao mundo a sobrevivência de nossas virtudes ancestrais?

- Qual a mais forte recordação que guarda de 32?

- A de uma pobre mulher, mãe paulista, a quem perguntaram, "que havia dado à Campanha do Ouro pelo bem de São Paulo?" E ela respondeu: "A vida de meu filho".

Seguiu-se-lhe assumir a direção de procedimento instaurado para apurar responsabilidades de funcionários do Instituto do Café.

Eleito Deputado Estadual à Assembléia Legislativa, sob a legenda do Partido Republicano Paulista, exerceu o seu mandato de 1935 a 1937, fazendo parte da Comissão de Redação, destacando-se seu trabalho em prol das garantias do Ministério Público.

Comentando sua eleição para a Assembléia o jornal "Correio Paulistano" fez o seguinte comentário:

"Paulista da melhor têmpera, o ilustre 1º Promotor Público da Capital, apesar de moço, já possui um renome que o recomenda à admiração e ao respeito. Contribui para o conceito que desfruta o brilhantismo que sempre emprestou ao exercício das suas funções de representante da Justiça Pública. S. Excia. soube empreender a superioridade de seu cargo, mantendo sempre uma linha de imparcialidade digna de verdadeiro magistrado, indiferente às solicitações da vaidade e da paixão, no trato dos casos que lhe estiverem afetos, embora empenhasse todos os recursos da sua inteligência na defesa da lei e da justiça. Como cidadão, é impossível olvidar a atividade cívica do Sr. Cesar Salgado na gloriosa arrancada paulista. S. Excia colaborou decidida e ardorosamente pela vitória da causa constitucionalista, não conhecendo sacrifícios nem temores".

Quebrada a vigência do regime democrático, com a implantação do Estado Novo, em 1937, Cesar Salgado reassumiu suas funções no Ministério Público da Capital, a partir de lº de novembro de 1937.

Em dezembro de 1938 contraiu núpcias com Maria Pereira Cesar Salgado, sua companheira de toda vida.

A partir de então Cesar Salgado dedicou-se inteiramente ao Ministério Público, por várias décadas, com inteira atuação e marcante passagem por todos os órgãos da Instituição.

Em 26 de novembro de 1938, tendo como presidente a ilustre figura de Cesar Salgado, foi fundada a Associação Paulista do Ministério Público contando com a colaboração de um grupo de membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, tendo por finalidades estatutárias:

a) defender os interesses gerais do Ministério Público
b) promover a realização de congressos do Ministério Público para discussão de problemas de caráter científico e de interesse da classe
c) criar, para gozo de seus associados, serviços pessoais, previdenciários, de assistência médica e de aperfeiçoamento cultural.

A revista Justitia, que até hoje enobrece a Instituição, teve seu primeiro número, reunindo os fascículos I a III, em setembro-outubro de 1939, sendo seus diretores Cesar Salgado e Nilton Silva, como secretário Mário de Moura Albuquerque, tesoureiro Romeu Petrocchi e como redatores Rafael de Oliveira Pirajá e Frederico José Marques.

Anos mais tarde, comentando a criação da Associação, a Revista Justitia anotou:

"Soara a hora das reinvindicações. Por assim entender, reuniu-se em São Paulo um grupo de promotores. E fundou-se a Associação Paulista do Ministério Público, em cujos Estatutos se estabeleceu como objetivo precípuo de pugnar pelos direitos fundamentais da Instituição. E a luta se iniciou, em várias frentes, no âmbito estadual e no federal. Luta em que se avança, palmo a palmo, a custa de reiterados esforços, perseverança e sacrifícios. Quantas vezes, as conquistas alcançadas após árduas diligências, eram anuladas logo a seguir por injunções diversas. Havia que recomeçar e prosseguir na marcha".[1]

[1] Justitia - vol. 85 pag. 547 e seguintes

Em 1942, durante a realização do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público, sob a presidência do Dr. Benedito Costa Neto, foi secretário-geral do conclave.

Nele apresentou a tese "Especialização da Magistratura", sempre salientando o posicionamento do seu Ministério Público.

Esclareceu, inicialmente que "dentre os objetivos estatutários da Associação Paulista do Ministério Público" que então presidia, "inscreve-se o da especialização funcional" e que, "não poderia, portanto, essa entidade deixar de apresentar à consideração do 1º Congresso Nacional do Ministério Público assunto de tão alta relevância e oportunidade".

Analisando a individualização da pena nos termos do então Código traz à baila a indagação de Alcântara Machado no pórtico de seu projeto: "estará a nossa magistratura preparada para uma tarefa dessa magnitude?"

E responde: "ninguém o afirmará sem afronta à evidência".

E continua Cesar Salgado: "Como fazê-lo? Com a especialização funcional e científica da magistratura".

Para ele, "o promotor público, ao cabo de largo tirocínio e de trato cotidiano com a ciência penal aplicada a casos múltiplos e complexos, adquire, em regra, conhecimento profundo das disciplinas, que é obrigado a versar".

E cita Enrico Basile, conselheiro da Corte de Apelação de Turim: "a verdade é que o juiz penal, para bem presidir uma audiência e bem apreciar a prova, deve ter sido juiz de instrução ou, possivelmente membro do Ministério Público".

E nas conclusões da tese, em que propõe a especialização da magistratura criminal, propõe, em nome da Associação Paulista do Ministério Público, no item 4º, que "em virtude do princípio da especialização científica e funcional, deve ser garantido o acesso do promotor público aos postos da magistratura criminal, independentemente de com curso".

Esta proposta recebeu, uma emenda do culto Procurador de Justiça, depois Desembargador Odilon Costa Manso, o substutivo ao "item 4º da tese de Cesar Salgado" assim redigido: "Que os poderes públicos, especializando a magistratura criminal, encontrem uma fórmula de nela aproveitar os representantes do Ministério Público, também especializados".[2]

Durante os festejos do 4º Centenário da fundação de São Paulo, Cesar Salgado organizou o 1º Congresso Interamericano do Ministério Público,

[2] Anais do 1º Concurso Nacional do Ministério Público 10º volume - pag 47 e segs.

reunido em São Paulo, de 21 a 27 de novembro de 1954, ocasião em que por sua proposta foi fundada a Associação Interamericana do Ministério Público.

Eleito presidente do novo órgão, Cesar Salgado determinou, em 21 de outubro de 1957, a feitura dos seus estatutos, aprovados durante o 2º Congresso Interamericano, em Havana.

No mesmo Congresso de Havana ganhou destaque a divulgação de seu "Decálogo do Promotor de Justiça" no qual resume os princípios em que timbrou sua conduta funcional.

Como anotou Cesar Salgado "o Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em São Paulo, em novembro de 1954, assinalou uma etapa histórica, de inegável importância, na evolução do Ministério Público em nosso País.

Havíamos conquistado após longa e penosa campanha, prerrogativas constitucionais, que nos asseguravam condições básicas para o exercício de nossas atribuições. Éramos, finalmente uma entidade autônoma, em face dos Poderes do Estado.

Instituída a carreira, com a obrigatoriedade de concurso de ingresso, e garantido o acesso às entrâncias superiores, mediante indicação dos órgãos de cúpula da classe, o Ministério Público, liberto de interferências espúrias, pôde aprimorar-se, atraindo para seus quadros elementos de comprovada capacidade moral e intelectual".[3]

Como decorrência do decidido neste Congresso, editou-se, em 21 de dezembro de 1954, a chamada "Lei Áurea do Ministério Público", lei nº 2.878, de 21 de dezembro de 1954, que dispôs sobre a criação da Corregedoria do Ministério Público, na Procuradoria Geral da Justiça, e dispôs, no seu artigo 11, que "o Procurador Geral da Justiça será nomeado em comissão pelo Chefe do Poder Executivo dentre os Procuradores da Justiça do Estado e mediante lista tríplice organizada por eles".

São Paulo capitaneou a escolha de Procurador Geral entre seus membros e através de lista tríplice.

Tempos depois, em 20 de dezembro de 1961, foi aprovada a Lei nº 6.5976, que dispôs "sobre a organização da lista tríplice a que se refere o artigo 11 da Lei nº 2.898, de 21 de dezembro de 1954".

[3] Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal - Anexo XII - nº 33 - abril a dezembro de 1975.

Em 21 de novembro de 1945, quando interventor o embaixador Macedo Soares, foi nomeado Procurador Geral do Estado, sucedendo Synésio Rocha, função que exerceu até 19 de março de 1947.

Voltou a ser nomeado Procurador Geral do Estado em 8 de novembro de 1947, permanecendo no cargo até 20 de novembro de 1948.

A partir de 30 de dezembro de 1953 o cargo de chefia do Ministério Público passou a se denominar de Procurador Geral de Justiça sendo certo que Cesar Salgado foi o primeiro Procurador Geral de Justiça, cargo que exerceu pela terceira vez de 3 de fevereiro de 1951 a 28 de novembro de 1955.

Em novembro de 1962, em substancioso artigo "O Caso Eichmann, à luz da moral e do Direito", analisou, "sem pretensão a sensacionalismo", "um crime que abalou o mundo", pois "em tempo algum, em lugar nenhum, se perpetrou atentado tão monstruoso, como o do nazismo alemão contra o povo judeu".

E mais: "em memória de milhões de criaturas sacrificadas pela insânia nazista, cabe-nos o dever de estigmatizar os autores do nefando atentado, como afirmação de nossa crença nos princípios que resguardam a dignidade do homem".

E continua: "o Direito não pode imobilizar-se em fórmulas solenes e impressionistas, não tanto, às vezes, pelo seu conteúdo, mas porque são ditas em latim".

E vem a afirmação de que "é preciso ter em conta que o crime de Eichmann, como os dos seus dignos êmulos julgados pelo Tribunal de Nuremberg, criou novas modalidades delituosas na esfera do Direito Penal Internacional".

E, após e profunda e jurídica analise das circunstâncias em que se deram os fatos analisados, conclui que "em memória das vítimas das tiranias de ontem e de hoje, dos judeus imolados à demência nazista, da juventude húngara ceifada pela metralha dos tanques soviéticos, reiteramos a nossa profissão de fé nos valores eternos do espírito, que pairam mais alto do que todos os engenhos voadores".[4]

Cesar Salgado, que na ocasião da fundação da Associação Interamericana do Ministério Público, durante o 1º Congresso Interamericano do Ministério Público realizado em São Paulo, foi eleito seu Presidente e agraciado com o título de "Promotor das Américas", teve, durante o 2º Congresso realizado em Havana, inaugurado o seu retrato no Palácio daquela cidade.

[4] Justitia - vol. 29 pag. 15.

De 18 de dezembro de 1958 a 29 de abril de 1963 atuou na Diretoria do Instituto Latino Americano de Criminologia das Nações Unidas.

O 3º Congresso Interamericano realizou-se na Capital do México, falando Cesar Salgado, em espanhol, em nome dos congressistas.

Este Congresso realizou-se de 12 a 20 de julho de 1963.

Fazendo uma exposição sobre o Ministério Público brasileiro, esclareceu que na época "as funções específicas do Ministério Público de acordo com a legislação brasileira, cabem ao Ministério Público dos Estados membros da Federação. Tal fato resulta de preceito legal que atribue aos Estados competência no setor da organização judiciária, com observância de normas gerais estatuídas na Constituição (arts. 95, 97 e 124).

"Aliás, a conceituação do Ministério Público, órgão do Estado, e não simples preposto do Poder Executivo, foi consagrado nos Congressos da corporação, realizados em São Paulo, em 1954 e em Havana, em 1958, como se pode ver dos respectivos anais". E, "como exemplo mais significativo dessa organização, destaca-se a do Estado de São Paulo, no qual o ilustre professor argentino Carlos Ayarragaray, em trabalho apresentado ao Congresso em 1954, entreviu os lineamentos de um sistema original, sob o qualificativo de "escola paulista do Ministério Público".

Esclareceu, ainda, que "é vedada a prática da advocacia." A lei brasileira resguarda, cabalmente, a autonomia do Promotor no processo. Ninguém, nem mesmo o seu superior hierárquico, pode coagí-lo a pronunciar-se contra as suas convicções. É a afirmação do princípio de que, no exercício de suas atribuições funcionais, o representante da Justiça só se submete à sua consciência e à lei.

Disse-o em palavras de inteira oportunidade o Procurador Geral Cesarini:

"Onde principiam as funções judiciárias do Ministério Público, ai começa a Justiça, o "regnun Dei, o reino da "consciência onde Deus impera." (separata da palestra).

Em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em ciclo de análise do Anteprojeto do Código de Processo Penal, promovido pelo Instituto Latino Americano de Criminologia, sempre com o pensamento voltado para a melhoria da posição do Ministério Público, salientou "os malefícios da subordinação do Ministério Público ao Poder Executivo mais se avultaram, nas últimas décadas, em virtude de guerras e revoluções que afetaram profundamente a ordem política preexistente. Verificou-se, então, que os Procuradores de Justiça, considerados como simples agentes do governo, não tinham argumentos jurídicos e legais para negar cumprimento a ordens que atentavam contra a dignidade da classe e o direito dos cidadãos".

Esclareceu ele que "em 1951, desempenhando eu as funções de Procurador Geral da Justiça, tratou-se da elaboração do Anteprojeto do Código do Ministério Público do Estado de São Paulo. Pareceu-me, então, de inteira oportunidade, que se atribuísse expressamente ao Ministério Público, em o novo estatuto, a qualidade de "Órgão do Estado". E se o fiz, não foi com pretensões a inovador, pois órgão do Estado, em sentido vulgar, o Ministério Público sempre o foi. Mas o fato é que ainda não se havia deduzido dessa realidade e corolário dela resultante nos termos claros da teoria da organicidade, formulado por Comba".

E, depois de várias elucubrações conclui que "bastam para o confronto e a conclusão de que, no Brasil, o Ministério Público é um gigante desarmado; e se não está "deitado eternamente em berço esplendido", é porque a sua natureza de andejo e postulante não lhe permite essa cômoda postura. Mal comparando, o promotor brasileiro lembra um D. Quixote sem escudeiro a bater-se em pelejas ásperas e desiguais, por sua Dulcinéia, a Justiça".[5]

Em conferência proferida no Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, Cesar Salgado destacou a figura de "Campos Sales, o precursor da independência do Ministério Público do Brasil".

Salientou que "Campos Sales representava o princípio civil em face da espada, recalcitrante, muitas vezes, em abster-se em continência a lei".

Em referência ao "famoso Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que reformou a justiça do Brasil", destacou que "pela primeira vez, nas leis brasileiras, fala-se em Ministério Público. A legislação anterior ignorou essa instituição, como tal, pois só mencionava os seus agentes, isto é, os promotores públicos". É preciso proclamar-se com a ênfase que reclama fato de tamanha transcedência: foi Campos Sales quem deu ingresso, na lei brasileira, ao Ministério Público".

Destacou que "Campos Sales, organizando a justiça do Distrito Federal, pelo Decreto nº 1030, de 14 de novembro de 1890, deu àquela instituição, a precisa constituição e necessária autonomia".

No artigo 162, consignou expressamente, como sua finalidade política-jurídica, que "o Ministério Público era perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o promotor da ação pública contra todas as violações do direito".

[5] Justitia - vol. XLVII - pag. 68 a 79

"Gravemos esse áureo enunciado: "o Ministério Público é perante as justiças constituídas o advogado da lei, o fiscal da sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito".

"Um dia há de se escrever a história dessa árdua luta em que se empenhou um pugilo de moços, promotores de justiça".

E mais adiante: "Em 1934, finalmente, o Ministério Público, "pela primeira vez nos fatos constitucionais do mundo" teve lugar numa constituição, a brasileira daquela data, onde passou a figurar entre os "órgãos de cooperação nas atividades governamentais". Ficou, então, consagrado o princípio da carreira, com a obrigatoriedade do concurso de ingresso e ressalvada a estabilidade pela exigência de sentença judicial, ou processo administrativo, para a demissão (art. 95, § 3º)".

E indaga: "quem entre nós havia conceituado, antes, o Ministério Público de maneira tão alta, como o fez Campos Sales, no artigo 162 do Decreto nº 1.030?"[6]

Em discurso proferido na sessão solene de instalação da Academia Paulista de Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 11 de agosto de 1972, analisou a figura e a obra de "José Antônio Pimenta Bueno – Bandeirante do Direito Brasileiro".

Esclareceu que "Pimenta Bueno pertenceu à primeira turma da recém-criada Faculdade" "onde foi estudante distinto, destacando-se entre seus colegas", "e São Paulo que já havia dado ao Brasil, José Bonifácio, para ensinar um príncipe a nos abrir os caminhos da liberdade, São Paulo deu à nossa incipiente cultura jurídica Pimenta Bueno, para tirar da "selva escura" dos praxistas rinóis os lineamentos do nosso direito".

"Os trabalhos jurídicos de Pimenta Bueno", continuou, "datam de mais de um século. Para julgá-los, deve-se recuar no tempo e considerar os escassos recursos de que ele dispunha na época a fim de compor as obras que nos legou com rubrica de seu nome".

E o Ministério Público?

"Pimenta Bueno, com a sua larga visão de estadista" double "de jurista, foi o primeiro entre seus pares a reconhecer a necessidade e a importância do Ministério Público e a situá-lo convenientemente. E ele o diz, nestas pala-

[6] Justitia - vol. XXXII - pags. 29 a 44

vras até então inéditas entre nós: "o Ministério Público é uma grande e útil instituição, é o braço direito da sociedade e do governo, é a sua vigilância e intervenção perante os tribunais de justiça".

"Denunciando os defeitos dos sistemas acusatório e inquisitório, que atribuíam, respectivamente a qualquer do povo e ao juiz a iniciativa da ação penal, Pimenta Bueno entende que essa prerrogativa deve caber exclusivamente ao Ministério Público, único órgão competente para promover a aplicação da lei contra o infrator".

"O Ministério Público escreveu ele - deve ser um grande vigilante e enérgico da ordem pública e repressão dos delitos, por mais importante que sejam os delinquentes. As leis penais não tem vida senão pela ação dele – leges ipsae nihil valeant nisi actoris idonea voce munitoe".

Sempre preocupado com o destino da Instituição que abraçara, Cesar Salgado, na sessão de encerramento do Vº Congresso Interamericano do Ministério Público, na cidade do Panamá, analisou "os atributos de sua dignidade" destacando que "o Ministério Público nasceu sob o signo da dignidade" e que "de tal forma o aparecimento dessa instituição impressionou os interessados nos problemas penais que, alguns, segundo nos informa Rassat, chegaram a vislumbrar naquele evento um milagre".

E antecipando-se ao que o tempo concretizou indaga: "se a consciência jurídica de nosso tempo repele a concepção de um Ministério Público funcionário e, consequentemente, subordinado ao Poder Executivo, onde situar a instituição dos Procuradores da Justiça? Se não é o Ministério Público agente do Poder Executivo nem se inclui na órbita do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, como definí-lo?

Tenho para mim, com a vênia dos doutos, que a solução do problema está em atribuir ao Ministério Público o predicativo de "órgão do Estado". Com esse caráter, nos termos da teoria da organicidade de Comba, o Ministério Público se integra na personalidade jurídica do Estado, de modo que quando atua, é como se fora o próprio Estado em ação".[7]

É o que hoje está inscrito no artigo 127 da Constituição Federal de 1988:

"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

[7] Justitia - vol. CXIV - pags. 131 a 140

Em trabalho publicado na Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, sobre "Exegese do Decálogo do Promotor de Justiça", Cesar Salgado esclareceu que "em cumprimento de dispositivo estatutário da Associação Interamericana do Ministério Público, fundada por ocasião do Congresso de 1954, a cidade de Havana foi escolhida para a sede do III Congresso, o qual efetivamente ali se reuniu, em novembro de 1957.

Investido na presidência da Associação Interamericana, pela honrosa confiança das delegações presentes no Congresso de São Paulo, ocorreu-me a idéia de levar ao Congresso de Havana uma síntese de princípios éticos, que se consubstanciou no "Decálogo do Promotor de Justiça".

Adotado como "Carta de Princípios" do Ministério Público das Américas, em sessão plenária do Congresso de Cuba, o "Decálogo" veio a figurar como tema oficial do I Congresso do Ministério Público da Venezuela, em 1959."

Continuando na sua explanação Cesar Salgado esclareceu, ainda, que "agora, transcorridos quinze anos da apresentação do "Decálogo", aqui me encontro entre os participantes do I Congresso Amazonense do Ministério Público, o prezado colega Dr. João dos Santos Pereira Braga, digno de justos louvores por este empreendimento, que lhe confere título de benemerência."

E completa: "Para corresponder a essa gentileza que tanto me sensibiliza, eu me lembrei de oferecer-vos, meus caros colegas amazonenses, o "Decálogo do Promotor de Justiça interpretado e comentado, segundo o meu entendimento".[8]

Decálogo do Promotor de Justiça Interpretado

I - AMA A DEUS ACIMA DE TUDO E VÊ NO HOMEM MESMO DESFIGURADO PELO CRIME, UMA CRIATURA À IMAGEM E SEMELHANÇA DO CRIADOR.

Aqui se revela uma profissão de fé, pois amar a Deus é crer em Deus. E essa crença num Ser Supremo, que é a fonte da vida, implica necessariamente no amor da criatura ao Criador.

E, por que no mandamento primeiro não se determinou ao homem que adorasse, servisse a Divindade? Porque amor é plenitude. Todas as virtudes

[8] abril a dezembro de 1975 ano XII - nº 33 - pag. 51

nele se fundem. “Nós somos o infinito no amor. E, por ele, podemos chegar até Deus”.

Mas, se o primeiro mandamento é “de todos o maior”, outros há, que se lhe assemelha, conforme a expressão do evangelista: “Ama o teu próximo como a ti mesmo”.

É o mandamento do amor ao próximo que nos ensina a reconhecer no homem mesmo deformado pelo crime, uma criatura à imagem e semelhança do Criador. Cabe, aqui a exortação de Dostoiewsky: “Irmãos, não temais o pecado dos homens: amai o homem mesmo no seu pecado porque um tal amor se avizinha daquele de Deus”.

Que o Promotor de Justiça jamais se esqueça de que só o amor pode vencer o ódio.

Assim está na oração do “Poverello” de Assis.

“Senhor! Onde houver ódio, faze que eu leve o amor”.

II – SÊ DIGNO DE TUA GRAVE MISSÃO, LEMBRA-TE DE QUE FALAS EM NOME DA LEI, DA JUSTIÇA E DA SOCIEDADE.

A lei é a expressão da consciência jurídica da nacionalidade. É a norma que se impõe a todos os poderes da terra. “Num país livre tem mais poder a lei do que os homens”. Mas a lei só se realiza pelo seu cumprimento.

Da letra fria do código até a sua execução há que vencer longo caminho. E, cabe, então ao Promotor de Justiça atuar para que a lei se realize plenamente.

O Ministério Público é, por excelência, o órgão que provoca a justiça a manifestar-se sobre o sentido da lei. Na sua ação está a resposta ao poeta da “Divina Comédia”, quando ele inquire e conclui:

“Le leggi son, ma chi pon mano ad esse? – Nullo”.

Nos países juridicamente organizados é o Ministério Público que segura e assegura a lei, vale dizer, que lhe dá vida. Porque, como bem acentua o brocardo latino, as leis em si mesmas nada valem a não ser pela ação de agentes idôneos que a movimentam.

“Leges ipsae nihil valeant, nisi actori idônea você munitae”.

Assim, seja como promovente da declaração da lei seja como fiscal de sua execução o Promotor Público comparece no drama judicial, investido de credenciais que o habilitam a falar em nome da lei e pela lei.

"A justiça – disse-o insigne pensador – é a medida do homem e do Estado. Dai se conclui que onde os homens e os Estados não praticam a justiça, a civilização perece. Porque ela é no dizer de Aristóteles a própria virtude. É a matriz dos bens elementares da sociedade. É um princípio transcendente, anterior ao Estado e inato na consciência do homem.

Detenha-se a força de todos os poderes da terra: amainem-se todas as paixões; calem-se todos os interesses; do ádito da consciência onde só imperam Deus e a lei, uma voz vai falar, a da Justiça: Ouçamo-la, ungidos de respeito e de temor, pois a palavra que se anuncia não é a do coração, mas a da razão. Ela é, por excelência a palavra justa, douta como a sabedoria, serena como a virtude, inflexível como a verdade. É uma palavra armada, porque militante, por vezes impiedosa, mas sempre necessária".

Que os Promotores de Justiça tenham sempre presente esta proposição do Alvará de 5 de junho de 1595:

"Aqui, todos os Poderes se curvam diante da Justiça, virtude primeira e sobre as outras mais excelentes".

A Sociedade, no sentido político é uma agremiação de homens, vinculados por interesses comuns.

Quando a ofensa ao direito de um de seus membros exorbita do âmbito, estritamente privado para o âmbito social, aí a sociedade se vê atingida do mal resultante do atentado.

Na vigência dos sistemas processuais acusatório e inquisitório, ninguém falava em nome da sociedade. Não havia um órgão com atribuições específicas para representá-la perante a justiça. Foi com o advento do Ministério Público que a sociedade obteve ingresso no Pretório, sob o patrocínio de um agente que de procurador do rei, haveria de constituir-se em advogado da mesma sociedade.

E, vem a propósito evidenciar que, desde as suas origens, o Ministério Público, como nos revela Montesquieu em "De l`Esprit des Lois", tinha o encargo de velar pela sociedade: "La partie publique veille pour les citoyens; ele agit, et ils sont tranquilles".

Ai se vê o Ministério Público investido de atribuições para falar aos poderes da terra em nome da sociedade.

Nenhum mandato mais alto e mais nobre poderia ser confiado ao Promotor de Justiça.

III – SÊ PROBO. – FAZE DE TUA CONSCIÊNCIA PROFISSIONAL UM ESCUDO INVUNERÁVEL ÀS PAIXÕES E AOS INTERESSES.

A probidade confunde-se com a honra, a honestidade, o pundonor.

"Um homem honesto é a mais bela obra de Deus" – preceitua Burns (Cotter´s Saturday Night).

"Todos prezam a virtude – escreveu SHAKESPEARE em Troilus e Cressida – Mas o homem de bem considera a honra mais preciosa do que a vida".

Se o homem comum assim deve apreciar a honra, que dizer dos que têm sob sua guarda bens imensos, que não são seus, mas pertencem ao patrimônio da própria sociedade?

A história nos ensina que as paixões e os interesses não se detêm ante quaisquer obstáculos para atingir os seus fins. Todos os recursos lhe são úteis: a corrupção, o suborno, a ameaça, a difamação, a violência. Podem esses recursos dobrar os que se rendem a injunções inconfessáveis. Mas nunca poderão vencer a resistência do Promotor de Justiça, que se resguarda dentro da própria consciência para repelir os assaltos da improbidade.

IV – SÊ SINCERO. PROCURA A VERDADE E CONFESSA-A EM QUALQUER CIRCUNSTANCIA.

"A sinceridade é a linguagem do coração para mostrar o que somos; é o amor da verdade; é a repugnância da dissimulação; é o propósito de ressarcir as nossas faltas e de atenuá-las com o mérito da confissão" (La Rochefoucaud, "Reflexions Diverses")

A justiça busca a verdade no processo. De igual modo, o Promotor. E, uma vez que a verdade se manifesta, através das provas colhidas na instrução processual, impõe-se ao Promotor reconhece-la, ainda que em desabono da tese da acusação.

O Promotor de Justiça deve procurar, por certo, a condenação do infrator. Mas, se os elementos de convicção, colhidos no processo, não lhe endossarem o libelo, cabe-lhe aceitar sem subterfúgios a realidade.

O objetivo primordial do Ministério Público não é a condenação do réu, mas a realização da justiça.

Que o Promotor de Justiça jamais se utilize de ardis, sofismas ou artimanhas para impedir que o pronunciamento da justiça contrarie a sua pretensão. No duelo judiciário, o Promotor deve ter a nobreza de abater suas armas, em homenagem à verdade e à justiça.

V – SÊ JUSTO. QUE TEU PARECER DÊ A CADA UM O QUE É SEU.

É fácil ser bom – pondera Vitor Hugo em "Os Miseráveis" – o difícil é ser justo.

Quando o Promotor se erguer na tribuna da acusação em defesa da sociedade, vulnerada pelo crime, que se isente de quaisquer influências sentimentais, pois não é o coração e sim a razão que deve prevalecer no processo.

Injusto seria o Promotor, se levado tão só pela bondade, deixasse de reconhecer a evidência de prova, para isentar o réu da punição merecida. Assim procedendo, pecaria ele contra a Justiça e trairia os interesses que a sociedade lhe confiou.

Ser Justo significa "dar a cada um o que é seu". "Suum cuique tibúere".

Faça-se justiça ao réu, quando ele é inocente; mas faça-se justiça à sociedade quando ele é culpado.

VI – SÊ NOBRE. NÃO CONVERTAS A DESGRAÇA ALHEIA EM PEDESTAL PARA TEUS ÊXITOS E CARTAZ PARA TUA VAIDADE.

Ser nobre é conduzir-se dentro de princípios inflexíveis, que excluem qualquer ato inconciliável, com um espírito superior.

À nobreza é a irradiação dos mais puros sentimentos da criatura humana. É ela que dá testemunho de virtudes, não menos excelentes, porque as pressupõe. Irreconhecível seria a nobreza sem o amor, a bondade, a justiça, o altruísmo.

É lícito dizer-se que o homem virtuoso se aprimora na prática da nobreza.

De tudo decorre que o Promotor de Justiça, realmente nobre, não se prevalecerá das prerrogativas de seu cargo, em detrimento do réu.

Indigno seria o Promotor que se valesse do infortúnio alheio para fazer alarde de seus méritos intelectuais.

O Forum não é palco para exibições da vaidade. Nem deve a eloquência servir a outros interesses senão os da justiça.

Que não se procure a condenação do réu como êxito pessoal, mas tão só como um imperativo ditado pela lei.

VII – SÊ BRAVO, ARROSTA OS PERIGOS COM DESTEMOR, SEMPRE QUE TIVERES UM DEVER A CUMPRIR, VENHA O ATENTADO DE ONDE VIER.

A verdadeira bravura é a bravura moral. Não são os arreganhos dos prepotentes sediados na cúpula do mando, nem as bravatas dos espadachins, dispostos a todas as audácias.

Esses medalhões, arrogantes e burlescos, que fazem tremer o mundo, esses medalhões, quando são chamados a definir-se em face de determinada situação de ordem moral, revelam-se integralmente pusilânimes. E, então curvam-se com todas as mesuras de sua subserviência aos poderosos, que lhes cassam a prosápia e os exibem como pobres títeres, sem a máscara de dignidade que os disfarçava.

O homem, autenticamente bravo não alardeia o próprio valor. Mas se o perigo se apresenta e se o dever lhe indica uma atitude, ei-lo que se ergue, impávido e pronto para a luta, sem renúncias nem transigências, venha o atentado de onde vier.

Essa é a bravura que eleva e dignifica. Essa é a bravura de que deve armar-se o Promotor de Justiça.

VIII – SÊ CORTÊS. NUNCA TE DEIXES TRANSPORTAR PELA PAIXÃO, CONSERVA A DIGNIDADE E A COMPOSTURA QUE O DECORO DE TUAS FUNÇÕES EXIGE.

"À cortesia é a flor da humanidade; quem não é suficientemente cortês não é humano" – J. Joubert, "Penseés".

A cortesia é um regime que identifica o homem superior, em qualquer circunstância da vida, mesmo nos momentos mais graves.

Aquele capitão francês, que antes da batalha, se dirigiu ao inimigo convidando-o a romper o fogo, "Messieurs les anglais, tirez-vous le premiers" – levou à posterioridade um exemplo admirável.

"A cortesia nada custa e tudo ganha" – ensina M. Wortley Montagne, em "Letters".

Quantas vezes, uma palavra amável, um gesto, um sorriso vencem antipatias, desarmam prevenções, restauram a confiança. O homem cortês é sempre lhano, afável, cordial. Ele sabe manter de longe a matilha das paixões.

Lamentável seria que o Promotor de Justiça, deixando de ser cortês, comprometesse a dignidade e o decoro, que deve manter no exercício de suas funções:

Se queremos ser civilizados, sejamos corteses.

IX – SÊ LEAL. NÃO MACULES TUAS AÇÕESCOM O EMPREGO DE MEIOS CONDENADOS PELA ÉTICA DOS HOMENS DE HONRA;

Ser leal é ser sincero, franco, honesto e fiel a seus compromissos. É revelar-se sem disfarces nem subterfúgios. É não trair a causa que lhe foi confiada.

À lealdade não se socorre de meios reprovados pela moral; não dá tréguas à hipocrisia; não se vende por preço algum.

À lealdade é a ordem cavalheiresca dos homens de bem. Em seus quadros há um lugar reservado para o Promotor de Justiça.

X – SÊ INDEPENDENTE. NÃO TE CURVES A NENHUM PODER; NEM ACEITES OUTRA SOBERANIA SENÃO A DA LEI.

A independência do Ministério Público em face dos Poderes do Estado tem raízes históricas que a explicam e levam a corrigir certos conceitos errôneos, ainda persistentes.

Quando o Ministério Público surgiu entre as instituições políticas e judiciárias da época, ele se apresentou com as características de funcionários do rei "gentes nostrae".

É o que está explicito naquela famosa exposição de Montesquieu e "De l'Esprit de Lois": "Temos hoje uma lei admirável: é que estabelece que o príncipe, incumbido das execuções das leis, nomeie um agente em cada tribunal para perseguir em seu nome todos os crimes".

A conclusão é nítida: O Ministério Público ai se manifesta como um órgão da soberania real. Seus agentes eram escolhidos pelo rei, em cujo nome promoviam a "persecutio criminis".

Suprimidas as monarquias de direito divino, após a Revolução Francesa, e instituídos os regimes democráticos, de coroa ou barrete frígio, a soberania transferiu-se para o povo ou mais precisamente, para a nacionalidade, estruturada politicamente no Estado.

Do exposto, resulta que os governos passaram a ser mandatários dessa soberania e não seus titulares.

Assim encarado o problema, em termos rigorosamente exatos, à vista da evolução dos institutos políticos, é de se concluir que somente em virtude de errônea interpretação dos fatos históricos se entendeu de subordinar o Ministério Público ao Poder Executivo.

Esse conceito, de longa vigência, deturpou o caráter original do Ministério Público de órgão de uma soberania.

Outra não é a opinião altamente autorizada de Michêle Laure Rassat, professor da Faculdade de Ciências Econômicas de Paris, no seu livro "Le Ministère Public entre son passé et son avenir". "Já dissemos que o direito de promover em matéria repressiva a acusação pública, bem como o de intervir no processo civil, que constituem atribuições fundamentais do Ministério Pú-

blico, são predicados necessários, da soberania. Se, no antigo direito os oficiais do Ministério Público eram agentes do poder real junto às cortes judiciárias agindo em nome do Rei, como seus delegados, é porque o Rei era soberano. Ora, depois da Revolução o artigo três da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Jamais desmentida no futuro, proclamou solenemente que:

"O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação".

Os membros do Ministério Público são portanto, e não podiam deixar de ser, representantes da nação, e em consequência de erro evidente que a doutrina sustenta unanimemente que eles são "agentes do poder executivo junto aos tribunais". Esta proposição, manifestamente inexata no terreno nos princípios, não encontra suficientes argumentos nos textos".

De acordo com o mérito do exposto nesse excerto, eu me permito discordar do ilustre professor Rassat, quando ele afirma que, no consenso unânime da doutrina, os membros do Ministério Publico continuam a ser meros "agentes do poder executivo".

Já em 1947, no Brasil, o anteprojeto de Código do Ministério Público do Estado de São Paulo, no seu artigo 1º, atribuía, com prioridade, ao Ministério Público o caráter de "órgão do Estado", o que importa no reconhecimento da autonomia da instituição liberta da tutela do Poder Executivo.

Com fundamento nessa conceituação, o Anteprojeto transcreveu, na sua Exposição de Motivos, estes lúcidos conceitos de Tomnaso Vila no seu livro "El Publico Ministero" (pag. 143): "O Ministério Público representa diante dos Tribunais a postetade executiva, ou seja, a ação da lei, a ação pública, tutora dos grandes interesses sociais, em cujo nome se provê a plena e rigorosa execução da lei. Não é ele o "representante do Governo", mas o representante daquela mesma ação executiva da qual o Governo é Ministro e que somente da lei deduz as suas regras".

Essa doutrina, ampliada nos termos do Anteprojeto de Código do Ministério Público do Estado de São Paulo, ganhou adeptos em nossa literatura jurídica, conforme se vê no recente Anteprojeto de Código de Processo Penal Brasileiro, em cujo artigo 92 se declara que o Ministério Público é "órgão do Estado".

Aceite-se, pois em definitivo, que o Ministério Público, ontem órgão da soberania real, é hoje órgão e partícipe da soberania do Estado", com autonomia de vontade, de objetivos e de poderes", segundo se lê em Giuseppe Sabatini (El Pubblico Ministero nel Drritto Processuale Penale", pag. 109).

Essa posição de inconfundível prestígio do Ministério Público valeu-lhe, desde os primeiros tempos, o reconhecimento de sua importância, como cons-

ta deste asserto de Bruneau em "De la hierarchie du Ministere Public", "Revue de la Histoire du Droit", 1860, pag. 171: - "No momento em que as forças ultrapassadas do antigo regime estão desaparecendo, a instituição do Ministério Público surge poderosa e forte, dotada de notáveis privilégios e de grande influência , com participação nos negócios políticos do Estado. Pelas altas prerrogativas conferidas a seus membros, compete-lhes, em caráter exclusivo e por excelência o título de oficiais do Rei".

Quando o Promotor de Justiça, investido das altíssimas atribuições de seu múnus, for chamado a agir em defesa da sociedade, ouça ele a voz do dever que lhe manda opor-se à ofensa, venha ela de onde vier, "dos particulares ou dos próprios poderes do Estado".

E que ele guarde sempre aquela áurea sentença do Procurador Cesarini.

"Onde principiam as funções judiciárias do Ministério Público, ai começa a Justiça, o "regnum Dei", o reino da consciência, em que só Deus impera".

No I Congresso Amazonense do Ministério Público, em que Cesar Salgado apresentou o seu "Decálogo do Promotor de Justiça" interpretado e comentado, foi ele homenageado, em nome do Instituto Geográfico e Histórico do Amazonas, usando da palavra Rogério dos Santos Pereira Braga.

Disse o orador: "Ao meditar hoje cedo sobre as palavras que em nome do Instituto Geográfico e Histórico do Amazonas diria nesta solenidade soleníssima, a primeira idéia que me ocorreu foi a de afirmar ser a reunião de hoje um ato público de fé, de esperança e de reconhecimento, tudo reunido no exemplo que nós, jovens de hoje, guardados pelo sodalício ou escondidos na simplicidade dos bancos acadêmicos, colhemos de Cesar Salgado, por sua vida toda, fazendo-o o fio do prumo de nossa vida, quando assim, alcançaremos com sucesso a nossa realização".

E mais: "Tem tido, por toda sua vida, desde a juventude, fase que ainda vive, pelo espírito de boa vontade de bem servir à instituição de que é mestre inigualável, o concretizador, com opulência verbal, das idéias fecundas, com segurança de expressão, vigor e elegância tais, que poucos se tem igualado na fluência e grandeza da frase".

E salientando a sua permanente lida pela Instituição que abraçou, dí-lo "portador de grande nome feito nas lides do Ministério Público e na prática da Justiça, onde se fizesse necessário, tem, sempre e sempre, representando símbolo e imagem de justeza de caráter, cumprimento do dever, pregador da fé, da unidade dos homens em derredor da verdade e da Lei".

A par de sua dedicação ao Ministério Público Cesar Salgado não se descuidou do lado intelectual, mantendo intensa atividade através de es-

critos e de palestras sendo eleito, em 28 de setembro de 1966 para a Academia Paulista de Letras para a cadeira nº 24, tendo como patrono o poeta Quirino dos Santos, sucedendo ao poeta Aristêo Seixas.

Em seu discurso de posse Cesar Salgado, saudado pelo poeta Guilherme de Almeida, fez o panegírico de seu antecessor.

De Carlos Ferreira, o fundador, esclareceu que "prosador e teatrólogo, suas peças colheram vivos aplausos das plateias de São Paulo e do Rio" e "a láurea acadêmica foi-lhe conferida em 1909, com o título de "fundador", quando da instalação da Academia Paulista de Letras".

De Aristêo Seixas contou que "dentre de muitas polêmicas de Aristêo, cita-se com prioridade a em que ele se defrontou com Vicente de Carvalho por motivo da publicação do livro de poesias "Névoa", de Amadeu Amaral". Esclareceu, ainda, que "ao cabo da porfiada contenda em que Aristêo disse quanto lhe aprove dizer, os altercantes se reconciliaram e viveram como bons e leais amigos, não obstante a disputa em que se empenharam, em 1911, da mesma cadeira desta Academia, e que terminou com a vitória de Vicente por um voto.

Em 1913, Aristêo bate de novo à porta do "primeiro cenáculo paulista" onde vem a ocupar a poltrona de Quirino dos Santos e Carlos Ferreira".

De Guilherme de Almeida, que o recebeu, saudou o "Príncipe dos Poetas", salientando que "Guilherme de Almeida é uma glória de nossa raça, se seu canto nos faltasse, o poema de nossa grandeza estaria incompleto. Faltaria alguém ao lado do Santo, do Herói e do Guerreiro: faltaria o Poeta. E é ele, Guilherme de Almeida, o Príncipe-Encantado, que me estendeu a mão no pórtico desta Academia".

E o poeta Guilherme de Almeida, em oração cercada de enfase lembrou-lhe que "do vetusto convento franciscano partistes, superiormente senhor do Direito na sua clássica dualidade – a Dura Lei e as Belas Letras – para a paulatina mas legítima afirmação de ambas, que é o que vendo a pauta segura do vosso incessante labora. A farta meda de abundante messe que é a vossa obra jurídico-literária: inumeráveis discursos, estudos, monografias, críticas, teses, artigos que não conhecem fronteiras geográficas, levados sempre pelos vossos tantos mistérios e tão crescente saber a todos os continentes."

E, terminando liricamente com a "patética beleza do rosário de antônimos que se desfia do rompido torçal que é essa vossa página de amor e ódio, de belo e horrendo, de nobre e vil, de heróico e covarde, de humano e bestial – página tocada de eternidade – vem trazer-no a nos desta Academia Paulista de Letras, uma certeza a mais e uma dúvida a menos de que existe, de fato uma imortalidade acadêmica.

Ava Cesar, “imortalitas te salutat”.

Aposentado por ato do dia 13 publicado no Diário Oficial do dia 14 de julho de 1965, no cargo de Procurador de Justiça, Cesar Salgado, como se teve oportunidade de ver, manteve intensa atividade continuando a participar de Congressos, mantendo como principal objetivo a divulgação do papel do Ministério Público e o aperfeiçoamento do Ministério Público de São Paulo.

Seu falecimento ocorreu em 8 de abril de 1979, “nesta Capital, com a idade de 84 anos, e, de acordo com a sua vontade, seu corpo foi trasladado para a cidade de Pindamonhangaba e sepultado no cemitério local no jazigo da família”.[9]

Inúmeras foram as homenagens que lhe foram prestadas.

Dias depois, a 18 de abril, em sessão plenária da Academia Paulista de Direito, o Desembargador Mário Hoeppner Dutra evocou a pessoa do falecido: “Cesar Salgado deixou o reino dos homens, levado que foi pela Paca inexorável. E hoje, todos nós, seus amigos e admiradores, cultuamos sua memória, venerando a chama de seu gênio que não se apagou e permanecerá entre nossos espíritos para todo o sempre, dentro do exemplo dignificante que foi sua vida e existência”.[10]

Na posse do sucessor de Cesar Salgado na mesma Academia, o Desembargador Mário Hoeppner Dutra reiterou as homenagens: “Cesar Salgado é sua chama que não se apaga e que, entre nós, permanecerá votiva para todo o sempre, desde que sua alma explende o exemplo dignificante que foi sua vida e existência. Há de estar sempre presente aqui, ao nosso lado, tal como o sinto agora, não premido somente pela saudade sem fim, mas em muito mais do que isso, porque em tudo transcendeu ele à morte”.[11]

Também a Academia Paulista de Letras não esqueceu o seu ilustre confrade.

A primeira parte da sessão extraordinária realizada a 19 de abril foi dedicada à memória do Acadêmico falecido, tendo falado na oportunidade, após o Presidente do Silogeu, dr. Francisco Marins, os Acadêmicos Pedro Chaves, Ataliba Nogueira, Oliveira Ribeiro Neto, Fernando Goes, Honório de Sylos, Paulo Bomfim, Pedro Ferraz do Amaral, Lycurso de Castro Santos Filho e Hernani Donato”.[12]

[9] Justitia - ano XLI - Vol. 105 Pag. XIII

[10] “Perfis” - pag. 120

[11] Idem - pa. 172

[12] Justitia - ano XLI - Vol. 105 pag. XIV

Também "no Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, na sessão de 18 de abril, o Presidente da entidade, Dr. José Pedro Leite Cordeiro, evocou a figura do eminente paulista, sendo secundado pelo professor Ataliba Nogueira, que propôs um voto de profundo pesar pela perda do grande historiador do Vale do Paraíba e "Promotor das Américas".[13]

"À sala do Tribunal do Júri do Forum da Comarca de Pindamonhangaba, foi dado o nome de "Dr. José Cesar Salgado" como também um dos presídios de Tremembé".[14]

Cesar Salgado que integrou o Ministério Público por cerca de cinquenta anos, mesmo aposentado, continuou a fazer da Instituição a que servira, a causa maior de sua vida, dedicando-se a divulgar o seu papel e a destaca-lo como órgão indispensável para a sociedade.

Justo, portanto, que seja para sempre o Promotor das Américas.

Algumas das Entidades a que Pertenceu

- Presidente Honorário "Ad Vitam" da Associação Interamericana do Ministério Público
- Diretor do Instituto Latino-Americano de Criminologia das Nações Unidas
- Presidente da Federação Brasileira das Associações dos Antigos Alunos da Companhia de Jesus
- Presidente do Patronato São Paulo
- Membro do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo
- Membro do Instituto de Estudos Genealógicos de São Paulo
- Membro do Instituto de Direito Social
- Membro da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo
- Membro Honorário do Instituto Peruano de Direito Processual
- Membro Honorário da Sociedade Argentina de Sexologia, Biotipologia e Eugenésia
- Membro Honorário do Instituto de Criminologia da Argentina
- Membro do Comité Franco-Amérique

Alguns dos Muitos Trabalhos Publicados

- O Ministério Público em face do anteprojeto do Código de Processo Penal
- As penas no anteprojeto Nelson Hungria

[13] Idem - pag. XIV

[14] "Biografias" de Francisco Piorino Filho - 9 / 14

- Manoel da Costa Manso, homem do direito
- José Antônio Pimenta Bueno – Bandeirante do Direito Brasileiro
- Campos Sales o precursor da independência do Ministério Público no Brasil
- O regime da prova no Código de Processo Penal
- Especialização da magistratura criminal
- O caso Eichmann a luz da moral e do direito
- O Ministério Público e os atributos de sua dignidade
- Ministério Público. Unidade e indivisibilidade da Instituição
- Vultos e fatos do Ministério Público do Rio Grande do Sul
- Conflito de atribuições. Independência do Ministério Público em face da magistratura

Busto no Palácio da Justiça
Clóvis Bevilaqua

D. Maria Pereira Cesar Salgado e a efigie de seu esposo

II CONGRESO INTERAMERICANO DEL MINISTERIO PUBLICO

HABANA - CUBA

* * *

DECALOGO DEL FISCAL

1 — *Ama a Dios sobre todas las cosas y vé en el hombre, aún contaminado por el crimen, sólo a una criatura, imagen y semejanza del Creador.*

2 — *Sé digno de tu importante misión. Acuérdate de que hablas en nombre de la Ley, de la Justicia y de la Sociedad.*

3 — *Sé probo. Haz de tu conciencia profesional un escudo invulnerable a las pasiones y a los intereses.*

4 — *Sé sincero. Busca la verdad y confiésala en cualquier circunstancia.*

5 — *Sé justo. Que tu opinión dé a cada uno lo suyo.*

6 — *Sé noble. No conviertas la desdicha ajena en pedestal para tus éxitos ni en motivo donde se reflejen tus vanidades.*

7 — *Sé valiente. Arrostra los peligros sin temor siempre que tuvieres un deber que cumplir, venga el daño de donde viniere.*

8 — *Sé cortés. Jamás te dejes llevar de la pasión. Conserva la dignidad y compostura que el decoro de tus funciones exige.*

9 — *Sé leal. No mancilles tus actos con el uso de medios condenados por la ética de los hombres de honor.*

10 — *Sé libre. No te inclines ante ningún poder ni aceptes otra soberanía, a no ser la de la Ley.*

J. A. CESAR SALGADO,
Presidente de la Asociación Interamericana.
del Ministerio Público.

DECÁLOGO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

1. *Ama a Deus acima de tudo e vê no homem, mesmo desfigurado pelo crime, uma criatura à imagem e semelhança do Criador.*
2. *Sê digno de tua grave missão. Lembra-te de que falas em nome da Lei, da Justiça e da Sociedade.*
3. *Sê probo. Faze de tua consciência profissional um escudo invulnerável às paixões e aos interesses*
4. *Sê sincero. Procura a verdade e confessa-a, em qualquer circunstância.*
5. *Sê justo. Que teu parecer dê a cada um o que é seu.*
6. *Sê nobre. Não convertas a desgraça alheia em pedestal para teus êxitos e cartaz para tua vaidade.*
7. *Sê bravo. Arrosta os perigos com destemor, sempre que tiveres um dever a cumprir, venha o atentado de onde vier.*
8. *Sê cortês. Nunca te deixes transportar pela paixão. Conserva a dignidade e a compostura, que o decoro de tuas funções exige.*
9. *Sê leal. Não macules tuas ações com o emprego de meios condenados pela ética dos homens de honra.*
10. *Sê independente. Não te curves a nenhum poder, nem aceites outra soberania senão a da Lei.*

J. A. CÉSAR SALGADO,
Presidente da Associação Interamericana
do Ministério Público

ESTATUTOS DE LA ASOCIACION INTERAMERICANA DEL MINISTERIO PUBLICO

CAPITULO I

Denominación, sede y fines

Art. 1º.—La Asociación Interamericana del Ministerio Público, fundada en la ciudad de Sao Paulo, Brasil, el día 26 de noviembre de 1954, por deliberación del I Congreso Interamericano del Ministerio Público, tiene su sede provisional, en la misma ciudad.

Art. 2º.—La Asociación Interamericana del Ministerio Público (A. I. M. P.) se destina a estrechar los vínculos de aproximación y de solidaridad entre el Ministerio Público de los países americanos, y a esforzarse por el establecimiento de una orientación común, a la vista de los problemas fundamentales concernientes a la Institución.

Art. 3º.—Para realizar esos objetivos le compete:

a)—Promover la fundación de la Asociación Internacional del Ministerio Público;

b)—Pugnar por la independencia del Ministerio Público;

c)—Comunicar a los órganos oficiales o de clase de los países americanos, resoluciones, datos e informes de interés común;

d)—Estimular el espíritu de solidaridad y de colaboración entre esos órganos, por medio de un intercambio cultural y científico, con la permuta de informes, publicaciones y consultas, realización de conferencias, cambio de visitas y empleo de cualquier otros medios adecuados para aquel fin;

e)—Estimular la fundación de asociaciones del Ministerio Público y la publicación de periódicos y revistas, como órganos representativos de las entidades de clase;

f)—Publicar la Revista Internacional del Ministerio Público;

g)—Colaborar en la realización del Congreso Interamericano del Ministerio Público;

h)—Conmemorar el día 26 de noviembre, el "Día Interamericano del Ministerio Público".

Art. 4º.—El Congreso Interamericano del Ministerio Público se realizará cada tres años, en lugar escogido por la Asamblea General de la Asociación, durante el Congreso anterior.

Art. 5º.—La Asociación Interamericana del Ministerio Público tendrá por sede la ciudad donde se hubiera realizado el último Congreso, permaneciendo ahí hasta la reunión del siguiente.

Art. 6º.—El encargo de la publicación de la Revista Interamericana del Ministerio Público lo tendrá la Asociación.

Art. 7º.—La Asociación podrá adoptar un distintivo oficial para uso de sus asociados.

CAPITULO II

De los órganos de la Asociación

Art. 8º.—Son órganos de la Asociación:

a)—La Directiva;

b)—El Consejo de Delegados;

c)—El Buró Nacional;

d)—La Asamblea General.

Art. 9º.—La Directiva está constituida por un presidente, un vice-presidente, dos secretarios (1º y 2º), y dos tesoreros (1º y 2º), con mandatos por el período que medie entre la realización de dos Congresos.

Art. 10.—El Consejo de Delegados se compone de un representante del Ministerio Público de cada país americano, designado por el respectivo Procurador General.

Par. Unico.—La designación podrá recaer en un miembro del Ministerio Público del país donde se encontrare la sede de la Asociación.

Art. 11º.—Integran la Asamblea General los socios de la Asociación con derecho a voto, según preceptúan los Estatutos.
Art. 12º.—La Directiva se reunirá ordinariamente una vez por mes y, extraordinariamente, siempre que fuere convocada.
Art. 13º.—Cabe al presidente:

a)—Representar a la Asociación, judicial y extrajudicialmente, y en cualquier circunstancia, donde se haga menester;

b)—Presidir las reuniones de la Directiva y las del Consejo de Delegados y convocarlas ordinaria y extra-ordinariamente;

c)—Presentar anualmente al Consejo de Delegados una exposición de las actividades de la Asociación;

d)—Movimentar los fondos y depósitos bancarios de la Asociación;

e)—Autorizar los gastos.

Art. 14º.—Compete a los vice-presidentes substituir al presidente en sus faltas, impedimentos y ausencias.
Art. 15º.—Cabe al 1º secretario:

a)—Organizar y dirigir los servicios de la Secretaría;

b)—Dar ejecución a las deliberaciones de la Directiva y del presidente;

c)—Distribuír y encaminar el expediente de la Asociación;

d)—Ejercer las funciones de secretario en las reuniones de la Directiva y del Consejo de Delegados.

Art. 16º.—Cabe al 2º secretario:

a)—Organizar el servicio de documentación y el fichero de la Asociación;

b)—Auxiliar al 1º secretario y substituírlo en sus faltas, impedimentos y ausencias.

Art. 17º.—Compete al 1º tesorero:

a)—Guardar el producto de la cobranza y efectuar el pago de los gastos previamente aprobados por la Directiva o por el presidente;

b)—Guardar los valores que le fueren confiados por la Directiva o por el presidente;

c)—Registrar los libros de cobranza y de gastos;

d)—Presentar mensualmente a la Directiva, una exposición del movimiento de la tesorería.

Art. 18º.—Compete al 2º tesorero substituír al 1º en sus faltas, impedimentos y ausencias.

Art. 19º.—El Consejo de Delegados se reunirá ordinariamente cada dos meses y, extraordinariamente, cuando sea convocado por el presidente o por un tercio de sus miembros.

Art. 20º—Compete al Consejo de Delegados:

a)—Representar a la Directiva sobre asuntos de interés de la clase;

b)—Designar tres vocales para que tomen parte en las reuniones de la Directiva, con derecho de voto, cuando sean especialmente convocados, en casos extraordinarios;

c)—Enterarse, anualmente, del relatorio de la Directiva y decidir sobre su mérito;

d)—Colaborar en los trabajos de la Revista Interamericana del Ministerio Público.

Art. 21º.—La Asociación será representada en cada país americano por un Buró Nacional constituído por cinco miembros.
Par. Unico.—Esos representantes serán designados por la Junta Directiva de la Asociación entre los miembros del Ministerio Público del respectivo país.

Art. 22º.—La Asamblea General que se reunirá durante cada Congreso Interamericano del Ministerio Público, tiene las siguientes atribuciones:

a)—Enterarse del relatorio de las actividades de la Asociación, al final del período;

b)—Elegir a la nueva Directiva de la Asociación;

c)—Designar la sede del futuro Congreso;

d)—La reforma de los Estatutos.

CAPITULO III

De los socios de la Asociación

Art. 23º.—Son socios natos de la Asociación los Procuradores Generales de los países americanos, y, fundadores, los miembros del I Congreso Interamericano del Ministerio Público.

Art. 24º.—Son socios adherentes los miembros del Ministerio Público americano, que solicitaren su inscripción.

Art. 25º.—Los socios están obligados a pagar la anualidad de U. S. $10.00 (diez dólares).

Art. 26º.—Les cabe el derecho de participar de la Asamblea General, recibir la Revista, usar el distintivo social y representar a la Asociación, cuando fueren designados especialmente.

Disposiciones Generales

Art. 27º.—La Asociación Interamericana del Ministerio Público podrá ser disuelta solamente por la Asamblea General, cuando se vea imposibilitada de cumplir su programa.
Par. Unico.—En caso de disolución, la Asamblea resolverá acerca del destino del patrimonio social.

Art. 28º.—Por deliberación conjunta de la Directiva y del Consejo de Delegados o de la Asamblea General, podrá ser concedido el título de presidente de honor o de socio benemérito a las personas que hayan prestado relevantes servicios a la causa de la justicia a la Asociación.

Art. 29º.—Queda instituída la "Medalla del Ministerio Público", destinada a premiar a los miembros de la clase que se hayan distinguido por señalados méritos morales e intelectuales, a juicio de la Asamblea General.

Art. 30º.—El Ministerio Público de cada uno de los países americanos contribuirá con la cuota anual de U. S. $200.00 (doscientos dólares), para los gastos de la Asociación y publicación de la "Revista".

Art. 31º.—Los presentes Estatutos fueron elaborados por la Mesa del I Congreso Interamericano del Ministerio Público, a la vista de las sugestiones de los órganos de clase de varios países americanos, y aprobados por la Directiva de la Asociación.

Sao Paulo, Brasil, 21 de Octubre de 1957.

J. A. César Salgado
Presidente

Vida e Obra do Professor Antonio de Queiróz Filho

Hermano Roberto SANTAMARIA
Promotor de Justiça aposentado

Dados Biográficos

Se abrirmos as páginas da história do Ministério Público do Estado de São Paulo, verificaremos que diversos dos seus membros muito enobreceram a instituição pelo brilho de suas atuações.

Um deles foi, sem dúvida alguma, Antônio de Queiros Filho, que ingressou na carreira em 1932 e se aposentou em 24 de junho de 1960.

Nasceu Queiroz Filho, em 14 de janeiro de 1910, em Caconde, no Estado de São Paulo.

Era filho de Antônio Porto de Queiroz e de Maria Eugênia Fernandes de Queiroz.

Posteriormente, ingressou na faculdade de Direito do largo São de Francisco.

Foi orador oficial do Centro Acadêmico Onze de Agosto.

Sobre sua atuação disse o eminente jurista Magalhães Noronha em oração que proferiu na Academia Paulista de Direito ("Justitia", 79/438):

"Palavra fluente, dialética precisa e elegância de estilo, destacava-no nos debates com os colegas".

É o que observamos na oração com que saudou o General Isidoro

Dias Lopes, na homenagem que lhe foi prestada no Teatro Municipal de São Paulo, em 12 de junho de 19311 expressando-lhe a solidariedade da mocidade acadêmica paulista.

"O regime atual já não estadeia a bandeira do liberalismo, que até bem pouco tremulava ao sopro sadio dos ideais brasileiros". A mortalha das ditaduras envolve as nossas tradições liberais e estende a sua sombra ao longo da estrada do porvir rasgado pelos heróis e salpicado pelo sangue dos nossos mártires.

A integração do Brasil no regime da verdade republicana é, no momento, a finalidade dos moços que me incumbiram de vos trazer a palavra a palavra da sua sinceridade.

A fé inabalável no futuro brasileiro, que transfigura o desfalecimento pela consciência de que lançamos em terreno fértil a única semente capaz

de fecundar nas raízes de um regime político, o gérmem de sua eternidade - a semente da liberdade. Que importa o trabalho imenso e as imensas dificuldades. É o destino inelutável da nossa geração de moços.

A construção da democracia dos povos neo-ibéricos, - é o papel histórico da juventude latina americana. Somos uma geração que aflorou em pleno cataclismo social. Nosso pensamento surgiu na conflagração europeia e o nosso espírito adolesceu nessa questão social que imprime novos rumos à marcha desorientada da civilização moderna. E se não somos uma geração enferma, condenada ao silêncio da história, urge que aceitemos os problemas que ela deixou pesar sobre os nossos ombros, e de cujas as soluções dependem a felicidade e o porvir brasileiros.

Se os nossos antepassados se sacrificaram na conquista da terra e se imolaram na edificação de uma nacionalidade, - foi para que tivéssemos uma Pátria para servir a um patrimônio de tradições para zelar. E essa Pátria conquistada pelo sangue dos nossos maiores, cultivada pelo suor de nossos pais e regada pelas lágrimas de nossas mães, hoje, mais do que nunca, solicita o fermento de nosso trabalho e o quinhão dos nossos sacrifícios. E para vós, General Isidoro, não é somente a mocidade que se volta, é todo o povo de São Paulo, porque representais a abnegação, a força que luta por uma Pátria melhor e que não visa a compensação subalterna dos postos de mando, onde se esgota as vaidades, mas não se satisfazem os ideais. A Festa de hoje alcança o significado de uma glorificação popular. E quem é que forja a tessitura desta glorificação?

É São Paulo!

Queiroz Filho teve participação ativa na Revolução Constitucionalista de São Paulo em 1932. Atuou no setor de radiodifusão a convite de Paulo Setúbal.

Tornou-se um grande admirador do saudoso escritor paulista, sobre quem pronunciou uma palestra em Santos, no Centro de Cultural “Paulo Gonçalves” no dia 4 de maio de 1938, por ocasião do primeiro aniversário de seu falecimento.

Em 1932, quando ingressou no Ministério Público, - Queiroz Filho foi servir na distante Comarca de Bananal. Depois foi para a Comarca de Cunha. Em 1934 contraiu matrimônio com Zenaide Lessa César.

Num exemplar que doou à esposa, no dia do casamento, Antônio de Queiroz Filho escreveu: “Útil aos meus semelhantes, - bom para Zenaide e digna de vós, Senhor”.

Foi promovido para a Comarca de Batataes.

Em 14 de maio de 1935, ocasião em que foi promovido para a Comarca de Piracicaba, foi homenageado pela sociedade de Batataes com um banquete realizado no Hotel São Paulo, daquela cidade, segundo consta da "A Folha de Batataes" de 18 do referido mês e ano.

Enquanto esteve lotado em Piracicaba foi designado pela Procuradoria Geral para prestar serviços em comarcas importantes como as de Ribeirão Preto, Campinas e Santos.

Promovido para a Comarca da Capital, Queiroz filho, exerceu nesta o cargo de 4° Promotor, sendo que trabalhava em sala vizinha a de Edgard Noronha, com quem tinha o maior convívio.

Em 1945, quando exercia o cargo de 13° Promotor Público da Capital foi convidado pelo Secretário da Justiça, doutor Marrey Júnior para dirigir o Departamento de Presídios do Estado.

Tomando posse no dia 4 de abril de 1946, pronunciou o seguinte discurso:

"Promotor de Justiça, há longos anos, compreendendo sempre que a verdadeira função da justiça penal não se esgota no âmbito dos tribunais, mas, ao contrário, somente alcança a plenitude das suas finalidades através de regimes penitenciários capazes de reintegrar os egressos da vida carcerária na ordem da convivência social, não pretendo, no desempenho dos novos encargos, senão, continuar trabalhando com o mesmo espírito de devoção à causa da justiça, devotamento que não é virtual de moral, - mas a própria tradição do Ministério Público Paulista: escola à cuja sombra, em grande parte, se processou a minha formação intelectual.

Os graves problemas da antropologia correcional, problemas vivos, impregnados de dor e palpitantes de sofrimento humano, sem dúvida, sempre, concitam o nosso pensamento e convocam a nossa sensibilidade para um esforço, nunca em demasia louvado, de compreensão, de bondade simpatia.

Mas infelizmente, os dados de qualidade meramente sentimental não encerram a chave de solução para tais problemas. "A pena deve ter como finalidade – ensino Quintilhiano Saldanha – correção – de culpado, mas não por meio de auto sugestão de arrependimento sentimental, que fica acima da natureza. É na própria natureza humana, que se deve fazer surgir novos hábitos, criar novas necessidades e enraizar, servindo-se dos verdadeiros interesses sociais, como a família e o trabalho, "instinto de sociabilidade, que lhe falta".

A ciência dos regimes penitenciários, é hoje, a cada passo, enriquecida e renovada pelos esclarecimentos das ciências que lhe são anexas. A sua apli-

cação e os seus métodos práticos formam, assim, um processo de permanente interesse cultural que exige como observação, vigilância e o estudo constantes dos especialistas e dos responsáveis pela administração Presidiaria.

A nova lei penal brasileira traçou as linhas gerais de estrutura do regime penitenciário. Dentro desses amplos lineamentos já fixados, compete à administração cuidar da organização do sistema, reformar os velhos regulamentos, completar a obra de assistência aos reclusos através dos patronatos e demais órgãos de proteção aos egressos.

Tais problemas, de tão marcada relevância social, serão encaminhados para uma solução satisfatória. E disto estou certo, principalmente, porque sei que à frente desta Secretaria de Estado, encontra-se S. Exa. o Dr. José Adriano Marrey Júnior, emérito conhecedor dos Institutos de Direito Criminal e dos temas que interessam à organização

dos presídios.

Como todas as coisas humanas, os aparelhamentos presidiários seriam vazios, de um sentido superior, se, acima, das suas sombras, não brilhasse uma centelha de esperança.

No novo campo de trabalho, eu vejo que cintila uma luz de esperança

no topo de nobres aspirações: esperanças de poder salvar, para a vida social, a pessoa humana do delinquente.

E é com os olhos batidos por essa luz que eu início o meu trabalho e começo o meu caminho".

Em outubro de 1947 Queiroz Filho participou da delegação paulista a IV Conferência Inter-Americana de Advogados, realizada no Chile.

Sobre o que foi atuação de Queiroz Filho na Comarca da Capital falou seu eminente colega Magalhães Noronha na Academia Paulista de Direito ("Justitia", 79/438):

"foi um apóstolo do Direito e da Justiça. Eram estes os seus guias. Soavam aos seus ouvidos as palavras do jurista francês: "Dois interesses igualmente poderosos e igualmente sagrados exigem sejam protegidos ao mesmo tempo: o interesse geral da sociedade que quer a justa e pronta repressão dos delitos, e o interesse dos acusados, que é também um interesse social e que exige completa garantia dos direitos".

Jamais foi instrumento cego da Acusação; era antes servo da Justiça. Conduzia-se no exercício do cargo de modo imparcial e com serenidade.

Lembro-me de seu vulto na tribuna do júri. Era um prazer vê-lo. A ele se ajustam maravilhosamente palavras que já tive ocasião de proferir. Onde se apresente o Promotor haverá sempre um combate para que triunfe a Jus-

tiça e impere a Lei. Quando outros se entibiam e vacilam, arroja-se e perfia o Promotor. Não arrefece seu ímpeto e retraimento de alguns, não o atemoriza o poder dos fortes, porque se bate por um ideal. E Queiroz Filho sublimava, pois em plenas procelas judiciárias conduzia-se com serenidade e moderação, o que não o impedia de ser destemido e intimerato na defesa dos interesses da Justiça. A ele se ajusta maravilhosamente a parêmias: "Suaviter in modo, fortiter in re". E nesse terreno só ouvia os ditames de sua consciência, lembrando-se, por certo, dos dizeres de Canônico, e jurista italiano: "O Ministério Público é sempre livre de concluir no sentido que lhe dita sua consciência. É este o seu direito, o seu dever. Nisto está sua independência, sua dignidade, de homem e de magistrado". "Magistrat débout", como dizem os franceses.

Assim se conduzia meu saudoso amigo: era um magistrado militante. Não considerava a ação penal uma pugna em que inteligência e a cultura devam invariavelmente triunfar, e sim que estas deverão sempre estar a serviço do Direito".

Como coroamento de sua brilhante carreira de promotor público foi Queiroz Filho promovido a Procurador da Justiça.

Integrou o Conselho Superior do Ministério Público formando com César Salgado, Mário Moura e Albuquerque, Arruda Sampaio um grupo que muito lutou e conseguiu inúmeras conquistas para a instituição.

Foi um dos fundadores da Associação Paulista do Ministério Público e da revista "Justitia", da qual foi colaborador constante desde seu primeiro número.

Antônio de Queiroz Filho faleceu repentinamente, em 9 de outubro de 1963, vítima de um infarte do miocárdio.

Várias homenagens lhe foram prestadas, então, pelo Governo e Assembleia Legislativa do Estado de S5o Paulo, pelo Congresso Nacional, pelo Tribunal de Justiça do Estado e pelo Colégio de Procuradores, todos enfatizando excepcionais qualidades de ser humano.

Sobre seu passamento assim se expressou Magalhães Noronha na Academia Paulista de Direito("Justitia", 79/ 442):

"Muito ainda se poderia dele esperar, mas a morte o levou prematuramente. Ajustam-se-lhe à maravilha as palavras gravadas no túmulo de Chateaubriand, em Saint Malo: Magna quies in magna spes "grande repouso numa grande esperança".

Desde os albores da mocidade até às sombras da agonia, inspirou-se ele no bem servir a seu País. Em todos os setores que percorreu projetou um raio de luz, pelo fulgor de talento, e brilho da cultura e o resplendor de caráter. Com esses dotes librou-se a alturas só acessíveis aos privilegiados.

Sobre sua morte assim se expressou a Revista "Justitia"(44/227):

"Cristão autêntico, católico sincero, dirigente da Ação Católica de São Paulo durante algum tempo, Queiroz Filho acreditava que "apesar de tudo, das diferenças de temperamento e de formação moral, todos os homens guardam, no fundo, muitas vezes escondidas e veladas, profundas afinidades de sentimento e coração. E, mercê desses traços comuns de humanidade, existem extensas zonas de condomínio espirituais, onde todos os homens falam a mesma língua e recebem as mesmas impressões, irmanadas pela unidade da sua natureza e de seu destino. Pode-se dizer dele o que se disse de Goethe: "O culto e o amor à luz, à transparência, à luminosidade, foram as grandes dominantes dessa existência" (Caminhos Humanos, página 33)".

Várias homenagens póstumas foram lhe prestadas, como a denominação de seu nome a um grupo escolar e ao Fórum de Caconde, sua terra natal.

Uma das vias da Capital foi denominada "Avenida Professor Queiroz Filho".

No Ministério Público o auditório recebeu o seu nome.

Em nosso Estado foi fundado o Centro Regional de Pesquisas Educacionais Professor Queiroz Filho.

Pelo douto Procurador Ruy Rebelo Pinho foram instituídos na faculdade de Direito de Sorocaba e na Faculdade de Economia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo "Prêmios Professor Queiroz Filho".

O Homem Cristão

Antônio de Queiroz Filho foi um cristão fervoroso e convicto.

Quem bem delineou os aspectos dessa faceta de sua pessoa foi, o seu grande amigo, o Procurador de Justiça Luiz de Mello Kujawski, na oração que pronunciou, no dia 30 de junho de 1966, no auditório do Ministério Público, quando se deu a inauguração da placa dando o seu nome ao mesmo.

Salientou o Dr. Luiz de Mello Kujawski (Justitia, 53/314):

"Só compreenderemos, na medida do possível, a personalidade de Antônio Queiroz Filho, se não esquecermos que ele era, antes de tudo um homem de fé. Amava, e tanto quando podia, auxiliava o próximo nas suas necessidades, sob a luz do amor divino. Daí, em primeiro lugar, a dimensão da sua grandeza humana.

Queiroz Filho sabia que o fundamento da vida cristã está na prática da caridade. Porque a caridade, como dizia S.Paulo, é o laço da perfeição.

Mas qual teria sido o caminho originário, por onde Queiroz Filho chegou ao progressivo desenvolvimento da vida cristã?

Queiroz Filho chegou a Deus pela contemplação de um dos seus atributos, esparzido largamente na infinidade das coisas criadas. Foi com os olhos primeiramente iluminados pela beleza, como resplendor de forma, que depois se voltou para a ideia da perfeição, compreendendo que ela não passa, afinal, de um reflexo da perfeição absoluta de Deus".

No seu livro "Caminhos Humanos", escrito em sua juventude, Queiroz Filho já demonstrava a sua preocupação na busca da beleza, jorrando da alma do povo e do sentimento cristão.

Ressaltou o Dr. Luiz de Mello Kujawski que Queiroz Filho era um leitor assíduo de Maritain, aprendendo com este que a filosofia tomista não é uma doutrina do passado, à espera de urna renovação, mas um pensamento vivo, que se deve, tenazmente, aprofundar.

E o aprofundamento no conhecimento dessa doutrina Queiroz Filho teve-o, nos contactos semanais, aos sábados, durante dois anos, com o Frei Rosário Joffily, no Convento dos Dominicanos.

Acentuou o Dr. Kujawski que este sacerdote conseguiu firmar, definitivamente, não apenas os conhecimentos filosóficos, como também a fé cristã de Queiroz Filho.

Queiroz Filho foi militante da Ação Católica de São Paulo.

Integrou, também, o movimento "Economia e Humanismo" dirigido pelo Padre Lebret.

O Político

Antônio de Queiroz Filho não foi só o excelente membro do Ministério Público e o admirável homem de fé cristã.

Sobressaiu-se, também, brilhantemente na vida política do país.

Tendo feito uma viagem à Europa, onde fez um curso de especialização de direito Comparado, sob a direção de Donnediu de Vabres, na Sorbonne, em Paris, de lá passou a enviar artigos para os jornais "O Estado de São Paulo" e "A Gazeta", começando a demonstrar interesse pela ação política, como elemento indispensável à realização do bem comum.

Regressando ao Brasil, passou a integrar o grupo de estudos "Vanguarda Democrática", que, em 1950, assumiu a direção do Partido Democrata Cristão.

Queiroz Filho foi presidente do P.D.C. na esfera estadual e na federal.

Eleito para a Câmara Federal em 1954, foi membro de sua Comissão de Justiça.

Apresentou inúmeros projetos, inclusive o que regulamentou o funcionamento das Juntas Comerciais.

Entre todos os deputados daquela legislatura foi um dos treze parlamentares que não se beneficiou da lei que permite a aquisição de automóveis particulares com descontos.

Foi um dos líderes que apoiou a candidatura vitoriosa de Jânio Quadros à Prefeitura de São Paulo nas eleições de 22 de março de 1953.

Entretanto, algum tempo depois houve um estremecimento no relacionamento político entre ambos, sendo que na sucessão ao governo do Estado em 1954, Queiroz Filho apoiou a candidatura do engenheiro Prestes Maia.

Jânio Quadros foi eleito Governador do Estado de São Paulo, assumindo o cargo em 1955- Em 1957 houve o restabelecimento do entendimento político entre Queiroz Filho e o então Governador do nosso Estado, que o convidou para ocupar a Secretaria da Justiça.

A propósito da posse do Professor Queiroz Filho nesse alto posto comentou a revista "Justitia'' (18/391 e 392):

“Para o Ministério Público foi das mais significativas a ida de tão ilustre elemento dos seus quadros para a chefia de um dos setores vitais do estado. Personalidade de realce no cenário político do país, mercê de seus grandes dotes intelectuais e morais, foi no Ministério público que sua Exda. forjou as armas de que se revestiria para os embates da vida pública, aperfeiçoadas, ao depois, no magistério superior, como decorrência de sacerdócio, que abraçou, de bem servir o Direito na sua verdadeira concepção, haurida no seio do mais puro pensamento cristão”.

A respeito da posse de Queiroz Filho na secretaria da Justiça, escreveu o jornal “O Correio Paulistano”, na sua edição de 3 de Abril de 1957:

“Queiroz Filho assumiu a Secretaria da Justiça. Poderá ser um grande secretário. São Paulo não tem muitos cidadãos do porte moral e intelectual de Queiroz Filho. Vai dar grandeza à ação do secretariado paulista. É o senhor Queiroz Filho um dos mais altos valores intelectuais e morais, com que pode contar o Brasil, para a sua renovação e para a sua ascensão, do baixo nível a que desceram as instituições públicas brasileiras, às alturas onde se respira o oxigênio do direito respeitado, da democracia bem compreendida, da lei aplicada e acatada.

Membro ilustre do Ministério Público, professor de raras qualidades didáticas, pendor cristão, e, mesmo católico de primeira ordem, é o senhor Queiroz Filho valor no qual devem ser depositadas as esperanças da renovação, com que todos contamos em São Paulo e no Brasil”.

Foi um dos articuladores da candidatura do Professor Carlos Albert Alves Carvalho Pinto ao Governo do Estado.

Com a eleição deste ocupou a Secretaria da Educação em 1959 e a Secretaria da Justiça, em 1961.

Foram numerosas as produtivas iniciativas tomadas nessas Secretarias de Estado.

Assim é que na Educação adotou as seguintes providências: reorganização do ensino profissional, instituição de classes experimentais nos estabelecimentos de segundo grau, criação de classes para deficientes de audição e fala.

Na Justiça cuidou da criação, instalação e regulamentação do fundo de Assistência ao Menor Abandonado, instituição de Assistência Jurídica ao trabalhador rural, determinou os estudos fixando a criação do Instituto Latino-Americano de Criminologia.

Na convenção do Partido Democrata Cristão realizado em 1962, na Capital, no auditório da Folha de São Paulo, teve seu nome cogitado para candidato de sua agremiação ao Fórum do Estado, porém declinou de indicação.

Em 1961, foi seu nome apontado para o Senado Federal. Não foi eleito mas conseguiu obter uma excelente votação.

Em 1961 foi designado pelo Presidente da República para representar o Brasil na Comissão Internacional da O.N.U., constituída para investigar os documentos relacionados com a morte de Patrice Lumumba, no Congo Belga.

Teve relevante atuação nessa comissão, sendo que o seu relatório encontra-se publicado na "Justitia", volume 38, sob o título "Comission D'Enquete Sur La Mort de Patrice Lumumba".

Em 1963 foi convidado pelo Presidente João Goulart para ser o Embaixador do Brasil na Iugoslávia. Todavia, o seu nome não foi aprovado pelo Senado Federal, decisão esta sem razão de ser dado suas qualidades de homem público. Fo, sem dúvida uma decisão que nada honra aquela Casa de Leis.

Sabe -se que a decisão do Senado foi urna represália ao Presidente João Goulart, com cujo governo aquela Casa de Leis já não vinha se afinando. Porém, foi uma medida infeliz posto que atingiu profundamente um homem público de bem.

A respeito comentou a "Justitia" (volume47/9):

"'Jamais disse uma palavra de ódio aos que o recusaram.

Por mais de uma vez se referiu ao bem que nos fazem aqueles que nos fazem o mal. Tudo está nas mãos de Deus. Se Deus nos coloca uma pedra intransponível no meio do caminho, devemos buscar outra estrada. Quantas vezes até fazemos o bem, não em homenagem aos nossos amigos, mas por saber o que dirão de nós os nossos inimigos".

Segundo o Dr. Luis de Melo Kujawski. ("Justitia", 53/315):

"A política foi uma violência ao seu temperamento. Representou, antes de mais nada, o cumprimento exaustivo de um dever moral e patriótico".

"Foi ela o seu duro calvário. Mas também foi nas lutas e nos desenganos da política que Queiroz Filho revelou a sua ilimitada capacidade de sacrifício".

Ele que timbrava no respeito pelo outro, viu-se envolvido num combate, onde o egoísmo e a perfídia são os instrumentos em que se afiam suas armas terríveis.

Mas nunca recuou. Humilde diante de Deus, modesto entre os semelhantes, era altivo e sem temor na luta que encetara.

Pela disposição aos sacrifícios é que se distingue o homem prosaico do que se eleva em nobreza moral. O prosaico é o oposto do mistério. Pois era exatamente na alquimia de suas emoções e reflexões que se observava em Queiroz Filho o sentido de auto-sublimação, raiz de seu sentimento estético e da doação própria ao bem de todos".

Afirmou Magalhães Noronha, na saudação que proferiu na Academia Paulista de Direito ("Justitia", 79/439), sobre a vida política de Queiroz Filho, o seguinte:

"Entretanto, sempre tive para mim que ele se entregou à vida política exclusivamente pelo amor à Pátria, pois era avesso a esse gênero de atividade. Católico fervoroso, amante da esposa, caseiro, apegado aos livros e dedicado aos alunos, seu temperamento não se coadunava com as virtudes, instabilidades e imprevistos da vida política. Na verdade, Queiroz Filho, nesse setor, sacrificava-se, imolava-se ao bem comum, aos interesses de sua terra. Venceu-se a si mesmo, para se entregar a um viver que destoava do seu espírito, de sua personalidade.

Mesmo assim, deu a ele tudo do seu talento, honra e cultura trabalhou com afinco lutou, realizou sempre com os olhos no futuro de seu Estado e de sua Pátria, fazendo política no sentido superior da palavra.

Foi não pensando em si e buscando sempre os interesses de sua Pátria que Queiroz Filho se sacrificou".

O Escritor

Antônio de Queiroz Filho foi também escritor.

Seu primeiro livro chamou-se "Caminhos Humanos". Nele analisou, através de suas obras, as personalidades de Machado de Assis, Euclides da Cunha, Goethe, Nietzsche, Claudel, Dostoievski, Splenger, Chesterton, Byron, Berdiaeff e São Francisco de Assis.

Segundo Magalhães Noronha (“Justitia”, 79/439).

“Magnífico o paralelo entre Goethe e Nietsche. Ouçamo-lo “Goethe encarna o espírito sacrático, o pensamento limitado, circunscrito, porém, cheio de clareza, banhado de luz, dentro de seu âmbito de visão. Nietzsche, dionisíaco, preferiu o espírito trágico, a esfera espiritual limitada, o pensamento sem fronteiras, mas cheio de irremovíveis dificuldades”.

Não é possível, senhores, nesta ocasião a análise da magnifica obra, escrita aliás, quando o autor contava trinta anos. Quem a ler, porém, notará, sem qualquer esforço, a excelente compreensão que Queiroz Filho teve dos autores que considerou e verá como penetrou a fundo na alma desses gigantes da literatura universal. Isso só pode ser proporcionado pelo talento e pela cultura de que meu patrono era pródigo”.

A propósito da estreia de Queiroz Filho na literatura escreveu o crítico Álvaro Lins no “Correio da Manhã”, do Rio de Janeiro, em 20 de outubro de 1938:

“Tanto tem o senhor Sérgio Milliet de cético e de contraditório quanto o senhor Antônio de Queiroz Filho de afirmativo e de uniformidade. A sua idade intelectual ainda não é a dúvida. Não sei. aliás, qual seja a idade verdadeira desse jovem ensaísta que venho acompanhando através dos jornais paulistas, com sentimento de interesse e de simpatia”.

“Espero, pois, que o senhor Queiroz Filho - e espero através de certas qualidades que encontro desde já: a sua seriedade intelectual, o seu gosto pelo debate das ideias, a sua orientação em face de assuntos, e autores que sempre escolhe com muita segurança, exceção de capítulo sobre Alexis Carrel - venha a se tornar mais tarde um verdadeiro ensaísta, superando aquela categoria de simples comentador que transmite suas impressões de primeiro momento”.

Por sua vez, Rubens do Amaral, na “Folha da Manhã” de São Paulo, em primeiro de março de 1941, comentou:

“O número dois da coleção “Homens e Ideias” é “Caminhos Humanos” de Antônio de Queiroz Filho, um, jovem escritor que comparece já com os atributos dos escritores feitos.

São de pensadores e artista os seus ensaios de compreensão de Machado e Euclides, de Claudel, de Splenger, Chesterton, Berdiaeff, Dostoievski e Dante, do pensamento antigo, da época romântica e dos tempos modernos.

Cultura e meditação, penetração filosófica e senso artístico, a ideia clara e a forma castiça, se somam para compor um livro que agrada, que interessa e que ilumina. Um conjunto de qualidades que podem vir a constituir

um mestre, se o senhor Queiroz Filho persistir nos seus rumos de seriedade na formação espiritual e na frutificação literária. A improvisação e a ânsia de publicidade têm sido os tóxicos de muitas inteligências que, de outra maneira, haveriam triunfado no pensamento brasileiro".

O crítico Nuto Sant'Ana comentou no "Estado de São Paulo" de 25 de maio de 1941:

"Este livro "Caminhos Humanos", de Antônio de Queiroz Filho, faz parte da coleção "Homens e Ideias" e enfeixa uma dúzia de pequenos trabalhos que se lê com interesse e agrado.

O autor é um ensaísta sonoro, exuberante, eloquente. Expõe com nitidez problemas intelectuais e sociais, discutindo-os, analisando-os, dando relevo e brilho a dissertação".

Outro livro de ensaios escrito por Queiroz Filho foi "Novos Caminhos Humanos" publicado após a sua morte.

Profeciando esta obra, escreveu Gilberto de Mello Kujawski: "Se Caminhos Humanos foi obra de intelectual, brilhante, inquieto, sensível, Novos Caminhos Humanos é atem disso, livro de um homem de Deus, e, em sua raiz mais secreta, verdadeira preparação para a morte".

"O humanismo de Queiroz Filho adquire forma de estrutura religiosa precisamente neste livro que o leitor tem em mãos. Daí sua importância para quem quiser compreender a conduta do autor em qualquer campo. Novos Caminhos Humanos constitui a própria chave para explicar quem foi Queiroz Filho, como político, como mestre de direito, como dedicado promotor de justiça. Nestas páginas convergem as linhas mestras de sua personalidade, que se definiu, em seu núcleo mais essencial, como a personalidade de um humanista cristão. Suas atitudes, suas palavras, o sacrifício sem medidos em prol da musa pela qual deu o melhor das energias, somente ganham pleno sentido quando atribuídos ao humanista cristão que nos revela aqui os fundamentos de seu projeto vital".

O Apreço a Tristão de Athayde

O Professor Antônio de Queiroz Filho tinha uma especial admiração pela pessoa e pela obra do escritor pátrio Alceu Amoroso Lima, mais conhecido por Tristão de Athayde.

Este, por sua vez, correspondia ao apreço que lhe devotava Queiroz Filho.

É o que se pode concluir lendo-se a correspondência mantida por eles, que foi gentilmente cedida pelo Dr. Alceu Amoroso Lima Filho, através da senhora Marta Terezinha Godinho contemporânea do Professor Queiroz Filho.

"Piracicaba, 28 de abril de 1938.

Meu prezado mestre

Tristão de Athayde

Terminando a leitura de "O Espírito e o Mundo", não resisti à vontade de escrever-lhe, testemunhando o meu aplauso e a benfazeja impressão que o seu trabalho vincou em meu espírito.

Eu lhe considero o meu maior credor intelectual. E a dívida que me obriga ao seu espírito, peto seu quantum e pela sua natureza, sempre me pareceu irresgatável. Todavia, para amortiza-la na medida de minhas posses, não me furto ao agradável dever de apresentar-lhe os louvores da minha admiração e os aplausos de quem acredita ter sentido nas suas lições, bem de perto, o coração do mestre e o alto sentido do movimento espiritual que ele houve por bem, na hora necessária, iniciar, organizar, articular e desenvolver no país.

Na minha vida de estudante, modesto dos problemas do espírito e da sociedade, guardo como um relevo culminante, onde se me deparou a necessidade dos novos roteiros espirituais, a série magnifica de suas conferências, em São Paulo, sobre o "Problema da Burguesia". Os problemas sociais, naquela ocasião, começavam a preocupar o espírito da geração estreante. Eu ainda era estudante de Direito, e a mim coube a tarefa de saudá-lo em nome dos acadêmicos. Desde aquelas noites memoráveis, em que vi, ouvi e senti um pensador católico, católico no sentido heroico da expressão, com a serenidade superior dos crentes, estudar todas as crises aflitivas da hora contemporânea, e afirmar corajosamente a terapêutica necessária, - não me apartei do seu itinerário.

Vem-me, agora, às mãos, a sua última obra do seu retorno às "letras puras", em continuação aos "Estudos" de crítica. Falece-me autoridade para uma apreciação do mérito da obra. Entretanto, talvez, não errasse em dizer que o crítico voltou algo diferente, voltou mais penetrado do "espírito da época" e com uma consciência mais profunda da sua função intelectual dentro do cenário da nossa cultura. A luz com que ele desce agora ao âmago do pensamento moderno, não é apenas a luz de um espírito ágil e agudo que desvendava, na crítica, as direções do pensamento, o sentido e a projeção das ideias. É alguma coisa da "luz imperecível".

Todo o seu trabalho conserva as características da época e reflete, com veemência, os dramas do espírito moderno.

Entre as qual idades do crítico, a meu ver, sobressaem a exatidão e a justesa com que ele situa o pensamento do escritor estudado, no quadro da cultura contemporânea. Encerrando a leitura do "Espírito e o Mundo", grava-se-

-nos na retentiva, o panorama espiritual deste começo de século, batido por uma luz incisiva que lhe clarea os detalhes mais inacessíveis e ensombrados. Vê-se, em síntese, a multiplicidade das direções intelectuais, a continuidade do pensamento e a reação dos impulsos inovadores, as negações dolorosas do espírito e as sadias afirmações dos seus atributos eternos.

Dedicar-se ao trabalho de uma crítica honesta e superior das letras estrangeiras, é concorrer da maneira melhor para a formação da cultura nacional. Só, assim, as influências de fora, aqui não chegarão tumultuariamente, desorganizando e desnorteando a adolescência espiritual da Nação.

O trigo virá, já separado do joio.

Peço desculpas pela extensão desta carta, e vênia para trazer-lhe o melhor cumprimento do seu discípulo e admirador.

Antônio de Queiroz Filho."

"Santos, 12 de julho de 1938.

Meu prezado mestre

Alceu Amoroso Lima

Terminei, há pouco, a leitura do seu último livro, "Idade, Sexo e Tempo", que a meu ver, é o mais belo dos seus livros. E, resolvi, então, furtar alguns minutos do seu precioso tempo, nesta visita silenciosa de amizade e felicitações.

Para o escrito deve ser grato, penso eu, o aplauso em surdina, sem outro eco a não ser o que repercute no coração.

Sou o discípulo distante. Conheci e ouvi o mestre, há sete anos (o tempo passa), em São Paulo, por ocasião da conferência sobre o problema da Burguesia". Era, então, estudante. Mas, acompanhando-lhe a produção literária, tenho suporte, próximo de mim, a presença do seu pensamento, e, assim, também participo de um convívio íntimo com as suas ideias.

"Idade, Sexo e Tempo", já o disse de começo, é o mais belo dos seus livros. é também a mais pessoal das suas obras. Creio até ser a única que não traz, na final aquela extensa lista da bibliografia citada, onde o escritor dava mostras da sua tenacidade na procura no heroico esforço do estudo, e indicava ao leitor as fontes mais claras dos seus melhores pensamentos. Neste último livro, raream as citações, esvanece a contribuição do pensamento alheio, e, em todas as suas páginas, a individualidade do escritor esbate-se num relevo mais forte e mais nítido. Sente-se melhor o gosto do pessoal de seu pensamento.

Outro aspecto encantador do livro: o cunho da serenidade. Este é o que mais conforta. Todas as questões tratadas no livro, o foram do alto, de cima. Em nossa época, eu tinha a impressão de que todos os homens de pensa-

mento guardavam uma posição de combate; o campo da cultura seria uma espécie de campo de batalha, agitado, nervoso, sem nada que evocasse, nem por sombra, uma região amena como os plácidos jardins de Academus... Entretanto o seu último livro nasceu num clima de serenidade, numa altitude de montanhas, onde o ar é leve, o céu azul, e de onde o olhar alcança toda a extensa planície humana, e melhor divisa o rumo dos caminhos, o choque de direções, os desencontros e desvios...

Quero acreditar que se trata do marco de uma nova etapa na sua produção literária. Esse livro é diferente. Não há dúvida que um fio de continuidade reúne todos os seus trabalhos numa sensível unidade de desenvolvimento. Mas toda a progressão intelectual, quando, como no seu caso, se opera segundo uma linha de ascensão, fixa-se em planos sucessivos. E a paisagem modifica-se à visão de cada um desses planos.

"Idade, Sexo e Tempo", foi pensado e amadurecido num novo planalto. O pensamento, mais grave e mais maduro, está impregnado de um sabor mais acentuado de ternura humana. Ali o escritor conseguiu uma admirável proporção de equilíbrio entre o coração e a razão. Existe mesmo mais beleza, mais arte, neste livro. O meu prezado amigo está inteirinho nesta obra. Até o artista agiu com desembaraço, modelando magníficas imagens literárias que, a cada passo, cintilam nos seus períodos, clareando a expressão vigorosa do pensamento, numa luz de beleza tranquila.

É sem dúvida feliz o escritor que pode por num livro, uma síntese de si mesmo, escrevendo-o com a cabeça cheia de sabedoria, e com o coração cheio de bondade e de inspirações de beleza.

Esta carta vai se alongando. É melhor terminá-la. Deixo aqui tão só a minha primeira impressão, cheia de entusiasmo e, também, de sinceridade.

Sou como essas visitas que custam a aparecer, mas quando aparecem ... custam a sair. Conto, porém, com a benevolência do meu nobre professor.

Peço desculpar a extensão destas linhas, e aceitar os cumprimentos do seu, hoje e sempre discípulo e admirador.

Antônio de Queiróz Filho"

"Rio, 26 de Agosto de 1938

Meu caro amigo

Antônio de Queiróz Filho

Senti muito, em Santos, não ter podido falar-lhe tranquilamente, agradecendo, então, a sua bela carta. De volta, porém, ao Rio, encontrando-a na minha mesa e mais uma vez a relendo, vejo-me no dever de dizer-lhe o prazer que me causou.

Pois sua carta revela, antes de tudo a "compreensão" do meu livro. O amigo fala de sua “serenidade” e crê mesmo que esta é sua nota dominante. Pois nada é mais indispensável hoje em dia do que a visão serena da vida, ainda que não revista, as vezes, a forma da serenidade “Lacolère des imbeciles remplit le monde”, repete Bemanos como um estribilho, no seu último livro. E é bem uma verdade. Todo o mundo se diverte em dois campos, o da direita e o da esquerda, que afinal não fazem senão um: os dos que são “contra alguma coisa”. E onde muitas vezes se colocam os católicos, reduzindo a religião a um anticomunismo ou antifascismo, como se o Cristo não tivesse vivido tão antes de Marx ou Mussolini.

Mas, falávamos da “serenidade” do meu livro. E eu me surpreendo concordando com o que diz e me fazendo quase um elogio. É que eu posso reconhecer sem dúvida essa serenidade espontânea, que eu não busquei intencionalmente e que brota de duas fontes diversas, dons de Deus como tudo. Uma delas é sem dúvida, a etapa da vida em que me encontro e que marcara no meu livro como a idade da serenidade e do equilíbrio, da plenitude das nossas forças, em que damos a medida de nosso ser. A outra fonte, sobrenatural, não só ao alcance dos que estão no planalto da vida, mas dos que sobem e descem também, é o Cristo, que disse à sua igreja: “Pacem mean relinque vobis, pacem meam do vobis”

Comparou a sua carta a uma visita. De foto. E embora eu esteja tão longe da “idade das confidencias”, ela me foi doce como uma conversa tranquila e repousante, que interrompeu, um pouco, o tumulto da vida...

Mais uma vez, obrigado pela carta.

Alceu Amoroso lima”.

O Jurista

Antônio de Queiroz Filho lecionou Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

Seus discípulos gostavam de suas aulas, sobretudo pela forma clara e precisa com que ministrava a matéria.

Segundo Magalhães Noronha (“Justitia”, 79/440):

“Convivi com alunos e colegas seus e por isso sei o professor que foi. Amando como sempre amou a ciência jurídica, buscava infundir em seus alunos esse amor. Não era um mestre como tantos, que se conservam distantes dos discípulos. Não esperava que o aluno viesse até ele, mas, ao reverso, descia até o estudante, tendo sempre em vista - e esta é a regra máxima para o docente - que o aluno, por mais inteligente que seja, está ali

presente para ouvir, em regra, pela primeira vez o que o mestre lhe vai dizer e explicar".

"Aliás, ele não infundia aos alunos apenas o amor ao estudo, pois não lhes ministrava somente lições de Direito, mas dava-lhes também lição de sua vida. Vida de homem, não apenas culto, mas de homem bom, amigo sincero, colega prestativo, esposo dedicado e pai extremoso".

Uma das provas de estima dos alunos de Queiroz Filho está no fato de ter sido escolhido paraninfo da segunda turma da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O Direito Penal representou para Antônio de Queiroz Filho um conteúdo otimista segundo a Revista "Justitia" (volume 47/8):

"Mostra as marcas profundas que o pecado original deixa na alma dos homens. Mas possibilita também a recuperação, o reerguimento do homem decaído. Não é um instrumento de pavor como no passado, mas um meio de libertação. Ao interpretá-lo deve o jurista buscar além das palavras o real sentido do texto. Daí as posições que adotou na interpretação benéfica do instituto da reabilitação e do crime de falso registro de nascimento, quando decorrente de um gesto de nobreza. Disse que os grandes livros de registro civil, retratam a vida, mas não são a vida". ("Justitia", volume 47, página 8).

Deixou aos estudiosos as "Lições de Direito Penal", editadas, postumamente, pela "Revista dos Tribunais", com excelente prefácio de Alceu Amoroso Lima.

Como jurista, Queiroz Filho, deixou ainda publicado numerosos estudos relativos à ciência penal.

Assim é que a "Justitia", volume vinte, inseriu o seu trabalho "Relações entre o Direito Penal e o Civil".

Na "Justitia", volume 34, publicou "Conceito de Direito Penal" , no qual analisa a função da tutela jurídica, o problema da conexão entre o direito penal e a moral, a matéria e a forma do direito penal como ciência e como ordenamento jurídico e o fundamente, natureza e os fins da pena.

Segundo Queiroz Filho: "Na fase da execução da pena, quando se trata da pena privativa da liberdade, abre-se uma perspectiva inteiramente nova. Inaugura-se, finalmente, a oportunidade prática da pedagogia correcional. Servida de todos os recursos que a ciência lhe possa oferecer, a execução da pena colima salvar os valores humanos que se encarnam na pessoa do criminoso. É, por assim dizer, o itinerário de volta, o aprendizado de readaptação social, que não se percorre sem obstáculos e duras dificuldades, mas que pode conduzir, afinal, o drama da pena a um epílogo de redenção".

Na "Justitia", volume 35, de 1961, foi publicado o artigo de Queiroz Filho relativo ao Desenvolvimento das Doutrinas Penais".

Na "Justitia", volume 40, de 1963, foi inserido o trabalho "Ensaio sobre a conduta Criminosa".

Queiroz Filho, como vemos, não só foi o dedicado membro do Ministério Público, o fervoroso homem de fé cristã, o dedicado político, o brilhante ensaísta, mas também um exímio jurista, notadamente no campo de Direito Penal, no qual nos legou lições de verdadeiro mestre. E como mestre suas aulas deliciavam os seus alunos da Faculdade de direito da Universidade Católica de São Paulo.

Epílogo

O Professor Antônio de Queiroz Filho foi um dos membros do Ministério Público que mais dignificou a instituição.

Por isso mesmo sua figura deve ser lembrada por todos nós com muito carinho.

Para tanto, vale a pena termos sempre presente em nossa mente a oração de adeus que lhe dedicou o poeta Paulo Bomfim:

Oração de Adeus ao Professor Queiroz

Amigo, no coração da terra, na alma do tempo, nas vozes que vêm de ontem, a despedida é pássaro.

Mestre, as classes ficaram estáticas, e um grande silêncio dialoga com todos que trazem dentro do peito a rosa dos ventos da fraternidade.

Deputado. que vosso exemplo ilumine as assembleias da noite que cai sobre nossa Pátria, e vossas palavras penetrem o caos das almas e o desespero daqueles que confabulam com o abismo.

Secretario, espalhando Justiça entre os esquecidos.

Senador eleito pelos que acreditam no milagre da redenção, na força nobre do povo, na Fé e na esperança de uma época.

Embaixador de embaixadas espirituais num mundo de agonias, de máquinas pensantes e de seres autônomos.

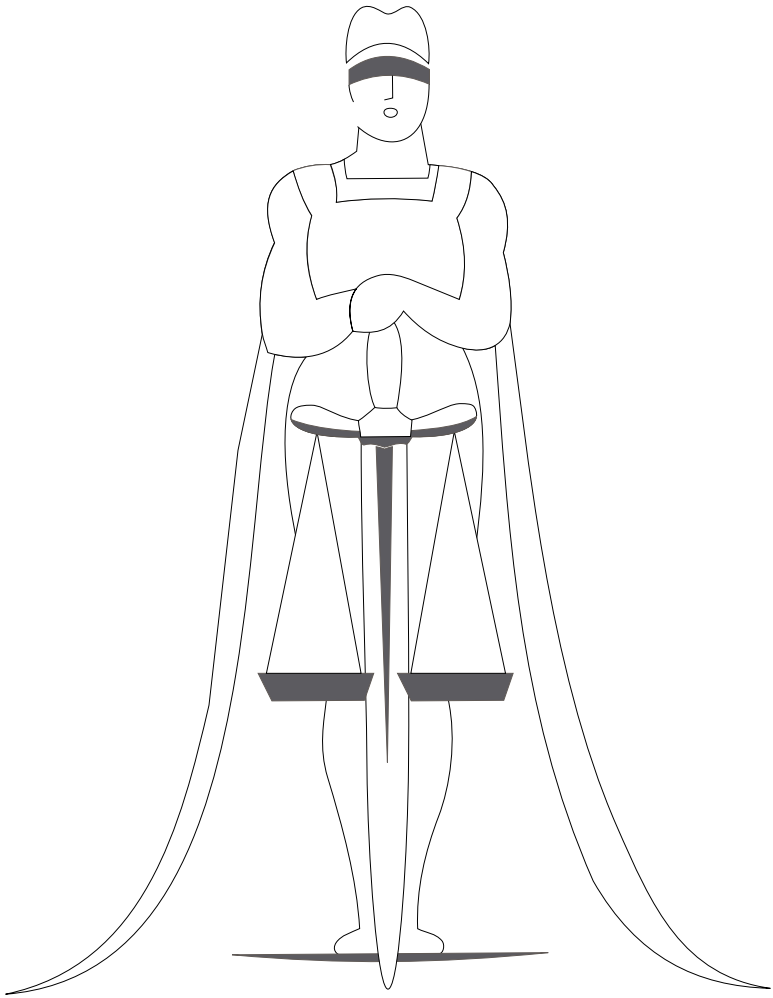
Governador dos paulistas no instante indefinido, na hora das aflições que governastes com sabedoria aqueles que vos rodearam, e acima de partidos que partem a nação, de compromissos que comprometem a liberdade, de pactos que pactuam com a mecânica das babéis, seguistes sereno e bom, entre a intranquilidade e a ingratidão.

Aqueles que fostes numa só pessoa; ao simples entre os simples, ao lidador de gestos elegantes, ao guia que ensinava juventude aos moços, alegria aos tristes, amor aos solitários: - o adeus de todos nós, povo e saudade!

Paulo Bomfim

CRIMINAL

CRIMINAL



Coisa Julgada Penal Coletiva[1]

Sara Zero dos SANTOS

Possui graduação em Pedagogia pelo Centro Universitário Anhanguera (2006) e Especialização em Gestão Educacional(2013) Acadêmica do Curso de Direito (Centro Universitário Anhanguera)

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 Conceito de coisa julgada. 1.1 Coisa julgada no processo civil. 1.2 Coisa julgada no processo penal. 2 Direitos coletivos em sentido lato. 3 Coisa julgada no processo coletivo. 4 Coisa julgada penal coletiva. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade realizar um estudo sobre a Coisa Julgada Penal Coletiva a partir da análise do Código de Processo Civil, Código de Defesa do Consumidor e Código de Processo Penal, contribuindo, portanto, para o novo ramo do Direito que se inicia, o Direito Processual Penal Coletivo.

- **PALAVRAS-CHAVE**: Coisa Julgada. Direito Processual Penal Coletivo. Direitos Coletivos.

Introdução

O Direito Penal Coletivo tem se apresentado como uma nova abordagem do Direito Penal, que atenta para a realidade social e serve de instrumento de combate aos grandes crimes que atingem a coletividade, tais como a corrupção, a sonegação fiscal, poluição ambiental, etc. Nesse âmbito, o Direito Processual Penal Coletivo é responsável pelo adequado tratamento das questões afetas à processualística do Direito Penal Coletivo, com foco na tutela dos bens jurídico-penais coletivos – aspecto que o diferencia do Direito Processual Penal Individual. (ALMEIDA e COSTA, 2018, p. 516)[2].

[1] Trabalho elaborado sob a orientação do Prof. Dr. Rafael de Oliveira Costa.

[2] ALMEIDA, A.A. e COSTA, R.O. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os**

Refletir sobre a coisa julgada no Direito Processual Penal Coletivo é a finalidade deste trabalho, traçando um paralelo com o Código de Processo Civil e com o Microssistema do Processo Coletivo, de forma a colaborar com este novo ramo do Direito, estudando os seus limites objetivos, subjetivos e formação.

1. Conceito de Coisa Julgada

A coisa julgada é o efeito jurídico que torna indiscutível o conteúdo de determinadas decisões jurisdicionais. Nas palavras de Fredie Didier "é a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva"[3]. (DIDIER JR, 2016, p. 527).

Insculpida no artigo 5º da Constituição Federal de 1988[4], a coisa julgada é indispensável para a segurança jurídica, pois garante a estabilidade dos julgamentos ao evitar a perpetuação dos litígios, deste modo, assegura o prestígio da justiça e da ordem social.

A coisa julgada é resultado da combinação de dois pressupostos. O primeiro deles é que a decisão jurisdicional deve ser fundada em cognição exauriente; assim, decisões fundadas em cognição sumária não estão aptas a formar coisa julgada. O segundo pressuposto é o trânsito em julgado, ou seja, a decisão que não cabe mais recursos.

1.1 A Coisa Julgada no Processo Cvil

A Coisa Julgada Material está definida do artigo 502 do Código de Processo Civil[5]. É a decisão de mérito que não cabe mais recursos, produzindo efeitos externos ao processo em que foi proferida, ou seja, a imutabilidade impede que a decisão seja modificada por outro processo.

Vale lembrar que qualquer decisão que julgue o mérito poderá formar a coisa julgada, seja ela decisão interlocutória, sentença, decisão monocrática do relator ou acórdão.

---

novos horizontes da colaboração premiada coletiva. ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.) In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D´Plácido, 2018. Pg.516.

[3] DIDIER JR. Fredie. **Curso de Processo Civil**. Volume 2. 11ª Edição. 2016. Salvador. Juspodivm. Pág. 527.

[4] CF 1988, Art. 5º - XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

[5] Art. 502 CPC. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito que não mais sujeita a recurso.

Entende-se por Coisa Julgada Formal a imutabilidade que se deu pela preclusão máxima dos atos processuais. Tal entendimento foi construído doutrinariamente a partir do disposto no artigo 507 do supracitado código.[6] Assim, a coisa julgada formal impede que a decisão seja revista no próprio processo.

Sobre o tema a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem entendido que:

> PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXTINÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REPETIÇÃO DA AÇÃO. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. REGULARIZAÇÃO DA FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. NECESSIDADE. EXEGESE DO ART. 268, CPC. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS, MAS DESACOLHIDOS. I - A coisa julgada material somente se dá quando apreciado e decidido o mérito da causa. II - **A extinção do processo sem julgamento de mérito,** por falta de legitimidade ad causam, **não é passível de formar coisa julgada material, mas sim coisa julgada formal, que impede a discussão da questão no mesmo processo e não em outro**. Isso quer dizer que não se pode excluir, prima facie, a possibilidade de o autor repropor a ação, contanto que sane a falta da condição anteriormente ausente. III - Tendo sido o processo extinto por falta de legitimidade do réu, não se permite ao autor repetir a petição inicial sem indicar a parte legítima, por força da preclusão consumativa, prevista nos arts. 471 e 473, CPC, que impede rediscutir questão já decidida. (STJ - EREsp: 160850 SP 2001/0043753-2) (grifo nosso).[7]

A coisa julgada apresenta dupla função: negativa e positiva. A negativa consiste na proibição de ajuizar a mesma causa em outro processo já julgado. A segunda função, positiva, é decorrência da primeira, pela qual, o magistrado fica vinculado ao que foi decidido na primeira demanda.

Enquanto a coisa julgada não atingir o status de coisa soberanamente julgada poderá ser desconstituída por Ação Rescisória, que pode ser proposta até dois anos após o trânsito em julgado, tanto pelo autor, quanto pelo réu.

---

[6] Art. 507 CPC. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

[7] STJ - EREsp: 160850 SP 2001/0043753-2, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 03/02/2003, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 29.09.2003 p. 134RDR vol. 27 p. 201.

Avançando no estudo da coisa julgada sob a ótica do Código de Processo Civil, faz-se necessário analisá-lo sob três perspectivas: seus limites objetivos, limites subjetivos e seu modo de formação.

Com relação aos limites subjetivos, a coisa julgada pode ser: a) inter partes, quando somente vincula as partes.; b) ultra partes, quando atinge terceiros, ou seja, os efeitos da coisa julgada estendem-se a terceiros que não participaram do processo. c) erga omnes, quando os efeitos atingem a todos, tenham ou não participado do processo.

No processo individual o artigo 506, do CPC[8] deixa claro que a coisa julgada é inter partes e não prejudica terceiros.

"O NCPC estabeleceu critério elogiável em que a coisa julgada não prejudica terceiros (podendo beneficiar, evidentemente), estabelecendo a coisa julgada in utilibus para o terceiro" (SÁ, 2015.p.240). [9]

Os limites objetivos se referem à parte da decisão acobertada pela coisa julgada. A partir da vigência do novo código, tanto a questão principal como a prejudicial, esta última, desde que incidentalmente expressa e decidida, podem ser atingidas pela coisa julgada, conforme está disposto no parágrafo 1º do artigo 503 do supradito código.[10]

Ressalta-se que a questão prejudicial é questão de mérito que não faz parte do pedido do autor.

Há três modos diferentes de formação da coisa julgada: a) Pro et contra: é a regra geral, ou seja, o modo pela qual a coisa julgada se forma independente do resultado do processo. B) Secundum eventum litis: a coisa julgada se forma somente se a demanda for julgada procedente. (A título de exemplo, no processo penal a sentença sempre poderá ser revista a favor do

---

[8] Art. 506 CPC. A sentença faz coisa julgada entre as partes, não prejudicando terceiros.

[9] SÁ, Renato Montans. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo, Saraiva, 2015.

[10] Art. 503 CPC. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º. O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

réu). C) Secundum eventum probationis: modo pela qual a coisa julgada se conforme a atividade probatória.

1.2 A Coisa Julgada no Processo Penal

Nas palavras de LIMA[11], a sentença

> " (...) é tão somente a decisão que julga o mérito principal, ou seja, a decisão que condena ou absolve o acusado. Em sentido estrito, sentença é o pronunciamento final do juízo de 1º grau, geralmente um juiz singular, mas o CPP também se refere à sentença quanto às decisões finais dos juízos colegiados de 1º grau, tais como aquelas oriundas do Tribunal do Júri. Em sentido amplo, a sentença também abrange os acórdãos, que são decisões de Tribunais, desde que haja julgamento do mérito. Quando transita em julgado, é denominado aresto". (LIMA, 2018, p.1.515).

Sentença definitiva é aquela que julga o mérito principal, seja a decisão que condena ou que absolve o acusado. Não se confunde com a expressão sentença transitada em julgado, que é aquela contra a qual não cabe mais recursos.

A primeira classificação divide a sentença em condenatória, quando se julga procedente a pretensão punitiva do Estado; e declaratória (absolutória), quando se julga improcedente a pretensão punitiva do Estado.

A sentença declaratória (absolutória) é dividida em própria, quando não é imputada qualquer sanção ao acusado; e imprópria, que impõe a medida de segurança diante inimputabilidade do réu, nos termos do inciso III, do Parágrafo único, do artigo 386 do CPP[12].

> "É aquela que, embora reconhecendo a tipicidade e a antijuridicidade na conduta do agente, deixa de impor-lhe uma pena, em face de sua inimputabilidade. Em outras palavras: o agente cometeu um fato típico e antijurídico as por ser inimputável não recebe pena, sendo-lhe imposta uma medida de segurança, que determina sua internação e hospi-

[11] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6ª Edição. Salvador Juspodivm. 2018. Pág. 1.515.

[12] Art. 386 CPP. (...) Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: III - aplicará medida de segurança, se cabível.

> tal de custódia ou à submissão de tratamento ambulatorial. [13] (CUNHA, 2017, p.1.020).

Tem-se a coisa julgada quando uma decisão judicial é proferida e por não ter sido interposto recurso ou se todos os recursos cabíveis foram interpostos e decididos; deste modo, tornar-se-á a decisão imutável e indiscutível dentro do processo em que foi proferida.

A coisa julgada formal, também chamada como preclusão máxima, é o impedimento da discussão por qualquer meio processual dentro do processo em que a decisão foi proferida. Portanto, esgotados todos os recursos cabíveis, não se admite mais a discussão, tornando a decisão imutável.

Sem embargo deve-se observar que há duas exceções em que, mesmo formada a coisa julgada formal, o debate poderá ser renovado.

A primeira está prevista no artigo 18 do Código de Processo Penal: "Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícias". Portanto, nas palavras de Câmara Leal (Comentários ao Código de Processo Penal, 1942, vol. I, p. 120):

> "Arquivado o primeiro inquérito, não desapareceu, por isso, o interesse social e individual na repressão da infração, nem a justiça fica inibida de renovar suas pesquisas para melhor investigar a verdade. O arquivamento (...) não é uma determinação definitiva, mas provisória, não faz coisa julgada em benefício da impunidade do indiciado, cuja responsabilidade não pôde ser apurada por deficiência de provas. Fica sempre livre à justiça uma nova pesquisa".[14] (apud CUNHA e PINTO, 2018, p. 67)

Portanto, para a decisão que determinou o arquivamento de inquérito por insuficiência de provas, opera-se apenas coisa julgada formal e o surgimento de novos elementos probatórios autoriza novas investigações.

A segunda exceção é a decisão de impronúncia, prevista no parágrafo único do artigo 414 do Código de Processo Penal, in verbis:

---

[13] CUNHA, Rogério Sanches. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos**. Salvador: Juspodivm, 2017. Pág. 1020.

[14] LEAL 1942, apud CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos.** Salvador, Juspodvim, 2018. Pág. 67).

> Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentalmente, impronunciará o acusado.
> Parágrafo único: Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

A decisão de impronúncia tem natureza mista terminativa, ou seja, extingue o processo sem resolução do mérito. A doutrina entende que a impronúncia não é uma espécie de sentença e que o CPP se equivocou ao dar-lhe esta natureza, pois "como não há efetiva análise do mérito principal para fins de acusação ou absolvição, tal decisão não pode ser considerada espécie de sentença". (LIMA, 2018, p. 1514)[15]

A impronúncia ocorre quando o

> "Juiz não condena e tampouco absolve o réu. Ele apenas reconhece que a acusação não reúne elementos mínimos autorizadores do julgamento pelo Júri, extinguindo o processo sem julgamento de mérito. Por isso mesmo se diz que tal decisão faz coisa julgada formal, podendo ser prevista a qualquer tempo, desde que não prescrita a pretensão punitiva estatal, face ao surgimento de novas provas".[16] (CUNHA e PINTO, 2017. Pág. 1.133).

A coisa julgada material se projeta para fora do processo, não podendo a decisão ser alterada em qualquer outro processo.

No processo penal, a imutabilidade que decorre da coisa julgada será relativa em duas hipóteses: quando da sentença condenatória ou absolutória imprópria.

Esta relativização da coisa julgada penal decorre da admissão da revisão criminal, que pode ser ajuizada a qualquer momento após o trânsito em julgado, conforme dispõe o artigo 623 do CPP.[17]

A revisão criminal é uma ação autônoma de impugnação de competência originária dos Tribunais, pela qual o condenado requer que o Tribunal reveja a decisão que o condenou, fundada em erro judiciário.

---

[15] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6ª Edição. Salvador. Juspodivm. 2018. Pág. 1.514.

[16] CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos.** Salvador, Juspodvim, 2018. Pág. 1.113).

[17] Art. 623 CPP. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Traçando um paralelo com o CPC, pode-se afirmar que a revisão criminal se parece com a ação rescisória; contudo, aquela pode ser proposta a qualquer tempo após o trânsito em julgado e somente pode ser ajuizada a favor do condenado, não existindo revisão criminal pro societate.

Partindo do pressuposto de que não há que se falar de revisão criminal em desfavor do réu, conclui-se que após o trânsito em julgado de sentença absolutória ou declaratória extintiva da punibilidade, o acusado não pode ser novamente processado em relação à mesma imputação, ainda que surjam provas novas, constituindo-se em coisa soberanamente julgada.

Outro ponto que merece ser debatido são os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada no processo penal.

Os limites objetivos da coisa julgada dizem respeito ao fato que foi imputado ao acusado no primeiro processo e objeto de sentença. Por força do Princípio do Ne bis in idem, ninguém pode ser processado duas vezes pela mesma imputação. A título de exemplo, considerando que o acusado foi condenado pela prática de furto simples (CP, art. 155, caput) e, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória foram apresentadas evidências que demonstram que, na verdade, o acusado cometeu o crime de roubo simples (CP, art. 157, caput) e não furto simples. Por força do Princípio do Ne bis in idem, não poderá haver uma segunda denúncia, pois, a coisa julgada, em seu aspecto objetivo, produziu seus efeitos sobre o fato nuclear criminoso.

Ressalta-se que, conforme redação do parágrafo 2º do artigo 110 do CPP[18] a coisa julgada somente produz efeitos com relação ao fato principal, portanto, não atinge a fundamentação da sentença ou eventual questão prejudicial.

Os limites subjetivos são dados pela identidade do imputado, vinculando somente as partes que participaram do processo, sendo impossível novo processamento em relação à mesma imputação e ao mesmo acusado.

2. Direitos Coletivos em Sentido Lato

A concepção tradicional do direito o subdivide em Direito Público (sendo o titular o Estado) e Direito Privado (sendo o titular o indivíduo).

[18] Art. 110 § 2º CPP. A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto de sentença.

Esta divisão clássica revela-se insuficiente porque, com a evolução do Direito e da sociedade, surgiram interesses jurídicos que não podem ser categoricamente enquadráveis como pertencentes a quaisquer categorias.

Os interesses transindividuais (direitos coletivos em sentido lato) são aqueles situados entre o interesse público e o interesse privado, ou seja, são mais que um interesse individual e menos que um interesse público.

Na década de 70, Mauro Cappelletti, Jurista italiano, sinalizou que a defesa desses interesses não poderia dar-se pelo processo individual, pois a disciplina comum do Código de Processo Civil não atenderia todas as particularidades do processo coletivo, sendo necessário um código com princípios e institutos próprios.

> Nas últimas décadas, **Mauro Cappelletti** começou a chamar a atenção da comunidade jurídica para os interesses dos grupos. Ele **apontou a necessidade de se dar uma disciplina particular para sua defesa**, pois a disciplina comum, do Código de Processo Civil, não era apta para atender às particularidades da questão, já que, sobre dificultar o acesso à jurisdição, ainda permitia decisões conflitantes para os componentes do grupo, em prejuízo da uniformidade do direito e da homogeneidade da decisão. (MAZZILLI, 1998, pág. 07)[19] (grifo nosso).

No Brasil, reconhecendo-se a existência de interesses coletivos em sentido lato, exsurge a necessidade de uma tutela diferenciada, consequentemente, buscando regras especiais referentes à ação, legitimação, competência e coisa julgada. Assim ensina Ada Pellegrini Grinover (1984)

> Mas **onde a tutela dos interesses difusos se torna mais relevante** é no plano processual. Não somente porque é o processo, como instrumento de atuação de certas fórmulas constitucionais, que viabiliza a sua garantia, transformando o «direito declarado» em «direito assegurado»; mas ainda porque, **tratando-se de interesses difusos, o próprio processo se apresenta em um novo enfoque, desafiando a argúcia e a criatividade do processualista.**[20] (grifo nosso)

[19] MAZZILLI, Hugo Nigro. **Especialização em direitos difusos e coletivos.** Aula 1: Princípios processuais da proteção aos interesses difusos e coletivos. Nº 1, 347.922.33 (81) M459p (1998) p. 19, disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/difusos98.pdf>

[20] GRINOVER, A. P. (1984). Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 79, 283-307**. Re-

No direito brasileiro, iniciaram-se na década de 80 as primeiras preocupações com a demanda coletiva. Em 1985, entrou em vigor a Lei nº 7.347/85, conhecida como Lei de Ação Civil Pública. Em 1989, promulgou-se a Lei que trata da defesa dos interesses de grupos das pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89). Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor ampliou o objeto da defesa dos interesses coletivos e trouxe importantes aperfeiçoamentos à Lei de Ação Civil Pública, permitindo a defesa de quaisquer interesses de grupos e não somente do consumidor.

O direito coletivo lato sensu é gênero que possui três espécies. Vejamos:

a) Direitos difusos: possui como titular um grupo composto por pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias do fato. Contudo, o proveito é indivisível. Ou seja, esta situação de fato une interessados indetermináveis, mas o dano é individualmente indivisível. Ada Pellegrini Grinover conceitua os interesses difusos:

> O outro grupo de interesses metaindividuais, os dos interesses difusos propriamente ditos, compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições socio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, et. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletiva, sinteticamente referidas à qualidade de vida. E essas necessidades e esses interesses de massa, sofrem constantes investidas frequentemente também de massas, contrapondo grupos versus grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos". (GRINOVER, 1984 apud SMANIO, 2000. Pág. 24-25)[21]

A título de exemplo, pode-se citar a publicidade enganosa ou abusiva, proteção ao meio ambiente, preservação da moralidade administrativa.

Como aponta Mazzili (2006)[22], há interesses difusos:

---

cuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>

[21] GRINOVER (1984) apud SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal de interesses difusos**. São Paulo, Atas, 2000. Pág. 24-25.

[22] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19ª edição. São Paulo. Saraiva. 2006. Pág. 51.

a. Tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo);
b. Menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade;
c. Em conflito com o interesse da sociedade como um todo (como os interesses dos trabalhadores da indústria de tabaco);
d. Em conflito com os interesses do Estado, como pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes).
e. Atinentes a grupos que mantém conflitos entre si (como os que desfrutam da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).

b) Direitos coletivos em sentido estrito*:* possui como titular um grupo de pessoas indeterminadas, mas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base, porém, o interesse é indivisível. A lesão ao grupo não decorrerá propriamente da situação fática subjacente, mas sim da própria relação jurídica viciada que une o grupo. Ou seja, em que pese o grupo de pessoas seja determinado ou ao menos determinável, não é possível dividir ou quantificar a lesão entre os integrantes do grupo. Mazzilli (2006) apresenta o seguinte exemplo,

> "uma cláusula ilegal em contrato de adesão. A ação civil pública que busque a nulidade dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum, que nesse tipo de ação, deverá ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado". [23]

c) Direitos individuais homogêneos: São aqueles que "estão uniformizados pela origem comum, mas permanecem essencialmente individuais"[24] (SMANIO, 2000) ou seja, nascem como consequência da própria lesão, ou seja, aqueles que une interessados determináveis, com interesses divisíveis,

[23] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19ª edição. São Paulo.Saraiva. 2006. Pág. 53

[24] SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo, Atlas, 2000. Pág. 18.

assim, em sua forma e exercício são coletivos, mas em seu conteúdo individuais. A título de exemplo, pode-se mencionar consumidores que adquiriram produtos fabricados em série com o mesmo defeito.

No Brasil, a doutrina entende que há configurado um microssistema processual que disciplina o processo coletivo.

Um microssistema pode ser definido como a articulação entre diversos diplomas legais que se subsidiam para então tratar de determinada relação jurídica.

AZEVEDO (2012), define microssistema como

> (...) a instrumentalização harmônica de diversos diplomas legais (Constituição Federal, Códigos, Leis especiais, Estatutos etc.), destinados ao trato particular de determinada matéria, cuja amplitude e peculiaridade exijam aplicação conjunta dos comandos normativos para efetiva aplicação de seus ditames. (AZEVEDO, 2012). [25]

A Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça vem reconhecendo este microssistema.

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. (...) 8. **A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.** (...) (grifo nosso). (STJ - REsp: 510150 MA 2003/0007895-7.) [26]

Além dos diplomas mencionados no Recurso Especial, há outros que também compõe o microssistema, a exemplo do Código Florestal, Lei da Política Nacional

---

[25] AZEVEDO, Julio Camargo de. O microssistema de Processo Coletivo Brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.** V.2 2012. P. 111 - 130. <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/43/26>

[26] STJ - REsp: 510150 MA 2003/0007895-7, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/02/2004, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 29/03/2004 p. 173RNDJ vol. 54 p. 112

do Meio Ambiente, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, entre outros.

3. Coisa Julgada no Processo Coletivo

O regime jurídico da coisa julgada coletiva se diferencia do processo individual, apresenta algumas peculiaridades, que serão tratadas a seguir.

O artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor demonstra os efeitos da coisa julgada coletiva, ou seja, a depender da classificação do interesse coletivo em sentido lato a coisa julgada se opera de modos distintos:

> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
> I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
> II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
> III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Deste modo, o art. 103 do CDC estabeleceu, no que tange à coisa julgada em matéria de interesses transindividuais, a) interesses difusos: efeitos erga omnes, exceto em caso de improcedência por falta de provas; b) interesses coletivos: efeitos ultra partes, mas limitado ao grupo, classe ou categoria de interessados, exceto em caso de improcedência por falta de provas. c) interesses individuais homogêneos: efeitos erga omnes, exceto em caso de improcedência.

Em atenção ao art. 103 do CDC, conclui-se que em relação aos direitos difusos e coletivos, foi estabelecido o regime da coisa julgada secundum efeito probationis e em relação aos direitos individuais homogêneos, "se ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada por falta improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo"[27]. (DIDIER Jr 2017).

A sentença penal condenatória poderá repercutir no âmbito civil, beneficiando as vítimas e seus sucessores, gerando o transporte in utibilis da coisa jul-

[27] DIDIER JR, Fredie. ZANET DR. Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 11ª Edição. Salvador, Ed. Juspodvim, 2017, pág 430.

gada penal coletiva para a esfera coletiva e individual, conforme dispõem os parágrafos 3º e 4º do artigo 103 do CDC.[28] "Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória pode ser alegada na pendência de ação coletiva, com base no artigo 493, CPC".[29] (DIDIER, 2017, pág. 436).

A ação de improbidade administrativa é uma ação coletiva que dispõe a aplicação de sanções ao agente ímprobo e o ressarcimento ao erário. Assim, DIDIER JR (2017)[30] entende que nas ações de improbidade administrativa o regime da coisa julgada será diferenciado, sendo necessário observar cada capítulo da sentença. Deste modo, no capítulo que versa sobre o ressarcimento ao erário, incidirá de forma ampla o microssistema. Contudo, no capítulo que versa sobre a aplicação das sanções, aplicar-se-á a regra da extensão secundum eventum litis, ou seja, somente se produz coisa julgada se a demanda for julgada procedente.

4. Coisa Julgada Penal Coletiva

"O Direito Penal Coletivo, enquanto ramo do Direito Penal, vem ganhando cada vez mais importância, com o intuito de sistematizar conhecimentos e servir de instrumento do Estado Democrático de Direito no combate aos grandes crimes que atingem a coletividade."[31] (ALMEIDA e COSTA, 2018, p. 516).

Para analisar a coisa julgada no processo penal coletivo, faz-se necessário classificar os bens jurídicos penais. Na definição de Francisco de Assis Toledo[32](1994), bens jurídicos "são valores ético-sociais que o direito seleciona com

---

[28] Art. 103 § 3º CDC. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei 7.347, de 24/07/85 não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º - Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

[29] **_____. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 11ª Edição. Salvador, Ed. Juspodvim, 2017, pág 436.

[30] **_____. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 11ª Edição. Salvador, Ed. Juspodvim, 2017, pág 438

[31] ALMEIDA, A.A. e COSTA, R.O. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva**. ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.) In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D´Plácido, 2018. Pg.516.

[32] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo. Ed. Saraiva,

o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou lesões efetivas". O referido doutrinador ainda define bem jurídico-penal como "aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes em relação a ele, as garantias oferecidas no ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais". (TOLEDO, 1994, pág. 17).

Gianpaolo Poggio Smanio (2000)[33] apresenta uma tríplice classificação dos bens jurídico-penais: bem jurídico-penal de natureza individual, bem jurídico-penal de natureza coletiva e bem jurídico-penal de natureza difusa.

Os bens jurídico-penais de natureza individual são aqueles que se referem ao indivíduo, assim, ele pode dispor destes bens sem afetar aos demais indivíduos. São, portanto, divisíveis em relação ao titular. Por exemplo, a vida, a honra, a integridade física, a propriedade, etc.

Os bens jurídico-penais de natureza coletiva se referem à coletividade, deste modo, os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. Assim, são indivisíveis em relação aos titulares. Ex.: paz pública.

Os bens jurídico-penais de natureza difusa se referem à coletividade, dos quais o indivíduo não tem disponibilidade sem afetar a coletividade. Também são indivisíveis em relação aos titulares, porém, os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos da sociedade, por exemplo, meio ambiente. s,

A necessidade de um Processo Penal Coletivo se justifica pelas peculiaridades dos direitos transindividuais, coletivos ou difusos, a exemplo, a admissão de novos legitimados no polo passivo e ativo. Trazendo à baila o artigo 80 do CDC[34], verifica-se que pode, quando em crimes que envolvam relações de consumo, outros legitimados intervir como assistentes, conforme disposto nos incisos III e IV do artigo 82 do mesmo código.[35]

1994, 5ª edição. Pág. 16.

[33] SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo, Atlas, 2000. Pág. 108.

[34] Art. 80 CDC. No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.

[35] Art. 82 CDC. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

Feitas estas considerações, percebe-se que os direitos penais coletivos merecem regras processuais próprias devido suas peculiaridades e interesses.

> "No campo processual, os bens jurídico-penais coletivos também não podem ser tutelados pelas mesmas estruturas investigativas clássicas, que foram concebidas para garantir bens penais de titularidade individual. Partindo dessa premissa, o Direito Processual Penal Coletivo vem sendo "construído" por intermédio de uma ótica distinta do Direito Processual Penal Individual, de modo a atentar para as peculiaridades exigidas para a efetiva tutela penal dos bens jurídicos coletivos". (ALMEIDA e COSTA, 2018, p. 516)[36]

A coisa julgada penal coletiva incide quando a vítima mediata de um crime é a coletividade, estendendo-se os seus danos sobre diversos ofendidos, exempli gratia, como ocorre nos crimes ambientais.

Sob o aspecto penal, no que se refere aos limites objetivos, está acobertado pela coisa julgada penal coletiva o fato nuclear criminoso, pouco importando a classificação formulada

Sob o aspecto cível está submetida à coisa julgada a qualidade do dispositivo da decisão. O dispositivo da decisão é a parte da decisão judicial que apresenta uma conclusão, para DIDIER (2016) trata-se de um elemento fundamental da decisão, pois "é a parte da decisão em que o órgão jurisdicional estabelece um preceito normativo (...) sem esse comando a decisão é inexistente.[37]

A Jurisprudência tem entendido que com relação ao limite objetivo, somente o dispositivo da decisão está acobertado pela coisa julgada:

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

[36] ALMEIDA, A.A. e COSTA, R.O. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva**. ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.) In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D´Plácido, 2018. Pg.516.

[37] DIDIER JR, Fredie. Curso de Processo Civil, Volume 2. 11ª Edição. Salvador. Juspodivm. 2016. Pg. 358.

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. JUROS DE MORA. PARÂMETROS FIXADOS NO TÍTULO EXECUTIVO. ACÓRDÃO. APELAÇÃO. LIMITE. COISA JULGADA. **Somente o dispositivo faz coisa julgada.** A fundamentação, composta pelos motivos de fato e de direito, bem como pela verdade dos fatos estabelecida como premissa para o julgamento, não é atingida pela coisa julgada material, ainda que determinante e imprescindível para demonstrar-se o conteúdo da parte dispositiva da sentença. (TRF-4 - AC: 50006116420164047110 RS 5000611-64.2016.4.04.7110, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 27/11/2018, TERCEIRA TURMA)[38] (grifo nosso).

Para discutir os limites subjetivos da coisa julgada penal coletiva, é mister realizar algumas considerações.

Primeiramente deve-se considerar que o artigo 63 do CPP[39] apresenta que um dos efeitos da sentença penal condenatória é tornar certa a obrigação do autor do crime em indenizar pelos danos causados em virtude do delito. Logo, transitada em julgado a sentença condenatória, tanto a vítima, como seus herdeiros ou representantes legais poderão, no âmbito civil, promover a reparação do dano.

No parágrafo único do artigo supracitado está disposto que a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV[40] do artigo 387 do referido Código.

Desta feita, a condenação proferida no âmbito penal vale como título judicial a ser executado no âmbito civil. Por conseguinte, o juiz deverá fixar um valor mínimo de forma a propiciar que a reparação seja satisfeita, tornando desnecessária a ajuizar ação de reparação de danos materiais ou morais.

---

[38] BRASIL, TRF-4 - AC: 50006116420164047110 RS 5000611-64.2016.4.04.7110, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 27/11/2018, TERCEIRA TURMA.

[39] Art. 63 CPP. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo civil, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único: Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

[40] Art. 187 CPP. O juiz, ao proferir a sentença condenatória:

IV. fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Em segundo plano, é imperativo analisar o parágrafo 3º do artigo 103 do CDC[41] combinado com os artigos 13[42] e 16[43] da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública – LACP)

Resumidamente, a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Portanto, sendo procedente o pedido, beneficiarão todas as vítimas e seus sucessores que poderão proceder com a liquidação e execução no âmbito civil.

Por fim, o CDC aplica esta disposição à sentença penal condenatória, conforme prevê o parágrafo 4º do artigo 103.[44]

Destarte, a coisa julgada penal coletiva somente deve vincular as partes, ou seja, produzirá seus efeitos inter partes e, quando da execução no juízo cível para reparação do dano, produzirá efeitos erga omnes.

Imagine-se que determinada empresa cometeu um crime ambiental e a ela foram aplicadas sanções penais em virtude de tal delito. Transitada em julgado a sentença penal condenatória, os efeitos da coisa julgada penal coletiva somente

---

[41] Art. 103 CDC. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

[42] Art. 13 LACP. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.
§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária
§ 2º. Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.

[43] Art. 16 LACP. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

[44] Art. 103 §4º CDC. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

atingirão aquela determinada empresa, não obstante, quando da execução para a reparação do dano, produzirá efeitos erga omnes. Isto posto, qualquer pessoa que tenha sofrido danos em decorrência do crime poderá promover no âmbito civil a reparação do dano com o valor fixado na sentença penal condenatória e, se não houver valor fixado, poderá no âmbito civil, o ofendido proceder com a liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido e posteriormente a execução.

Conclusão

A construção de uma sociedade democrática, o nascimento da Ação Civil Pública, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, e posteriormente o surgimento de inúmeros direitos tem provocado uma revolução na forma de se tutelar direitos, em especial, na esfera coletiva.

Estes interesses, que estão entre os interesses público e privado, também chamados de interesses transindividuais ou metaindividuais, como gênero abrangem três espécies: os interesses individuais homogêneos, os interesses difusos e os interesses coletivos.

Para a tutela destes interesses no âmbito civil há um microssistema processual coletivo, reconhecido pelos Tribunais Superiores, que abarca o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Ação Civil Pública, a Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Estatuto do Idoso, entre outras.

No âmbito penal, ainda há ausência de legislação para a tutela dos interesses transindividuais, ou seja, crimes que afetam a coletividade. Portanto, foi objeto deste trabalho a análise da coisa julgada sob o aspecto do Direito Processual Penal Coletivo.

Concluiu-se que no âmbito do Direito Processual Penal Coletivo que com relação aos limites objetivos, estará acobertado pela coisa julgada penal coletiva o fato nuclear criminoso e sob aspecto civil a qualidade do dispositivo da decisão. Sobre os limites subjetivos, esta somente deve vincular as partes, ou seja, produzirá seus efeitos inter partes e, quando da execução no juízo civil para reparação do dano, produzirá efeitos erga omnes.

SANTOS, S.Z. dos. Collective criminal judgment. *Justitia*, São Paulo, v. Especial, p. 96/116, Set 2019

- **ABSTRACT:** The purpose of the current article is to achieve one study about Res Judicata Collective Criminal from analysis of the Civil Procedure Code, Consumer Protection Code and Criminal Procedure Code, and thus will contribute to the branch of the law that begins, the Criminal Procedural Collective law.

• **KEYWORDS**: Res Judicata. Criminal Procedural Collective. Collective Laws.

Referências

ALMEIDA, A.A. e COSTA, R.O. Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva. ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.) In: **30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios**. Belo Horizonte, D´Plácido, 2018.

AZEVEDO, Julio Camargo de. AZEVEDO, Julio Camargo de. O microssistema de Processo Coletivo Brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.** V.2 2012. P. 111 - 130. <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/43/26>. Acesso em: 09 março 2019.

BRASIL. **Constituição. (1988).** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 08 fev. 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 07 fev. 2019.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 16 fev. 2019.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Lei de Ação Civil Pública**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm > Acesso em: 11 abril 2019.

_____. TRF-4 - AC: 50006116420164047110 RS 5000611-64.2016.4.04.7110, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 27/11/2018, TERCEIRA TURMA. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/653879687/apelacao-civel-ac-50006116420164047110-rs-5000611-64201640471 10?ref=serp&s=paid>. Acesso em: 23 abril 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. EREsp: 160850 SP 2001/0043753-2, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 03/02/2003. Data de Publicação: DJ 29.09.2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7416217/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-160850-sp-2001-0043753-2?ref=juris-tabs> . Acesso em 11 jan 2019.

_____. STJ - REsp: 510150 MA 2003/0007895-7, Relator: Ministro LUIZ

FUX, Data de Julgamento: 17/02/2004, T1. Data de Publicação: 29/03/2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5703967/recurso-especial-resp-1085218-rs-2008-0187271-3>. Acesso em 14 jan 2019.

_____. STJ - AgRg nos EDcl no Ag: 647920 BA 2004/0180268-0, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 05/08/2008, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 18/08/2008, --> DJe 18/08/2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/789723/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-de-instrumento-agrg-nos-edcl-no-ag-647920?ref=serp>. Acesso em 22 abril de 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos**. Salvador, Juspodvim, 2018.

DIDIER, JR **Curso de Processo Civil, Volume 2**. 11ª Edição. Salvador. Juspodivm. 2016.

DIDIER JR, Fredie. ZANET DR. Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo.** 11ª Edição. Salvador, Juspodvim, 2017.

GRINOVER, A. P. (1984). **Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos**. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, *79*, 283-307. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>. Acesso em: 02 março 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 6ª Edição. Salvador. Juspodivm, 2018.

LUCCA, Rodrigo Ramina. **Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil.** Revista de Processo 2016 REPRO VOL. 252 (FEVEREIRO 2016). Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.04.PDF> Acesso em: 04 fev. 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19ª edição. São Paulo, Saraiva. 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Especialização em direitos difusos e coletivos. Aula 1: Princípios processuais da proteção aos interesses difusos e coletivos.** Nº 1, 347.922.33 (81) M459p (1998) p. 19, disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/difusos98.pdf > Acesso em: 02 março 2019.

SÁ, Renato Montans. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo. Saraiva. 2015

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos.** São Paulo. Atlas. 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª edição. São Paulo. Saraiva, 5ª edição, 1994.

Crimes de Consumo: Análise dos Tipos do Código de Defesa do Consumidor Relacionados com a Oferta e Publicidade de Produtos e Serviços

Marco Antonio ZANELLATO
Procurador de Justiça
Doutor e Mestre em Direito - USP

Edgard Moreira DA SILVA
Procurador de Justiça
Mestre em Direito - PUC/SP

- **SUMÁRIO:** Introdução - 1 Direito Penal Econômico e Direito Penal do Consumidor: relação de continência. 2 Crimes de consumo: próprios e impróprios. 3 Bens jurídicos objeto da proteção jurídica. 4 Natureza jurídica dos crimes contra as relações de consumo. 5 Análise dos crimes do Código de Defesa do Consumidor relacionados com a oferta, venda e publicidade de produtos ou serviços: 5.1 Crime de oferta não-publicitária enganosa (art. 66); 5.2 Crime de publicidade enganosa ou abusiva (art. 67); 5.3 Crime de publicidade abusiva: modalidade que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde (art. 68); 5.4 Crime de descumprimento do dever de organização de dados que embasem a mensagem publicitária (art. 69). Conclusão. Referências

- **RESUMO**: No presente artigo, aborda-se a tipificação criminal da oferta e da publicidade ilícitas no Código de Defesa do Consumidor, uma de suas grandes novidades. A tipificação penal dessas condutas ilícitas revela-se um importante instrumento a assegurar, ao lado das sanções administrativas e civis para o caso de descumprimento de deveres do fornecedor, o direito do consumidor à informação adequada, clara e completa (ou simplesmente informação *eficiente*) sobre os diferentes produtos e serviços colocados no mercado de consumo e, como decorrência natural, à concretização de seus direitos básicos à proteção contra práticas comerciais desleais, espe-

cialmente a oferta e a publicidade enganosas, direitos esses previstos nos incisos III *et* IV do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Antes de ingressar na análise dos tipos do art. 66 a 69, demarca-se que, nos tipos penais do CDC, protege-se *diretamente* a relação jurídica de consumo, bem jurídico *metaindividual* (ou *macrossocial*), autônomo e imaterial, e, *reflexamente*, bens jurídico-penais individuais do consumidor, como a vida, saúde, integridade psíquico-física e seu patrimônio (bens jurídicos *microssociais*). Os crimes são de *lesão* ao bem jurídico coletivo ou metaindividual e de *perigo* aos bens jurídicos microssociais do consumidor. Enfatiza-se que a grande maioria dos crimes do Código corresponde à violação de *deveres de conduta* nele impostos aos fornecedores. Os crimes aqui tratados decorrem da violação do *dever de informar* conferido aos fornecedores, como decorrência do princípio da *transparência*, um dos pilares do CDC, ao lado do princípio da *boa-fé objetiva*. O crime do art. 66 refere-se à oferta enganosa *não publicitária* de produtos e serviços, enquanto o do art. 67 corresponde à oferta enganosa *publicitária* de produtos e serviços, ou seja, à oferta divulgada em veículos ou suportes de comunicação de massa, como a televisão e internet (sítios, redes sociais, aplicativos, blogs etc.). Esses tipos são analisados de forma detalhada, abrangendo-se sua objetividade jurídica, autoria, antijuridicidade ou ilicitude (tipo-de-ilícito) e culpabilidade (dolo direto, dolo eventual e culpa em sentido estrito). Demonstra-se que a criminalização da publicidade enganosa foi uma das maiores novidades do CDC, seguindo-se o exemplo de outros países em que ela também é tipificada como crime, com ênfase para o Código de consumo francês (*Code de la consommation*), onde são punidas criminalmente uma série de práticas comerciais desleais, entre elas a publicidade enganosa (*publicité trompeuse*), por elas respondendo penalmente as pessoas físicas culpadas e as pessoas jurídicas. O tipo do art. 69, por seu turno, guarda íntima relação com o do art. 67, porquanto pune a conduta do fornecedor-anunciante que descumpre o dever de organizar dados fáticos, técnicos ou científicos suscetíveis de dar sustentação ao anúncio publicitário, previsto no art. 36, parágrafo único. A ausência desses dados em poder do anunciante que promove a veiculação de publicidade já basta para caracterizar o delito em apreço, pois elimina a certeza da veracidade do que é afirmado no anúncio. Por fim, o tipo do art. 68 diz respeito à veiculação de publicidade abusiva capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança. Foi destacada do art. 67 porque se

trata da mais grave de publicidade abusiva. Daí a majoração da pena em relação à prevista naquele tipo. Melhor seria, talvez, que essa conduta criminosa fosse uma qualificadora do art. 67, para afastar a crítica de sobreposição de tipos penais. Encerra-se o trabalho apontando-se sucintas conclusões, extraídas do texto do corpo do artigo.

- **PALAVRAS CHAVES**: Relações de consumo, deveres dos fornecedores, direitos dos consumidores, crimes de oferta e publicidade enganosa, publicidade abusiva.

Introdução

No Brasil, a proteção legal do consumidor teve início com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, editada em atendimento a mandamento constitucional (art. 48 do ADCT). Tal diploma, que é conhecido como Código de Defesa do Consumidor, além de contar com normas que protegem o consumidor nos âmbitos civil e administrativo, também apresenta normas que tipificam crimes contra as relações de consumo, as quais, junto com os tipos penais de consumo da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (Capítulo II, art. 7º, I a IX),[1] constituem um verdadeiro Direito Penal do Consumidor.[2] Esse quadro é diferente do existente em diversos países, como, por exemplo, Portugal, onde não se pode falar dessa espécie de Direito penal secundário, pois que "não existe no ordenamento jurídico português um seg-

[1] Observa-se que a Lei n. 12.529, de 30/11/2011 (que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), em *significativo retrocesso*, revogou os tipos penais que descreviam crimes contra as relações de consumo e ordem econômica previstos nas alíneas *a* a *f* do inciso I do art. 4º e os arts. 5º e 6º da Lei n. 8.137/1990. Entre as disposições revogadas destacam-se as que tipificavam como crime condutas praticadas na atualidade, como a *cobrança de ágio,* a *venda casada*, a *elevação, sem justa causa, de preços de produtos ou serviços* e a *aplicação de reajuste de preços ou indexação de contrato proibida*.

[2] Segundo MONTE, Mário Ferreira, "as normas penais a conferirem protecção ao consumidor podem formar um corpo especial (relativamente autónomo) de normas, ao qual se poderá chamar direito penal do consumo, cuja autonomia se justifica quer pela peculiaridade da relação de consumo, quer pelo facto de encontrar na Constituição a referência axiológico-normativa para esse efeito" (*Da proteção penal do Consumo*. *O problema da (des) criminalização no incitamento ao consumo*. Lisboa: Almedina, 1996, p. 309).

mento autonomizado do direito penal que enquadre as normas incriminadoras que estabelecem a tutela dos bens jurídicos que podem ser lesados no âmbito das relações de consumo", sendo a tutela desses bens jurídicos, nesse contexto, "obtida por via indireta, a partir de normas incriminadoras que protegem outros bens jurídicos", as quais se encontram dispersas pelo Código Penal, pelo Regime Jurídico das Infrações Antieconômicas e contra a Saúde Pública e pelo Código da Propriedade Industrial.[3]

Por outro lado, se o Anteprojeto do Código do Consumidor português, de 2006, elaborado sob a coordenação de Pinto Monteiro, vier a se transformar em lei, a situação passará a ser semelhante à do CDC, pois esse anteprojeto contém alguns tipos penais que protegem bens jurídicos dos consumidores – embora em menor número.[4]

Também há previsão de diversas infrações penais no Código de Consumo francês (*Code de la consommation*),[5] punidas com prisão e multa. A guisa de exemplificação, podem ser mencionados os delitos consistentes em práticas comerciais enganosas (*pratiques commerciales trompeuses*), previstos nos arts. L121-2 a L121-5, entre os quais se inclui o crime de publicidade enganosa (*publicité trompeuse*). Mais à frente, quando da análise do crime do art. 67 do CDC, voltaremos a este tópico, em sucinta análise comparativa entre o citado delito do CDC e o equivalente do Código de consumo francês.

No Código de Defesa do Consumidor brasileiro, os crimes estão previstos nos artigos 63 a 74. Na definição dos crimes contra as relações de consumo tipificados nesses artigos, adotou-se um critério residual, porque se procurou excluir as infrações penais que, embora relacionadas com o conteúdo

[3] DANTAS, António Leones. *Tutela penal de consumo*. Intervenção proferida em 21 de junho de 1996, no C.E.J., nas Primeiras Jornadas Luso-Brasileiras sobre Protecção Judiciária do Ambiente e do Consumidor, realizadas em Lisboa, Portugal.

[4] No Anteprojeto do Código do Consumidor português estão previstas as seguintes infrações penais: Dos crimes contra a saúde e a segurança: Artigo 428° (Produção, distribuição ou comercialização de bens e serviços nocivos à saúde ou à segurança) e Artigo 431º (Recusa em retirar do mercado bens e serviços nocivos à saúde ou à segurança); Dos crimes contra a qualidade de bens de consumo: Artigo 432º (Produção, distribuição ou comercialização de bens impróprios para o consumo); Dos crimes contra interesses patrimoniais: Artigo 434º (Fraude na produção e no comércio) e Artigo 435 (Aproveitamento de situação de ingenuidade, ignorância ou debilidade psíquica).

[5] Versão consolidada em 10 de novembro de 2019.

do Código de Defesa do Consumidor, já estavam definidas noutros diplomas legais, *v.g.*, o Código Penal e a Lei n.º 1.521/1951 (Lei dos Crimes contra a Economia Popular). Procurou-se, com isso, evitar a criminalização de condutas já tipificadas em outras leis penais, bem como a criação de disposições penais suscetíveis de, em confronto com as de outros diplomas penais, gerarem o chamado conflito aparente de normas. Este, como se sabe, dificulta sobremaneira o enquadramento penal da conduta e contribui para o enfraquecimento do Direito penal, cujo fim último é o de proteger bens jurídicos.[6]

[6] FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 621, nota 130.

A propósito da função do Direito penal como ordem de proteção de bens jurídicos e da idéia de prevenção geral positiva como fundamento de aplicação da pena, Jorge Figueiredo Dias sublinha: "(...) à luz de uma concepção do direito penal como ordem de *protecção de bens jurídicos* – ligada, por sua vez, a uma ordem de legitimação da intervenção penal fundada na *necessidade* de preservação das condições indispensáveis de livre realização de cada pessoa na comunidade -, a esta luz, as finalidades da pena só podem ser de natureza exclusivamente *preventiva* e não retributiva; e entre aquelas o predomínio absoluto não pode deixar de ser concedido à finalidade de manutenção, apesar da violação da norma ocorrida, da confiança comunitária na prevalência do direito face ao ilícito; ou dito de outra forma: à idéia da estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na manutenção da validade da norma violada. Nisto consiste essencialmente a idéia, hoje fundamental e irrenunciável, da *prevenção geral positiva* (*ou de integração*, no preciso sentido do restabelecimento, através da punição, da paz jurídica comunitária) como finalidade básica da aplicação da pena (...). A função do direito penal – de protecção de bens jurídicos – e a justificativa da intervenção penal – a estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada – juntam-se na determinação funcional da categoria do ilícito: a esta categoria, *assim materialmente estruturada*, pertence por isso prioridade teleológica e funcional sobre a categoria do tipo, a ela advém *o primado na construção teleológico-funcional do crime*. Com a categoria do ilícito quer-se traduzir o específico sentido de desvalor jurídico-penal que atinge um *concreto* comportamento humano numa concreta situação, atendidas, portanto, todas a condições *reais* de que ele se reveste ou em que tem lugar. E só a partir daqui ganha o tipo o seu verdadeiro significado: nesta acepção, na verdade, 'sem ilícito não há tipo'; ou, de outro modo, todo o tipo é *tipo-de-ilícito*. O tipo surge assim – como em certo momento a doutrina dominante pareceu claramente dar-se conta, antes que a questão se complicasse (e obscurecesse) com a querela à volta dos 'elementos negativos do tipo' – como 'tipicização', 'sedimentação concreta' ou 'irradiação' de um ilícito, é um ilícito 'cunhado tipicamente', é o 'interposto da valoração jurídico-criminal', o 'portador da valoração' de um comportamento como ilícito. Critérios hoje decisivos de delimitação da extensão e do sentido do tipo como os da imputação objectiva, da área da tutela, do

Esse desiderato está bem claro nas palavras de um dos eminentes redatores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, o pioneiro José Geraldo Brito Filomeno:

> (...) a preocupação do legislador, ao tratar dos crimes contra as relações de consumo na Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) foi primordialmente no sentido de não arranhar a legislação penal, tanto a codificada quanto a extravagante e, o que é mais importante, tipificar condutas ainda não contempladas nos casos em testilha, como os abusos em matéria de publicidade ('enganosa' ou 'abusiva'), bem como outras consideradas de tal forma graves que, além do tratamento de natureza administrativa e civil, estariam a demandar igualmente o tratamento penal.[7]

Foram assim tipificadas, no CDC, condutas nele descritas – na parte civil ou material - capazes de afetar de forma significativa a integridade das relações de consumo, como, *v. g.*, a não realização de *recall* (art. 64), a oferta não publicitária enganosa (art. 66), a publicidade enganosa ou abusiva (art. 67) e a cobrança irregular de dívida de consumo (art. 71). Buscou-se, desse modo, dar maior garantia de obediência aos preceitos do CDC criadores de *deveres de conduta* dos fornecedores de produtos e serviços, criando-se um importante instrumento de reforço da proteção do consumidor no mercado.

Completou-se, com a criação de tipos-de-ilícito de consumo, no CDC, a necessária tríade de garantia de aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor: *prevenção* (proteção *ex-ante*), *reparação* e *repressão* (proteção *ex-post*).

No presente ensaio, é feita uma abordagem apenas da tipificação criminal da oferta e da publicidade ilícitas no Código de Defesa do Consumidor, uma de suas grandes novidades. Afigura-se como um importante instrumento

fim de protecção da norma, do acordo, etc., são claramente critérios obtidos a partir da essência mesma do *ilícito jurídico-penal* e da sua função no sistema" (*Sobre o estado actual da doutrina do crime – 1ª parte – Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito*, publicado originalmente na Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano I, n. 1, 1991, e, posteriormente, na Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 25, São Paulo: RT, 1999, p. 23-52; v., especialmente, p. 29 e 39).

[7] FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 217-218.

a assegurar, ao lado das sanções administrativas e civis, o direito do consumidor à informação adequada e clara (= informação *eficiente*)[8] sobre os diferentes produtos e serviços colocados no mercado de consumo e, como natural decorrência, à concretização do direito (do consumidor) à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais desleais e práticas comerciais abusivas nas relações de consumo, direitos esses previstos, respectivamente, nos incisos III e IV do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Dos direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, o direito à informação *eficiente* (= *completa*, *plena*, suscetível de levar o consumidor a tomar uma decisão de transação consciente e válida) é, talvez, o mais importante deles. É que *"só* um consumidor completamente informado pode contratar, em pleno conhecimento de causa, com os fornecedores e desempenhar o papel que deve ser seu, o de parceiro econômico", no dizer irretocável de Luc Bihl.[9] Passou-se da antiga regra do *caveat emptor* -- segundo a qual incumbia ao consumidor informar-se sobre os produtos e serviços, para se resguardar quanto a eventuais riscos de erro sobre a qualidade, preço e outras características deles -- para a regra oposta do *caveat venditor,* consoante a qual cabe ao fornecedor o dever de bem informar o consumidor, para prevenir indução ao erro dele.[10] Tal mudança é uma das principais marcas do direito do consumidor brasileiro, pois representou um novo modo de enfocar a oferta de produtos e serviços, antes vista apenas sob a ótica estrita do Direito civil, a qual não gerava a devida proteção ao consumidor que a ela se submetia.

---

[8] Ver, a respeito da informação eficiente nas declarações negociais para o consumo, TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para o consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 4, 1992, p. 52-90.

[9] BIHL, Luc. *Le Droit Pénal de la Consommation,* Paris: Nathan, 1989, p. 319. Apud BENJAMIN, Antonio Herman V. Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3, 1992, p. 89, nota nº 9.

[10] Segundo BENJAMIN, Antonio Herman V., "a garantia de informação plena – tanto no seu aspecto sanitário como econômico – funciona em duas vias. Primeiro, o direito do consumidor busca assegurar que certas *informações negativas* (a 'má informação, porque inexata – digo algo que não é -, como na publicidade enganosa) não sejam utilizadas. Em segundo lugar, procura garantir que certas *informações positivas* (deixo de dizer algo que é, como, por exemplo, alertar sobre riscos do produto ou serviço) sejam efetivamente passadas ao consumidor" (Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor, p. 90)

No Direito europeu, a Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005 - relativa às *práticas comerciais desleais* das empresas no mercado de consumo, que lesam interesses econômicos dos consumidores --, consagra, como necessária, a informação adequada ao consumidor nos negócios de consumo. Assim, considera enganosa uma prática comercial se ela contiver informações falsas, inverídicas ou que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor, mesmo que a informação seja fatualmente correta, levando o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, ou seja, caso tivesse sido informado adequadamente (de modo pleno).

No ordenamento jurídico brasileiro, como antes foi assinalado, o art. 6°, III, do CDC, estatui ser direito básico do consumidor "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem". Em correspondência direta com o direito do consumidor à informação adequada, está o dever de o fornecedor (contraparte na relação de consumo) informar sobre os produtos e serviços que introduz no mercado de consumo, conforme previsto em vários dispositivos da parte material do Código do Consumidor, como os arts. 8°, 9°, 10, § 1º, 30, 31, 43, *caput,* e 44, § 1º. Trata-se da *concretização*, em regras específicas, do *princípio da transparência* nas relações de consumo, previsto no art. 4º, *caput*, do CDC. E não podia ser diferente, porquanto ninguém conhece melhor o produto ou serviço do que o seu fornecedor, pois é ele quem os coloca no mercado de consumo e, na maioria das vezes, é o responsável direto pela sua produção ou prestação. A lei de proteção ao consumidor, com o escopo de garantir o cumprimento do *dever de informar*, confere ao consumidor e aos entes legitimados para a sua defesa coletiva instrumentos adequados e imprescindíveis para alcançar tal desiderato, que ora resultam em medidas no âmbito civil,[11] ora acarretam aplicações de sanções administrativas pelos órgãos competentes do Poder Público,[12] alternativa ou cumulativamente. Ao lado dessas medidas, de natureza não criminal, o Código sanciona criminalmente aquele que viola o dever de informar, com o escopo de bem garantir

[11] Fixadas em ações judiciais, individuais e coletivas.

[12] Veja artigos 55 a 60 do CDC.

a efetividade das normas que o impõem ao fornecedor. Tal sancionamento materializa-se nos tipos dos arts. 63, *caput* e §§ l° e 2°, 64, *caput* e §§ 1º e 2°, 66, 67, 68, 72 e 74.[13]

Ao estabelecer sanções criminais para condutas que já são puníveis fora do âmbito penal, o legislador reconhece não serem bastantes as sanções administrativas e civis para assegurar o direito básico do consumidor à informação plena (= eficiente). E o fez em compasso com as razões alinhadas pela doutrina para tipificar como crime uma conduta, nas quais se inclui, entre outras, o reconhecimento da insuficiência das sanções não penais para prevenir condutas violadoras de bens jurídicos (Direito penal como *ultima ratio*).[14]

As sanções estabelecidas pelo direito penal do consumidor, um conjunto de regras basicamente consubstanciado na tipologia do CDC, a exemplo do que sucede com o Direito penal econômico *lato sensu* - ao qual pertence aquele -, destinam-se "a assegurar o respeito a direitos e deveres estabelecidos por normas não penais",[15] como o são as regras da parte material do CDC.

Na temática referente à informação do consumidor, como acima foi referido, o legislador não hesitou em criminalizar o descumprimento de praticamente todos os deveres de informar previstos no CDC, passando a punir não só os comportamentos positivos (por ação) do fornecedor - como afirmações falsas sobre produtos -, como também a simples abstenção (omissão de informação sobre dado essencial do produto ou serviço, por exem-

[13] Interessa-nos, neste estudo, apenas os tipos dos artigos 66, 67, 68 e 69 do CDC.

[14] O princípio da *intervenção mínima* traduz a idéia, expressa por Maihofer, de um Direito Penal como *ultima ratio* da política social, verdadeira exigência ética para o legislador a funcionar num duplo sentido: quanto aos fatos a punir e quanto às penas a aplicar. Cf. René Ariel Dotti. O novo sistema de penas. In: *Reforma Penal*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 86. A propósito dessa questão, Eduardo Correia preleciona que ilícito penal consiste na violação de um dever jurídico tipificado pelo legislador, atendendo à gravidade do dano causado, ao alarme social, à frequência dos atos ilícitos, à sua irreparabilidade, à forma de violação da lei e ao reconhecimento da insuficiência das sanções não-penais, dentre outros fatores. Cf. *Direito Criminal,* Coimbra, 1963. Apud BORGES, J. Marques. *Direito Penal Económico e Defesa do Consumidor,* Lisboa: Ed. Rei dos Livros, 1982, p. 28.

[15] Cf. SCREVENS, Raymond. Rapport Général. La Protection du Consommateur en Droit Pénal, *in Travaux de l'Association Henri Capitant. La Protection des Consommateurs (Journées Canadiennes*). Paris: Dalloz, 1975, p. 273. Apud BENJAMIN, Antonio Herman V. O Direito Penal do Consumidor: capítulo do Direito Penal Econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1, 1991, p. 118.

plo), como decorrência natural do "dever afirmativo de informar" ou "obrigação positiva de informar."[16]

Está, assim, sujeito à reprimenda penal tanto aquele que informa de modo inadequado o consumidor - com afirmações falsas ou enganosas - quanto o que omite informação a que estava obrigado por força de normas do próprio CDC, como alertas sobre riscos do produto ou serviço.[17]

A tipificação penal da oferta e publicidade ilícitas, concretizada nas hipóteses previstas nos artigos 66, 67, 68 e 69, constitui-se numa das grandes inovações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor, tipos esses que serão objeto de análise no presente ensaio.

A finalidade desses novos tipos penais é reprimir - e principalmente prevenir - a prática da oferta e da publicidade ilícitas, isto é, a oferta (não publicitária e publicitária) que apresenta informações falsas (enganosas por comissão ou omissão) ou abusivas, inclusive quando decorrentes de mensagens publicitárias dissimuladas (o chamado, de forma atécnica, *merchandising*) ou subliminares[18] e comparativas, quando estas forem suscetíveis de induzir o consumidor a erro, engano ou confusão.

1. Direito Penal Econômico e Direito Penal do Consumidor: Relação de Continência

O Direito penal econômico, sendo uma parte do Direito Penal, tem como denominador comum a atividade econômica. Pode ser definido, sintetica-

[16] Cf. artigos 8º, 9º, 10º, § 1º, e 31, *in fine*. Neste sentido, a lição de BENJAMIN, Antonio Herman V.: "Em vez de punir apenas os comportamentos positivos – ativos – do fornecedor (alegações enganosas, por exemplo), sanciona, cada vez mais, a simples abstenção, impondo ao fornecedor um *dever afirmativo de informar*, obrigação esta mais rígida que aquela – quase que universal nos diversos sistemas jurídicos – de, em informando, fazê-lo adequadamente" (Crimes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, 1992, p. 90).

[17] BENJAMIN, Antonio Herman V. Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 90

[18] Para um estudo aprofundado sobre a publicidade subliminar, consulte-se CALAZANS, Flávio. *Propaganda subliminar multimídia.* 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Summus, 2006. Veja, também, no direito estrangeiro, COSSETE, Claude. *La publicité, déchet culturel*, Presses de l'Université Laval, 2001.

mente, como "o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica".[19] O direito penal econômico, no sentido lato, engloba as normas penais que protegem a ordem econômica *stricto sensu* e a ordem econômica no seu todo, compreendendo esta as relações de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. O "delito econômico, em sentido amplo, seria aquela infração que, afetando um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo, num segundo momento, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de produtos e serviços [bem jurídico supraindividual, coletivo ou social]".[20]

Klaus Tiedemann ensina que se outorga "um âmbito maior ao conceito de *delitos econômicos*, aceitando a idéia de que o direito econômico é formado pelo conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção e da fabricação e distribuição de bens econômicos. E para distinguir esses delitos dos que correspondem ao direito penal patrimonial, faz-se prevalecer o bem jurídico coletivo ou supraindividual (social), ainda quando se alude, concretamente, à proteção do indivíduo, consumidor ou concorrente".[21]

Tendo em vista que a ordem econômica, no seu todo, compreende as relações de produção, distribuição e consumo de produtos e serviços, como acima foi referido, é imperioso concluir que o Direito Penal do consumidor, integrado pelos crimes contra as relações de consumo (crimes de consumo próprios), está contido no âmbito do direito penal econômico. Tal relação de continência confere ao direito penal do consumidor importância especial, de modo a justificar a criação de tipos penais relacionados com a ofensa a bens jurídicos individuais do consumidor, ofensa esta que atinge, antes, o bem jurídico coletivo dito *relações de consumo*, tal como consta expressamente do art. 61 do CDC.[22]

---

[19] Cf. BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Manual de derecho penal (parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid: Editorial CEURA, 1987, p. 394 e ss.

[20] Ibidem.

[21] TIEDEMANN, Klaus. Sistema económico y derecho penal económico en Alemania. *Debate Penal*, 7-8-9, ano III, 1989, p. 19, nota 48. Veja, sobre o Direito penal econômico, a seguinte obra coletiva: OLIVEIRA, William Terra de *et al*. (organizadores). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: Liber Ars, 2013.

[22] No mesmo sentido, veja o ensinamento de BENJAMIN, Antonio Herman V.: "Como ramo jurídico, o Direito Penal do Consumidor surge, em tempos recentes, como um capítulo do

2. Crimes de Consumo: Próprios e impróprios

Os crimes contra as relações de consumo definidos no Código de Defesa do Consumidor (arts. 63 a 74) são *crimes de consumo próprios,*[23] porque possuem sujeitos e objeto material *próprios*.

O agente do crime é o *fornecedor***,** definido como *"toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços"* (CDC, art. 3º, *caput*).

Por outro lado, o sujeito passivo é o *consumidor***,** individual, coletiva ou difusamente considerado, a depender dos interesses ou direitos violados ou postos em perigo. Estes ora são individuais, ora são coletivos, ora são difusos.[24] O CDC conceitua o consumidor como *"toda pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza produto ou serviço como destinatário final"* (art. 2º,

Direito Penal Econômico. Sua existência se deve ao reconhecimento feito pelo legislador de que os abusos contra as relações jurídicas entre fornecedores, como agentes (sujeitos ativos), e os consumidores, como vítimas (sujeitos passivos), apresentam características particulares que exigem normas especiais (...). Direito Penal do Consumidor, como verdadeiro capítulo do Direito Penal Econômico forma-se ao redor dos crimes de consumo próprios. No Brasil, embora os crimes de consumo próprios não estejam concentrados em um único diploma legal, sua sede principal é o CDC" (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 893).

[23] A expressão *crimes de consumo próprios* foi cunhada por PIMENTEL, Manoel Pedro. Aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, n. 661, p. 249 *et seq*.

[24] O conceito de interesse ou direito individual não enseja qualquer dificuldade de compreensão, uma vez que diz respeito ao consumidor isoladamente considerado na relação de consumo. Sua defesa pode ser feita pelo próprio consumidor ou coletivamente, quando se tratar de interesses individuais homogêneos, ficando essa defesa a cargo dos órgãos ou entes legitimados legalmente. Os que rendem ensejo a certa dificuldade de compreensão são os conceitos de interesses ou direitos coletivos e difusos, máxime quando cotejados entre si. O Código de Defesa do Consumidor, acolhendo conceituação já consagrada na doutrina, define-os no art. 81, parágrafo único, incisos I e II, respectivamente. Ambos são marcados pelos traços da transindividualidade e indivisibilidade, que os diferenciam dos interesses individuais. A distinção entre eles (coletivos e difusos) é encontrada segundo o critério da definição ou não do número de seus titulares. Com efeito, enquanto os coletivos têm titulares definidos, determinados, representados por grupo, categoria ou classe de pessoas, os difusos não têm titulares determinados. No dizer do Código, estes últimos são aqueles "de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato".

caput), estando ele equiparado, pelo mesmo diploma legal, *"à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo"* (art. 2º, parágrafo único). Há dois outros conceitos de consumidor por equiparação: o do art. 17 e o do art. 29.[25] A essa regra há exceções: *vide, v.g.*, os tipos dos artigos 72 e 73 do CDC, que não apresentam como sujeito ativo o fornecedor, embora o seu sujeito passivo seja sempre o consumidor.

O objeto material dos crimes contra as relações de consumo é o *produto* ou o *serviço***.**[26]

Quanto aos crimes definidos em outros diplomas legais (que não o CDC), alguns são *crimes de consumo próprios* - *vide*, *e.g.*: (a) Código Penal, arts. 272 (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios), 273 (falsificação, corrupção, ou alteração de produto destinado ao fins terapêuticos ou medicinais), 278 (outras substâncias nocivas à saúde pública), e 280 (medicamento em desacordo com receita médica); (b) Lei n.º 8.137/90, art. 7º, IX (exceto, quanto à entrega de matéria prima, pois ambos os sujeitos da relação negocial são profissionais).

Outros são *crimes de consumo impróprios*, em razão de, nem sempre, o agente da infração ter a qualidade de fornecedor, o sujeito passivo ser consumidor e o objeto material ser um produto ou serviço. São apenas *acidentalmente* crimes de consumo: vejam-se, *v. g.*: (a) Código Penal, arts. 171 (estelionato) e 175 (fraude no comércio); e (b) Lei n.º 1.521/1951, art. 2º, IX. Ou só *reflexamente* de consumo: confiram-se, *v.g.*: Lei n.º 8.137/90, 7º, VI (nes-

[25] O art. 17 equipara a consumidores "todas as vítimas do evento", ou seja, as vítimas de acidentes causados por produtos ou serviços defeituosos (v. conceitos de *defeito* do produto e do serviço nos artigos 12, § 1º, e 14, § 1º, respectivamente). Por outro lado, o art. 29 estabelece que se equiparam a consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais previstas nos Capítulos V (oferta: arts. 30 a 35; publicidade: arts. 36 a 38; práticas abusivas: arts. 39 a 41; cobrança de dívidas: art. 42; e bancos de dados e cadastros de consumidores: arts. 43 a 44) e VI (proteção contratual: disposições gerais: arts. 46 a 50; cláusulas abusivas: arts. 51 a 53; e contratos de adesão: art. 54). Para uma análise detida dos diversos conceitos de consumidor previstos no CDC, veja: ZANELLATO, Marco Antonio. Noção jurídica de consumidor. *Revista Justitia*, v. 197, 2007, 2º semestre, p. 255-276. Especificamente sobre a pessoa jurídica na condição de consumidora, veja MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidora*, São Paulo: RT, 2009.

[26] O Código de Defesa do Consumidor define o que são *produtos* e *serviços*, objetos da relação de consumo, respectivamente nos §§ 1º e 2º do art. 3º.

te inciso, quanto à sonegação de insumos), VIII (destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros) e IX (neste inciso, apenas no que se refere à entrega de matéria prima em condições impróprias ao consumo).[27]

3. Bens Jurídicos Objeto da Proteção Jurídica

A tutela, nos crimes contra as relações de consumo, dirige-se diretamente a um bem-interesse jurídico *coletivo* ou *difuso*, de natureza *metaindividual* (chamado por alguns de *bem jurídico social*),[28] denominado *relações de consumo*, como se depreende do texto do art. 61 do CDC.

A lei protege *diretamente* a relação jurídica de consumo, bem autônomo e imaterial, e, *reflexamente*, bens jurídico-penais do indivíduo consumidor, como a vida, saúde, integridade psíquico-física e seu patrimônio, visto que, nos delitos de consumo, há, normalmente, para além do interesse metaindividual, um interesse lesado ou posto em perigo particularmente com a atuação criminosa. Damásio sublinha que: "Esses delitos têm as relações de consumo como objeto jurídico principal. O direito à vida, à saúde, etc. são tutelados de forma indireta. Isso não significa que se dá maior relevância às relações de consumo, conduzindo os direitos pessoais a plano secundário. Esses bens individuais se sobrepõem aos princípios que regem o sistema. Ocorre que, protegendo-se o interes-

[27] Os artigos 61 e 65 do CDC estabelecem sanções penais a crimes próprios de consumo, sem prejuízo do disposto no Código Penal e em legislação penal especial. Portanto, se a conduta do agente, a um só tempo, ofender o bem jurídico tutelado pelos crimes contra relações de consumo e outros bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, estar-se-á diante da hipótese de concurso de crimes. Assim, por exemplo, se em virtude da publicidade ou da oferta enganosa o consumidor, induzido em erro, sofrer prejuízo econômico, o agente responderá por crime de consumo e estelionato, em concurso formal. Há, todavia, precedente jurisprudencial no sentido de que tal hipótese caracteriza concurso material (RT 785/627).

[28] Acerca de um estudo sobre bens jurídicos supraindividuais, no âmbito do direito penal do consumidor, veja FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo – estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*, São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 274-275.

se coletivo, automaticamente está sendo conferida tutela aos bens particulares".[29]

Nos crimes contra as relações de consumo a coletividade aparece como sujeito passivo principal, imediato e constante (é a chamada *vitimização coletiva* ou *difusa*), enquanto o consumidor desponta como sujeito passivo secundário e mediato, que nem sempre sofre ofensa (resultado de dano efetivo) em um de seus bens jurídicos primordiais.[30]

Pierpaolo Cruz Bottini, discorrendo sobre as diferentes teorias relacionadas com a construção e a aplicação dos tipos de perigo abstrato, com o objetivo de encontrar suporte para sua legitimidade, afirma que vários autores estrangeiros, do Direito Penal moderno, especialmente alemães (entre eles,

---

[29] Cf. JESUS, Damásio E. de. A natureza dos crimes contra o consumidor. *Tribuna do Direito*, São Paulo, maio/1993, p. 13. Comunga do mesmo entendimento Adel El Tasse: "Os crimes contra as relações de consumo (...) são delitos de resultado, pois a tipificação está vinculada ao resultado de efetiva lesão ao normal funcionamento das relações de consumo. Ofendendo-se o bem jurídico tutelado – normal funcionamento das relações de consumo – tem-se a tipificação penal, embora a presença de potencialidade na conduta para produzir resultado natural (bem jurídico secundário) seja irrelevante para a tipificação, sob o ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor" (O conteúdo penal do Código de Defesa do Consumidor. *Carta Forense*, novembro/2009, p. B 12).

[30] A. Henriques Gaspar, analisando os vastos campos em que o consumidor pode sentir-se defraudado ou prejudicado, ensina que a sua posição se insere num "vasto espaço onde confluem interesses individuais e colectivos, assumindo a dimensão valorativa de *bens jurídicos necessitando de protecção*: direito à saúde e segurança, direito a exigir as quantidades e qualidades acordadas, direito à informação sobre os produtos, contratos, conteúdo das suas cláusulas e meios de protecção e defesa, direito à liberdade de escolha e igualdade de contratação, direito de não suportar cláusulas abusivas, direito a uma eficaz prestação de serviços" (Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores. *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 448, julho/1995, p. 40-41).

O autor consigna, também, que, "na perspectiva da protecção penal – considerada a especial relevância logo no modelo de valoração constitucional dos bens jurídicos em causa – adquirem particular relevo, no plano individual, os bens jurídicos vida, integridade física e saúde e propriedade, e no plano colectivo ou difuso, a saúde pública e a ordem sócio-econômica. A diversa dimensão do bem jurídico (individual, difusa ou colectivo) determina uma diferente perspectiva quanto à intervenção do direito penal na protecção do consumidor: enquanto indivíduo, possivelmente afectado nos bens eminentemente pessoais, e enquanto elemento integrante da categoria difusa `consumidores´, sócio-economicamente considerada" (ibidem).

Urs Kindhäuser) e espanhóis (entre eles, José Manuel Paredes Castañon e Mirentxu Corcoy Bidasolo), situam os delitos de perigo abstrato como *delitos de lesão* a bens jurídicos *transindividuais* (denominados de bens jurídicos intermediários, de *titularidade coletiva*) e de *perigo abstrato* para bens jurídicos *mediatamente* protegidos (v.g., bens jurídicos de consumidores individualmente considerados, como a vida, a saúde e o patrimônio), em linha com o que expusemos anteriormente.[31]

4. Natureza Jurídica dos Crimes Contra as Relações de Consumo

A maioria dos doutrinadores ensina que os crimes contra as relações de consumo são de *perigo abstrato* (ou *crimes de periculosidade*,[32] de *perigo hipotético*,[33] de *perigo implícito* ou de *perigo presumido* - presunção *juris et de jure*, uma vez que a lei presume, de forma absoluta, o perigo) ou

[31] A respeito, BOTTINI, Pierpaolo Cruz remarca que: "A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no resultado lesivo também aparece na Espanha, onde diversos autores trazem a necessidade de proteção de bens jurídicos transindividuais como explicação para o emprego desta técnica de tipificação, como é o caso de PAREDES CASTAÑON, que justifica a utilização dos tipos de perigo abstrato em duas hipóteses. Na primeira, tais delitos envolveriam os bens jurídicos intermediários. Estes bens, de titularidade coletiva, seriam protegidos pela norma penal porque fundamentais para a segurança de outros bens, de cunho individual, em uma relação de instrumentalidade estrita. É o caso do meio ambiente, que é tutelado pelo direito penal porque assegura e preserva outros bens, de forma mediata, como a vida e a saúde humana. Neste caso, a conduta típica acarretaria dois efeitos distintos, conforme a perspectiva do bem afetado. Haveria, por um lado, a criação de um perigo abstrato para o bem mediatamente protegido e, por outro lado, a lesão ao bem jurídico intermediário. O perigo abstrato estaria sempre mediatizado pela lesão a um bem intermediário, de índole coletiva, que justificaria sua existência material" (*Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco,* São Paulo: RT, 2007, p. 141-142).
Situação idêntica ocorre com as relações de consumo, bem jurídico coletivo (intermediário) protegido direta ou imediatamente pela norma penal. Com a proteção direta desse bem coletivo, restam tutelados mediatamente bens jurídicos individuais do consumidor, como a vida, a saúde, o patrimônio etc.

[32] HIRSCH, Hans Joachim. Peligro y perigrosidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 49, fasc. 2, p. 515, 1996.

[33] LOPEZ, Angel Tório. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estúdio diferencial de los delitos de peligro abstrato. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 34, fasc. 2/3, p. 528, mai./dez. 1981.

de *mera conduta*.[34] Isso porque, nesses crimes não é necessário que se produza um resultado naturalístico de dano efetivo ou sequer um perigo concreto, bastando a simples realização da conduta proibida pela lei,[35] em razão do perigo que ela mesma encerra para o bem jurídico.[36] Assim, como ocorre em todos os delitos de perigo abstrato, o risco de dano não precisa ser comprovado, sendo suficiente a demonstração da conduta descrita no tipo penal (daí a denominação, dada por parte da doutrina, de *crimes de mera conduta*).[37]

---

[34] Os autores espanhóis falam em *delito de actividad,* "en el que la sanción penal se anuda a la mera realización de la acción, por el peligro que ella misma entraña para el bien jurídico. Delito, pues, de *peligro abstracto*". Cf. CANOVES, Antonio Moreno; MARCO, Francisco Ruiz. *Delitos socioeconómicos. Comentários a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal, concordados y com jurisprudencia*. Zaragoza: EDIJUS, 1996, p. 170.

[35] Na mesma direção o escólio de BOTTINI, Pierpaolo Cruz: "O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto" (ob. cit., p. 111).

[36] Neste sentido Maurach e Zipf, consolidando a doutrina, escrevem que, "segundo a intensidade da ofensa ao bem jurídico, distinguem-se os crimes de violação/dano dos de pôr-em-perigo". Cf. FARIA COSTA, José Francisco, ob. cit., p. 630, nota 144. Noutras palavras, a ofensividade pode operar-se por dois meios autônomos e bem diferenciados: através do dano/violação e do concreto pôr-em-perigo. E é possível estabelecer uma escala de perigos que vá desde o menos intenso dos perigos abstratos até ao mais intense dos perigos concretos. Deste modo. É lícito conceber situações de perigo abstrato fraco e situações de perigo abstrato forte (ibidem, p. 632, nota 152). Dentro do ordenamento jurídico-penal pode-se detectar um desvalor do resultado, que pode ser de dano/violação ou de perigo, desvalor este que é um elemento do ilícito-típico, conforme defendido por Gallas, Jescheck, Maurach/Zipf, Wessels, entre outros autores de prestígio (ibidem, p. 633, nota 153).

Sobre crime de perigo abstrato em sede de relações de consumo, veja o Resp 307.415/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp. j. 03.9.2002 (RT 810/581). No acórdão está sublinhado que "a própria conceituação de dolo mostra que não há necessariamente incompatibilidade entre o fato de um crime ser de perigo presumido e a exigência, no campo penal, da responsabilidade subjetiva e pessoal. (...). O crime previsto na Lei 8.137/90, art. 7º, IX, é formal e de perigo abstrato, aperfeiçoando-se com a mera transgressão da norma incriminadora". No mesmo sentido, confira-se a decisão do STJ publicada em RT 807/582.

[37] Para um aprofundamento no estudo do tema, consulte-se PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta.* 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

Nos delitos de *perigo abstrato*, a situação de perigo não configura elemento do tipo, atuando apenas como fundamento da punição da conduta típica. O perigo é a *motivação* do legislador – máxime no âmbito de um Direito penal secundário de proteção de bens jurídicos (como é o Direito penal do consumidor) - para a construção de tipos de perigo abstrato. Em decorrência, para efeito de tipificação do comportamento do agente, essa modalidade de perigo não precisa ser demonstrada (decorre de uma *presunção legal absoluta*, e não relativa, como sustentam alguns autores, não obstante o brilho de sua argumentação, como se observa adiante).

Para Hans Joachim Hirsch, os crimes de perigo abstrato não têm o perigo real como o seu substrato. O elemento que envolve estes tipos é a *periculosidade*. Esta se distingue do perigo real, que é um dado da realidade, um estado concreto. Ela (periculosidade) é um atributo de uma ação, qualificada para produzir riscos. A tipicidade exige uma valoração *ex-ante* da ação, de acordo com as circunstâncias concretas do caso individual, que supõe o perigo potencial de uma conduta pela perspectiva de uma pessoa média normal colocada na situação do agente, sem que seja necessário um resultado de perigo (concreto).[38] Para o referido autor, "a intencionalidade necessária à ação típica não será a mera vontade de agir contrariamente ao texto legal, mas a finalidade expressa de criar um contexto de periculosidade para o bem jurídico que se quer proteger".[39]

Ao reverso, nos crimes de *perigo concreto*, o perigo é uma elementar do tipo (é um resultado *típico* de perigo concreto), precisando, portanto, ser demonstrado, senão a conduta será atípica.[40] É o caso, por exemplo, do ilícito-típico do art. 132 do Código Penal, consistente em *expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente*, em que a situação de perigo é uma

[38] Apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 138.

[39] Apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 138.

[40] Neste sentido a lição de FARIA COSTA, José Francisco de: "A doutrina costuma distinguir, como se sabe, dois grandes grupos de crimes de perigo: os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato (Arzt/ Weber, *Strafrech LHZ*, P. 13 e ss). E pode também sustentar-se que, em termos dogmáticos, não há qualquer dificuldade em estabelecer uma destrinça entre uns e outros. Assim, os crimes de perigo concreto representam a figura de um ilícito-típico em que o perigo é, justamente, elemento desse mesmo ilícito-típico, enquanto nos crimes de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo, mas tão-só motivação do legislador" (ob. cit., p. 620-621).

elementar do tipo. Trata-se de crime de perigo *concreto*, exigindo-se a demonstração de ter a vida ou a saúde da vítima sofrido um risco direto e iminente.[41] São exemplos dessa figura penal, à luz da jurisprudência: dirigir em alta velocidade, fazendo "cavalo de pau", e embriagado (cf. RT 427/425); "fechar" deliberadamente um veículo, fazendo-o subir sobre a calçada e causando a colisão contra poste e outro veículo (cf. JTACrSP 43/196); disparo de arma de fogo em direção a policiais ou outras pessoas para amedrontá-los (cf. JTACrSP 47/43).[42]

Os crimes de perigo concreto são fixados no contexto de ameaça a um bem jurídico, sendo intenção do agente criar tal contexto. Seu substrato é o perigo real.[43] Diferentemente, os crimes de perigo abstrato, como antes mencionado, não têm no perigo real seu substrato material, residindo este na periculosidade da conduta (apta a produzir riscos).

O modelo de crimes de perigo abstrato enfrenta a seguinte crítica: a presunção absoluta (*juris et de jure*) do perigo impede que o agente possa exonerar-se da responsabilidade penal nos casos em que sua conduta não se mostrou efetivamente perigosa, insuscetível de pôr em perigo o bem jurídico tutelado, sendo, assim, incompatível com o moderno Direito penal, que se fundamenta na *culpabilidade* (*vide* Cervini,[44] Hassemer,[45] Damásio[46], entre outros).[47] Como é sabido, a reforma penal de 1984 consagrou a culpabilida-

---

[41] Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal.* 14. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 128.

[42] Tais exemplos foram extraídos de Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., p. 128.

[43] Cf. HIRSCH, Hans Joachim. Peligro y peligrosidad, p. 521, cit. por BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 137.

[44] CERVINI, Raúl. *Los processos de descriminalización.* Montevideo: Editorial Universidad, 1992, p. 53.

[45] HASSEMER, Wilfried. Perspectivas de uma moderna política crimina*l. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, n. 8, p. 46.

[46] JESUS, Damásio E. de. A natureza jurídica dos crimes contra as relações de consumo. *Ciência Penal*. Coletânea de Estudos em Homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM Editora, 1999, p. 93.

[47] O Direito penal secundário do consumidor visa à proteção de bens jurídicos que, se comparados com os bens jurídicos protegidos pelo chamado Direito penal clássico (Código Penal), não estão, a nosso ver, em um nível mais baixo na escala de valoração axiológica. É que os bens jurídicos protegidos pelos tipos penais que o integram dizem respeito a bens jurídicos tutelados neste último, como o patrimônio, a vida, saúde e segurança do cidadão (no caso, o cidadão-consumidor), bens estes que, sem dúvida, têm a necessária

de como base da responsabilidade penal, sendo com ela incompatível a presunção legal da abstração do perigo.

Todavia, como tem demonstrado a experiência, a comprovação, no processo criminal, da real situação de perigo (perigo concreto) é dificílima ou quase impossível (ex.: demonstração de que um produto nocivo à saúde colocou em risco a saúde individual do consumidor). Damásio chega a afirmar que, em sua experiência de vinte e seis anos de exercício no Ministério Público de São Paulo, como Promotor de Justiça e Procurador de Justiça, não encontrou meia dúzia de processos em que a acusação tenha logrado provar a ocorrência do exigido perigo concreto. Principalmente no chamado Direito penal secundário (como os crimes contra a ordem econômica, nos quais se incluem os crimes contra as relações de consumo) os crimes de perigo abstrato têm sido aceito, quase que passivamente, pela doutrina e pelos tribunais. A propósito, Heloisa Estellita Salomão observa que:

> (...) um dos principais obstáculos à efetividade da repressão penal em se tratando de delitos econômicos tem sido o atinente à dificuldade de produção de provas, dada a complexidade da matéria e a especial qualidade de seus autores - normalmente dispersados na estrutura empresarial. Neste sentido, reconhece-se a necessidade de simplificar a prova, mas sem o apelo a técnicas contrárias a um Estado de Direito, como a inversão do ônus da prova, a presunção de culpa ou a renúncia aos pressupostos da culpabilidade.[48]

dignidade penal, a justificar a criminalização de condutas que os põem em risco ou os ofendem, como se dá com a realização de oferta ilícita (enganosa ou abusiva) de produtos e serviços, objeto do presente estudo.

A nosso ver, a única crítica aceitável é a de que alguns dos tipos do CDC seguiram a técnica da "descrição vazia", em vez de resultarem de uma construção do tipo penal de crime baseada na exata definição das condutas proibidas, como tem exigido a moderna doutrina penal. Cf., entre outros, FARIA COSTA, José Francisco de. Ob. cit., p. 645. Mas isso não lhes retira legitimidade, até porque é muito difícil realizar essa descrição. Apenas lhes confere certo "déficit de legitimidade", como dizem alguns autores ao criticarem o texto de crimes do chamado Direito penal secundário, como é o caso de ARZT (cit. por FARIA COSTA, ibidem). E isso está presente, também, em outras leis penais especiais.

[48] SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. *Revista dos Tribunais*, vol. 725, março de 1996, p. 418.

E ainda enfatiza que:

> "(...) a técnica dos tipos de perigo abstrato por si só já facilita enormemente a prova e, como observa Klaus Tiedemann, uma vez aliada à renúncia da inclusão de elementos subjetivos no tipo penal, são capazes de simplificar a produção de provas, e, pois, dar uma resposta positiva àquelas dificuldades".[49]

Manoel da Costa Andrade assinala que **"**a exigência sistemática de um perigo concreto corresponde, na prática, à impunidade generalizada e à perda da eficácia preventiva".[50] Assim, não faria sentido condicionar o aperfeiçoamento do tipo à verificação de um dano efetivo ou perigo concreto ao consumidor, quando é justamente isso que se quer obviar com o Direito penal do consumidor.

A não exigência, pelo legislador, de lesão ou perigo concreto a bens individuais do consumidor, decorre do fato de o Direito penal do consumidor cumprir, idealmente, ao lado de seu caráter repressivo, uma função eminentemente preventiva, buscando antecipar-se ao dano.[51] Seguiu-se, no Código

---

[49] Ibidem.

[50] COSTA ANDRADE, Manoel da. A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico. In*: Ciclo de Estudos e Direito Penal Econômico*. Coimbra: Garcia e Carvalho Ltda., 1985, p. 93 e 103, nota 64.

[51] CRAMER funda a legitimidade dos crimes de perigo abstrato na "probalidade de pôr-em-perigo um bem jurídico" (apud FARIA COSTA, ob. cit., p. 641, nota 175). Como se vê, Cramer pretendeu redefinir o perigo abstrato como *probabilidade* de perigoso concreto. Na mesma direção, assinala Grasso que o fundamento se encontra na "astratta periculosità della condotta tipizzata: il comportamento constituente reato, in circostanze normali (a prescindire dalle peculiari circostanze del caso concreto che possono anche escludere una effectiva periculosità), deve essere caratterizzato dall'attitudine a ledere il bene oggeto della tutela" (*RIDirPP,* 29, 1986, p. 707. Apud FARIA COSTA, ob. cit., p. 641, nota 175). Dessas lições se infere que, ao punir uma conduta suscetível de pôr em perigo um bem jurídico (patrimônio, vida, integridade física etc.) como se dá com os crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor, objetiva-se, em última análise, prevenir a lesão ao bem jurídico que se pretende tutelar, ficando clara a *função preventiva* dos tipos penais de perigo abstrato, razão por que merecem ser prestigiados.

Nessa linha de raciocínio, destacando a finalidade de proteção de bens jurídicos atribuída aos tipos de perigo abstrato, aparentemente indissociáveis de políticas comprometidas com o controle ecológico, o controle das atividades econômicas e, de modo geral, a garantia do

de Defesa do Consumidor, com a formulação de tipos que se traduzem em crimes de perigo abstrato a bens jurídicos individuais do consumidor, uma das Recomendações do XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal sobre "O conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa", realizado na cidade do Cairo, em 1984.[52]

Por ser basicamente preventiva a ingerência do Estado na esfera das relações de consumo, os tipos penais previstos no CDC aperfeiçoam-se com a simples realização da conduta (que é a violação de um dever jurídico) que atinge diretamente o bem jurídico coletivo tutelado pela lei (relações de consumo), prescindindo-se, portanto, do resultado de dano ou perigo efetivo a bens ou interesses primordiais do consumidor. Dessa forma, aproveitando ensinamento de Maria Paz Arenas Rodrigañez,[53] deve ser consignado que não se pode confundir a situação de eventual risco a bens individuais (perigo abstrato ou concreto) com a forma adotada pelo legislador para coibir as práticas delituosas, violadoras de deveres impostos ao fornecedor pelo próprio Código do Consumidor.

---

futuro da humanidade no planeta, Horn e Brehm propõem fundar a punibilidade do perigo abstrato na *contrariedade ao dever*, como um *perigo de resultado*, (e não como um *perigo de resultado*) e Frisch pretende compreender os *delitos de aptidão*, fundado na aptidão *ex ante* da conduta para produzir a conseqüência lesiva. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2002, p. 36.

[52] Trata-se da recomendação n.º 9, vazada nos seguintes termos: "O emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinqüência econômica e da empresa, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha especificada com precisão e tanto a proibição se refere diretamente a bens jurídicos claramente determinados. A criação de delitos de perigo não está justificada quando obedeça exclusivamente ao propósito de facilitar a prova dos delitos". Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa.* Tradução de Amélia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985, p. 235.

[53] RODRIGAÑEZ, Maria Paz Arena, abordando os crimes contra a saúde pública previstos no Código penal espanhol, crimes esses que, sem dúvida, estão intimamente relacionados com os crimes de consumo, assinala que aqueles são crimes de lesão ao bem jurídico-penal objeto da proteção penal, e não de perigo (*Protección penal de la salud publica y fraude alimentárias*. Madrid: Edersa, 1992, p. 144, 148 e 149). Por isso, destaca que nada obsta a que se adote a denominação de delitos de lesão para o objeto jurídico coletivo e se reserve com exclusividade a qualificação de perigosas para as condutas que atentem contra o bem jurídico particular (ibidem).

Em verdade, para se estabelecer a natureza dos crimes previstos no CDC, deve-se ter em vista, como já sublinhado, que o objeto jurídico desses delitos é a proteção de um bem jurídico-penal *coletivo* ou *difuso***,** como se dá, também, por exemplo, com os crimes contra a saúde pública e com os delitos contra a ordem econômica[54]. Como antes referidos, alguns doutrinadores (Rodrigañez, Paredes Castañon, Kindhäuser, Corcoy Bisadolo, Tiedemann[55] e Damásio) têm adotado a denominação de *delitos de lesão* para o objeto jurídico coletivo, reservando a designação de crimes de perigo para as condutas que atentem contra *bens jurídicos individuais do consumidor***.**[56] Pode afirmar-se, junto com Damásio E. de Jesus, que os crimes contra as relações de consumo são *delitos de lesão*, porque, com a realização da conduta típica, o bem jurídico coletivo tutelado pela lei é lesionado, e não simplesmente posto em perigo. Assim, como temos sustentado, nos crimes definidos no CDC, sempre há ofensa (lesão) às relações de consumo (bem jurídico coletivo tutelado); reflexamente, pode ser ofendido (lesão ou perigo efetivo) um bem jurídico particular do consumidor (vida, saúde, integridade física ou interesses patrimoniais), o que, todavia, não é relevante para o preenchimento do tipo.[57] Por conseguinte, a questão da natureza de crimes de perigo abstrato ou concreto afigura-se irrelevante quando se está diante de conduta que atenta contra bem jurídico coletivo.

5. Análise dos Crimes Relacionados com a Oferta, a Venda e a Publicidade de Produtos e Serviços

[54] Segundo ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de, o bem jurídico protegido pelas normas penais econômicas é a *ordem econômica*, bem de caráter supraindividual que se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais (*Dos crimes contra a ordem econômica.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 36).

[55] Klaus, TIEDMANN. *Poder económico y delito*, p. 36.

[56] Havendo ofensa a bens jurídicos individuais de consumidores (*v.g.,* vida, integridade física, saúde, etc.), incidem, também, as penas dos crimes correspondentes (homicídio, lesões corporais, etc.). Noutras palavras, há concurso de crimes.

[57] A concretização do tipo, como doutrina JESUS, Damásio E. de, "exige apenas a comprovação da conduta objetiva, prescindindo-se da demonstração de ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses jurídicos individuais" (A natureza jurídica dos crimes contra o consumidor*. Tribuna do Direito*, São Paulo, maio/1993, p. 13).

A oferta de produtos e serviços insere-se nos chamados *processos de incitamento ao consumo* (meios de promoção de produtos e serviços),[58] os quais despertam necessidades nos consumidores, muitas delas artificiais. Como enfatiza Mario Ferreira Monte, esses processos incidem na escolha dos consumidores, sendo dirigidos a um número indeterminado deles. Os interesses, em tais circunstâncias, não são apenas individuais, mas, antes e acima tudo, metaindividuais, manifestando-se ora como difusos, ora como coletivos (são lesionados ou expostos ao perigo de lesão vários bens jurídicos dos consumidores: patrimônio, vida, saúde, segurança etc.). Daí a opção, dentro do aparelho sancionatório, por crimes de perigo abstrato. Em tais circunstâncias, as normas de proteção dos interesses dos consumidores devem ser de molde a evitar que os danos de massa sejam produzidos, assumindo uma feição, aqui, marcadamente *preventiva*, sem deixar de exercer em tais casos uma repressão adequada das condutas determinantes de tais lesões.[59]

Há crimes contra as relações de consumo que se situam exatamente no âmbito dos *processos de incitamento ao consumo*.[60] São os crimes rela-

[58] Criticando esses processos de incitamento, MONTE, Mário Ferreira salienta que "fossem eles desenvolvidos corretamente, isto é, de molde a cumprirem uma função informativa ou pedagógica em relação ao consumidor, no sentido, mesmo, de o ajudar a escolher dentre os bens e serviços os que ofereçam utilidades que melhor se adequem (*sic*) às suas necessidades, nada haveria a opor. Mas a realidade é diferente: os processos de incitamento ao consumo não servem para informar, mas tão-somente para incitar ou, pelo menos, que a informação, a existir, não será desinteressada" (ob. cit., p. 18).

[59] MONTE, Mário Ferreira, ob. cit., p. 31-33.

[60] Exemplos de processos de incitamento ao consumo previstos no Anexo I da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores: a) exibir uma marca de confiança (*trust mark*), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária; b) declarar falsamente que o produto estará disponível apenas durante um período muito limitado ou que só estará disponível em condições especiais por um período muito limitado, a fim de obter uma decisão imediata e privar os consumidores da oportunidade ou do tempo suficientes para tomarem uma decisão esclarecida; c) apresentar direitos do consumidor previstos na lei como uma característica distintiva da oferta do profissional; d) utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um produto, tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção, sem que tal seja indicado claramente no conteúdo ou através de imagens ou sons que o consumidor possa identificar claramente (publi-reportagem); e) alegar que o profissional está prestes a cessar a sua atividade ou

cionados com a oferta ilícita, os quais serão abordados a seguir. Guardam íntima relação com os desvios na prática do *marketing*, mediante procedimentos que têm por escopo a venda em massa de produtos, como a *publicidade* e as diversas técnicas de *promoção de vendas*.

Cumpre assinalar que os tipos dos artigos 66 e 67 são espécies do gênero *oferta ilícita*, sendo o primeiro referente à oferta *não publicitária*[61] falsa ou enganosa (descumprimento do dever de informar do art. 31) e o segundo, à *oferta publicitária* enganosa ou abusiva, qual seja, a que infringe as normas residentes nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 37 do CDC. Por outro lado, o tipo do art. 68 cuida de uma situação particular de *oferta publicitária abusiva* (aquela que é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança) e o do art. 69 insere-se no âmbito da *oferta publicitária enganosa*.

O tipo do art. 66 pode ser visto como *residual* em relação ao do art. 67 – e também dos arts. 68 e 69 - no sentido de que toda a espécie de oferta ilícita de produtos e serviços que não for realizada por meio de veículo publicitário deverá subsumir-se nele. [62]

---

a mudar de instalações quando tal não corresponde à verdade; f) propor a aquisição de produtos a um determinado preço sem revelar a existência de quaisquer motivos razoáveis que o profissional possa ter para acreditar que não poderá, ele próprio, fornecer os produtos em questão ou produtos equivalentes, àquele preço durante um período e em quantidades que sejam razoáveis, tendo em conta o produto, o volume da publicidade feita ao mesmo e os preços indicados (publicidade-isca); g) transmitir informações inexatas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o produto com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o produto em condições menos favoráveis que as condições normais de mercado; h) incluir num anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados.

[61] A oferta não publicitária aqui está empregada no sentido lato, abrangendo a oferta não publicitária em sentido estrito (oferta direta ao consumidor), as técnicas de promoção de vendas (v.g.: sorteios, concursos, vales-brindes, premiações, amostras grátis, degustações de produtos, descontos, cuponagens, feiras, exposições etc.) e as vendas (pessoais ou à distância).

[62] Neste sentido a lição de Antonio Herman Benjamin: "Em síntese, o art. 66 é residual no cotejo com os arts. 67, 68 e 69. Para fins de repressão penal da enganosidade, tudo o que não for considerado *marketing* publicitário encaixa-se no art. 66" (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 922).

Vejamos, então, cada um desses delitos.

5.1 Crime de Oferta não Publicitária Enganosa

> Art. 66 - Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços.
> Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.
> § 1º - Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.
> § 2º - Se o crime é culposo:
> Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.

5.1.1 Objetividade Jurídica

A presente figura típica diz com a proteção do direito subjetivo (básico) do consumidor *"à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam"*, previsto no art. 6°, inc. III, do CDC, norma esta que é uma projeção do princípio da *transparência* pela informação eficiente, positivado no art. 4º, *caput*, do CDC.[63] Tutela, como se vê, a relação de consumo com vista à proteção do patrimônio (primeira parte do tipo) e da segurança do consumidor (segunda parte do tipo).

A exata compreensão do tipo penal em exame impõe a consulta ao disposto nos arts. 30, 31 e 35 do CDC, todos pertencentes à *Seção* que trata da

---

Alguns julgadores fazem confusão sobre a aplicação, no caso concreto, dos tipos penais do arts. 66 e 67 do CDC, consoante se deduz, por exemplo, do julgamento da Apelação nº 60.028, do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, ocorrido em 20.11.1996, cujo acórdão está publicado na RT 740/683. Na espécie examinada no acórdão, o fornecedor fez publicar, em jornal de grande circulação, anúncio enganoso de material de construção para entrega imediata, sem possuir tal produto em estoque. O agente, por essa conduta, que induziu consumidores a erro, foi condenado pelo crime do art. 66 do CDC, combinado com o art. 71 do CP, quando, tecnicamente, deveria ter sido responsabilizado pelo crime de publicidade enganosa, previsto no art. 67 do CDC.

[63] Sobre o princípio da transparência, pela informação eficiente, ver TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista Direito do Consumidor*, n.° 4 (número especial – O Controle da Publicidade). São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 53-90.

oferta. Desses dispositivos, o que mais tem a ver com o crime em comento é o art. 31, *expressis verbis*: "*A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores".*

Pode-se dizer que esse dispositivo (art. 31) da parte material do Código, inspirou a elaboração do tipo do art. 66. O art. 31 impõe o *dever* de o fornecedor, ao realizar a *oferta* ou *apresentação* do produto ou serviço, informar o consumidor, de forma correta, clara, precisa e ostensiva, sobre suas características, qualidade e outros aspectos nele indicados.

Vale notar que a *oferta* não se confunde com a *apresentação*. Na primeira, o produto ou serviço é colocado à disposição do consumidor, podendo este adquiri-lo ou utilizá-lo. Na segunda, o produto ou serviço é apenas mostrado, exibido ao público consumidor. É o caso, *v.g.*, da apresentação de um modelo de automóvel que será lançado no mercado, normalmente feito em anúncio publicitário, nos veículos de comunicação de massa (*mass media*). O produto pode ser apresentado, também, em um salão ou feira de exposição, sem que possa ser adquirido em tais lugares. Às vezes, ainda não está à venda, sendo caso típico de apresentação.

O tipo em exame alcança a *oferta em sentido estrito*, a *promoção de vendas*[64] e a *venda* de produtos e serviços. A primeira diz respeito à oferta realizada diretamente ao consumidor, normalmente nos pontos de vendas (estabelecimentos comerciais físicos). Pode ser realizada também à distância (v.g.: *telemarketing*, por telefone, por correio eletrônico (sob a forma de *spam*), em sítio na web, prospectos ou folhetos enviados ao domicilio do consumidor).

Por sua vez, a *promoção de vendas* "define-se por si própria: é uma técnica de promover vendas. Promover implica fomentar, ser a causa, dar impul-

[64] BENJAMIN, Antonio Herman V. entende que as promoções de vendas, "na medida em que fazem uso de técnicas muito semelhantes à publicidade e têm os mesmos objetivos (aumentar o potencial de venda do produto ou serviço) a estas se equiparam para fins de controle penal". Cf. A repressão penal aos desvios de *marketing*. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 4 - número especial – O Controle da publicidade), 1992, p. 95-96). Por isso, afirma que se houver enganosidade nas técnicas de promoção de vendas, a conduta se subsume no art. 67 do CDC (ibidem).

so, fazer avançar, diligenciar, desenvolver, originar, favorecer etc".[65] A promoção de vendas prepara o caminho da execução das vendas, dando impulso a elas. Envolve sempre atividades de coordenação de esforços, objetivando o fim determinado da consecução e realização das vendas em si. Diferencia-se das vendas pessoais e, portanto, do vendedor, por se tratar de uma técnica para favorecer as vendas em massa e que objetiva o preparo sistemático para a venda em grande escala, a qual será decorrente de um planejamento de suas ações com as vendas, em estreita ligação com o campo da comunicação. Segundo João de Simoni,

> A promoção de vendas é, em essência, o fato latente, enquanto a venda é o fato consumado. É a semeadura, enquanto a venda é a colheita. Vendas têm a incumbência de "fechar" negócios. Promoção, a de "abrir" a oportunidade para ela fechar os negócios.[66]

A promoção de vendas é uma expressão genérica utilizada para designar os vários instrumentos que não são classificados formalmente como *publicidade*, *vendas pessoais* ou *ofertas diretas*. São exemplos de técnicas de promoção de vendas: brindes, competições, sorteios, concursos, premiações, descontos, liquidações, materiais de apoio a vendas, amostragens, degustações, demonstrações, workshops, patrocínios, exposições, feiras etc.

As técnicas de promoção de vendas estão entre as atividades de *non midia*, também chamadas de *below the line* (abaixo da linha), enquanto a publicidade é vista como uma atividade de *mídia*, conhecida no jargão publicitário como atividade *above the line* (acima da linha), em contraposição às atividades do vasto setor da promoção de vendas (*sales promotions*) e do *marketing* direto. Interessante notar que nestes últimos setores há atividades que parecem confundir-se com a própria publicidade, como a publicidade no ponto de venda, a publicidade direta realizada pelo correio (principalmente correio eletrônico = *spans*), porta a porta, com distribuição de folhetos, *leaflets* etc., comunicações relativas a promoções, com prêmios, descontos em produtos, ofertas especiais e a chamada *product placement*, consistente na

[65] SIMONI, João de. *Promoção de Vendas*. São Paulo: Makron Books, 1997, p. 9.
[66] Ibidem, p. 9-10.

inserção intencional, no âmbito de um programa não publicitário, do produto ou símbolo de uma determinada empresa, que, entre nós, é chamada (de forma atécnica) de *merchandising*.[67]

De seu turno, as *vendas* estão intimamente relacionadas com o momento da *conclusão* do contrato ou negócio. Podem ser realizadas: (a) nos próprios estabelecimentos comerciais (em que os produtos normalmente são apresentados na vitrine) ou (b) fora dos estabelecimentos comerciais. Entre estas, encontram-se as vendas em domicílio, as vendas à distância (por telefone, pela internet, por sistema de televendas etc.) e as efetuadas nos pontos de venda (*destacados* ou *separados* dos estabelecimentos comerciais), como feiras, exposições, eventos promocionais, congressos, seminários, convenções, estandes de empreendimentos imobiliários etc.

A informação falsa ou enganosa pode ser feita no curso da realização da *oferta*, na aplicação de técnicas de *promoção de vendas* ou no momento da *venda* do produto ou serviço.

Vejamos, agora, o tipo do § 1º do art. 66 do CDC. Este incrimina quem *patrocina a oferta*. A pena é idêntica à do crime do *caput*, ou seja, detenção de três meses a um ano e multa.[68]

Patrocinar a oferta tem a significação de favorecer, beneficiar, auxiliar, amparar, do ponto de vista financeiro, aquele que oferta o produto ou serviço, de sorte a viabilizar essa mesma oferta. O patrocinador *subsidia* a oferta, normalmente, quando o fornecedor não pode arcar com os custos decorren-

[67] No direito italiano, essas formas de comunicação comercial, ainda que formalmente diversas das mensagens de publicidade clássica, nem sempre veiculadas pelas *mass media*, preenchem os requisitos e contêm, em si, os elementos da noção legal de publicidade (a mensagem, sua difusão, por empresa e a finalidade promocional), sujeitando-se à disciplina legal da publicidade. Cf. FUSI, Maurizio; TESTA, Paolina . *Diritto & Pubblicità*, Milano: Lupetti, 1996, p. 54.

[68] Veja, a respeito, acórdão proferido pelo extinto TACrimSP, 8ª Câm., Ap. 896.375/7, Rel. Bento Mascarenhas, j. 24.11.1994. In: RDC nº 19, 1996, p. 213, assim ementado: "Tipifica o delito previsto no art. 66, § 1º, da Lei 8.078/90, a conduta do agente que patrocina a oferta de produtos cosméticos que não contêm em suas embalagens as especificações exigidas por lei, omitindo, assim, informações relevantes sobre a natureza, característica, segurança, desempenho e durabilidade destes produtos, sendo irrelevante a alegação de distração na conferência dos mesmos".

tes da colocação do produto ou serviço à disposição do público consumidor,[69] com o objetivo de promover o seu nome, a sua marca ou imagem.

O patrocinador somente incorrerá na prática desse delito se agir com dolo, ou seja, com a vontade livre e consciente de patrocinar a oferta (ou contribuir financeiramente para a sua realização) que *sabe* ser falsa ou enganosa. Se agir com *culpa* (em sentido estrito), será passível de enquadramento no § 2º do art. 66.

Existe, também, o *patrocínio publicitário*, que, na França é designado por *parrainage* e, no Reino Unido, por *sponsorship*. O *patrocínio publicitário* não deve ser confundido com o *patrocínio da oferta* de produtos e serviços. A norma do art. 66, § 1º, diz respeito ao *patrocínio da oferta*. A figura do patrocínio publicitário é considerada por alguns como uma das formas especiais de publicidade, entre as quais se encontra inserida, por exemplo, no Código de Publicidade português.[70] Se, na realização do patrocínio publicitário, for

[69] Comunga do nosso entendimento PRADO, Luis Regis. *Direito Penal Econômico*, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 106-107.

[70] Cf. SIMÃO JOSÉ, Pedro Quartin Graça; BETTENCOURT, José e Margarida Almada. *O regime jurídico da publicidade nos Estados-Membros da União Européia*. Lisboa: Ed. Instituto do Consumidor – Centro Europeu do Consumidor, 2003, p. 230. Sobre o patrocínio publicitário, veja PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Contratos de patrocínio publicitário (sponsoring)*. Disponível em: [www.estig.ipbja.pt] Acesso em 22.09.2009. Segundo esse autor (ob. cit., nota n. 3), *sponsor* era, no Direito romano, uma obrigação assumida por um terceiro, significando, em latim, o garante, o fiador. "Porém, hoje, *sponsor* é uma palavra da língua inglesa, na qual assimilou um novo sentido, passando a significar também a pessoa que, prosseguindo um escopo publicitário, financia programas rádio-televisivos ou eventos desportivos, musicais ou artísticos. *Sponsor* é, assim, o radical etimológico da palavra inglesa *sponsorship*, que, segundo a definição de Deborah Fosbrook e Alain Laing, significa 'o adiantamento de dinheiro por uma empresa comercial a um indivíduo, agente ou associação, em troca por exposição mediática do produto, nome, marca ou logotipo do *sponsor*'(...)".

O autor explica que esse fenômeno também é conhecido pelo termo *sponsoring*, "habitualmente utilizado pelos alemães, italianos, espanhóis e, mesmo, pelos franceses, ainda que na doutrina gaulesa se apelide tal palavra de 'barbarisme' linguístico (...). Entre nós, a palavra *sponsoring* não foi traduzida por *esponsorização*, antes tendo sido sufragado pelo nosso legislador, à semelhança do seu congénere castelhano, o termo patrocínio, que acabou, aliás, por se impor na prática negocial como designação desse mesmo fenômeno (cf. em epígrafe e no corpo do art. 24º do Código de Publicidade, aprovado pelo Decreto-lei nº 330/90, de 23 de Outubro, alterado pelos Decretos-lei nº 74/93, de 10 de Março, e 6/95, de 17 de Janeiro)".

utilizado qualquer tipo de expediente suscetível de enganar o consumidor, o agente poderá responder pelo crime do art. 67 do CDC, uma vez que dito patrocínio ou é uma espécie de publicidade ou uma figura afim desta última.[71]

No Brasil, não há normas legais regulando o *patrocínio publicitário*, diferentemente do que ocorre na Europa. O objetivo, no espaço europeu, é o de encontrar uma solução uniforme em sede de regulamentação de patrocínio suscetível de ser aplicada pelos diversos radiodifusores, encontrando-se bem patente, tanto na Convenção do Conselho da Europa, como na Diretiva 89/552/CEE, de 03 de outubro (alterada pela Diretiva 97/36/CE, de 30 de junho), ambos os textos versando sobre Televisão Sem Fronteiras.[72] A questão em análise mereceu, já há alguns anos, uma especial atenção por parte da Comissão das Comunidades Européias, a qual se encontra expressa no Livro Verde sobre o Estabelecimento do Mercado Comum da Radiodifusão, de 14 de junho de 1984.[73]

Nos textos dos diplomas antes referidos, o patrocínio é tido como "uma forma de financiamento", no sentido de uma contribuição feita por uma pessoa, física ou jurídica, que não exerça atividades de radiodifusão televisiva ou de produção de obras audiovisuais, para o financiamento de programas televisivos, com vista a promover o seu nome, sua marca, imagem e suas atividades ou realizações.

O Código de Publicidade português, em linha com a Diretiva supracitada, define o patrocínio publicitário como

> (...) a participação de pessoas singulares ou coletivas no financiamento de quaisquer obras audiovisuais, programas, reportagens, edições, rubricas ou secções, designados abreviadamente por programas, independentemente do meio utilizado para a sua difusão, com vista à promoção do seu nome ou imagem, bem como as suas atividades, bens ou serviços.

[71] Cf. SIMÃO JOSÉ, Pedro Quartin Graça; BETTENCOURT, Margarida Almada, ob. cit., p. 271 e ss. O autor aborda o patrocínio publicitário de forma detida, em vários países da União Européia. Vale a pena conferir tal estudo para se ter uma idéia precisa da aludida figura e perceber a necessidade de sua regulação no Brasil.

[72] Cf. SIMÃO JOSÉ, Pedro Quartin Graça; BETTENCOURT, Margarida Almada, ob. cit., p. 217.

[73] Ibidem.

O patrocínio é uma variável do *mix* de comunicação, produzindo efeito a médio ou longo prazo, a serviço da comunicação de empresa, transmitindo o seu nome, imagem, produtos e serviços, ao associá-los, na mente dos consumidores, ao evento ou à entidade desportiva ou cultural. Os tipos de patrocínios e seus objetivos são: (a) o de *notoriedade*, dando a conhecer o nome do produto ou empresa, registrando-o na mente do maior número de indivíduos, como a TV a Cabo, que liga o nome da empresa a determinada equipe de futebol mundialmente famosa, como a do Real Madrid; (b) de *imagem*, procurando sugerir, construir ou reforçar a imagem de marca ao ligá-la ao evento, por exemplo, a Fiat, ao patrocinar a Seleção Brasileira de Futebol (de base, olímpicas e principais, masculinas e femininas); e (c) de *credibilidade*, investindo em eventos desportivos essenciais ao seu ramo de atividade, como a Nike e a Adidas, que patrocinam vários desportistas, nas diversas áreas do esporte.

5.1.2 Sujeitos

O sujeito *ativo* é o fornecedor fabricante, importador ou comerciante ou, em termos mais precisos, o profissional que oferece, apresenta ou vende o produto ou serviço no mercado de consumo, nas condições descritas no ilícito-típico. Já o sujeito *passivo* é o consumidor ou grupo de consumidores a quem é dirigida a oferta não publicitária enganosa, no sentido amplo do termo, como acima foi referido.

5.1.3 Tipo-de-Ilícito: Conduta e Consumação

O art. 66, no seu *caput*, pune exatamente a conduta daquele que descumpre o dever de informar estatuído no art. 31 do CDC, por ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa). Trata-se de infração penal intimamente relacionada com a *oferta, apresentação* e *venda* de produtos ou serviços.

No que se refere ao bem jurídico *coletivo* (relações de consumo), trata-se de crime de *lesão*. Por outro lado, no que tange a bens jurídicos ou interesses jurídicos do *consumidor individualmente considerado*, o crime é de *perigo*, com probabilidade de resultado de dano, cuja *summatum opus* considera-se antecipada, sendo a vontade do sujeito ativo dirigida ao *eventus periculi*, com *dolo de perigo*. Para a sua consumação basta que, na oferta, apresentação ou venda do produto ou serviço *seja feita* afirmação falsa

ou enganosa,[74] ou que seja *omitida* informação relevante quanto a algum dos aspectos previstos no tipo-de-ilícito. Prescinde-se, pois, de dano a um bem jurídico-penal do consumidor (visto pelo prisma individual) decorrente daquela conduta comissiva ou omissiva.[75]

Cumpre consignar que o agente descumpre intencionalmente o dever imposto pelo art. 31. Se tal dever não for observado em face de sua *negligência* (descumprimento de um dever de cuidado ou cautela) na realização da oferta, apresentação ou venda de um produto ou serviço, será tal desrespeito punido na forma *culposa*, prevista no art. 66, § 2º. Neste caso, embora o desvalor do resultado seja idêntico ao causado pela ação dolosa, o desvalor da conduta culposa – como sempre se dá nos casos de culpa em sentido estrito – é menor que o da conduta dolosa. Daí a pena cominada ser menor do que a prevista para a conduta dolosa.

A tipicidade objetiva aperfeiçoa-se, assim, mediante uma conduta *positiva* (comissiva), consistente em *"fazer afirmação falsa ou enganosa"*, ou *negativa* (omissiva), traduzida na omissão de *"informação relevante"*, sendo ambas "sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços".[76] Na primeira hipótese, o crime é *comissivo*; na segunda, é *omissivo*.

---

[74] TACRIM/SP, RHC nº 1011461, Rel. Mesquita de Paula, j. 25.4.1996. Nesse julgado, concluiu-se que configura, em tese, o crime do art. 66 da Lei 8.078/1990 o funcionamento de cursos de ensino a distância sem prévia licença das autoridades de ensino.

[75] TJRJ, Apelação n. 428/04, 2ª Câm., Rel. Gizelda Leitão Teixeira, j. 08.6.2004 (cf. RT 835/662).

[76] A propósito da conduta típica descrita no art. 66 do CDC, Manoel Pedro Pimentel faz a seguinte observação (a nosso ver procedente): "A descrição de um tipo penal, tendo em vista o princípio da reserva legal que torna ilícitas todas as formas de conduta não previstas expressamente na figura penal, deve evitar as enumerações ou exemplificações taxativas, uma vez que tudo aquilo que não estiver contido expressamente na enumeração taxativa ou exemplificativa estará excluído da incriminação. Na hipótese em exame (art. 66), o legislador aludiu a informação relevante 'sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços', enumeração que é taxativa, sem a ressalva, que permitiria a interpretação extensiva, de outros dados ou elementos semelhantes, para abranger, p. ex., o material empregado na confecção do produto, a composição da matéria-prima utilizada, o tempo em que o serviço deverá ser realizado etc., que são elementares aos direitos do consumidor, mas que não estão expressamente indicados no tipo" (Aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor*,* cit., p. 253).

Afirmação falsa é a mendaz, mentirosa, que não condiz com a verdade dos fatos. Induz o destinatário a erro ou engano. Por exemplo: a afirmação de que um determinado medicamento é capaz de eliminar a celulite ou combater a calvície. Por outro lado, a *afirmação enganosa* é aquela que, mesmo não sendo falsa, também é suscetível de induzir o consumidor a erro ou engano, como se dá com a afirmação *ambígua* ou dúbia ou com a informação *deficiente*. A informação ao consumidor deve ser sempre *eficiente*, a fim de possibilitar uma escolha e aquisição conscientes e racionais do produto ou serviço, sem margem para indução a erro, permitindo-lhe uma decisão de transação ou compra válida.

Já a *omissão de informação relevante* corresponde à ausência de informação essencial sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade (abrange o tamanho, peso, volume, a área, dimensão e outras medidas), segurança, desempenho, durabilidade (prazo de validade), preço (inclui juros, encargos etc.) ou garantia (p. ex., ausência de informação precisa sobre o alcance da garantia) dos bens de consumo (produtos). A relevância da informação "é avaliada não em relação ao que o fornecedor assim entende, mas em função da expectativa legítima do consumidor".[77] A informação deixa, assim, de ser completa (é *insuficiente*) e, por conseguinte, eficiente para a tomada de uma decisão de negociação não equivocada.

Quando a conduta do agente subsume-se no tipo-de-ilícito em questão, ela viola o *dever de informar* de modo eficiente, imposto ao fornecedor pela norma do artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis:*

> A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas e em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Cumpre ressaltar que a enumeração sobre os dados dos produtos ou serviços constantes de tal norma é meramente *exemplificativa*, enquanto a

[77] Cf. BENJAMIN, Antonio Herman V. A repressão penal aos desvios de *marketing*, p. 98.

prevista no tipo-de-ilícito do art. 66 é *taxativa*, não podendo, por conseguinte, ser ampliada, em face do princípio da reserva legal, traduzido na máxima *nullum crimem sine lege*.[78]

De outra parte, cabe o registro de que se na oferta houver omissão de informação sobre a *segurança* do produto ou serviço, deve incidir a norma do art. 63 (*caput* ou § 1º), por ser esta mais específica, neste particular, do que a norma do art. 66. Em termos mais precisos, referida conduta melhor se amolda ao ilícito-típico do art. 63 do que ao do art. 66, embora este tipo também se refira a informações sobre a segurança do produto ou serviço.

5.1.4 Tipo-de-Culpa

As condutas típicas são punidas a título de *dolo* (art. 66, *caput*) ou *culpa* (art. 66, § 2°). Benjamin observa que "andou bem o CDC ao criminalizar as ofertas cuja enganosidade decorre da negligência, imprudência ou imperícia do fornecedor. Assim, quando este, p. ex., sem qualquer cuidado em se certificar, afirmar que seu produto é o mais barato do mercado, viola o art. 66, § 2°".[79]

Há entendimento doutrinário no sentido de que o crime em apreço admite o dolo eventual, "já que o fornecedor, não obstante tenha dúvida sobre a presença de um elemento constitutivo do tipo, acaba por realizar assim mesmo a conduta, assumindo, pois, o risco de cometer o crime".[80]

5.2 Crime de Publicidade Enganosa ou Abusiva

Art. 67 - Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva.

---

[78] Neste sentido, veja PRADO, Luis Regis, ob. cit., p. 108. Veja, a respeito da taxatividade em pauta, também, a observação de PIMENTEL, Manoel Pedro, referida anteriormente,

[79] BENJAMIN, Antonio Herman V. A repressão penal aos desvios de *marketing,* cit., p. 99-100.

[80] Cf. PRADO, Luis Regis, ob. cit., p. 110. O autor indica a seguinte hipótese: "É o caso, por exemplo, do fornecedor que, na incerteza sobre ser seu preço o mais baixo do mercado, arrisca-se em fazer essa afirmação sem averiguar se ela é mesmo verdadeira, ou na hipótese de o patrocinador, na dúvida a respeito da veracidade das informações de certo produto ou serviço, empenhar-se mesmo assim em sua promoção. Dessa forma, aceita-se como possível a realização da conduta delitiva". Concordamos com tal entendimento.

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

5.2.1 Objetividade Jurídica

Antes de apontar o objeto jurídico do ilícito-típico em análise, impõe-se a abordagem do conceito de publicidade e, posteriormente, uma sucinta digressão histórica sobre a tipificação penal da publicidade enganosa no ordenamento jurídico brasileiro.

Na doutrina e em pouquíssimos textos normativos, encontram-se definições de publicidade. A título de exemplo, tem-se a definição de publicidade prevista na Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa (versão codificada, com absorção da Diretiva nº 84/450/CEE): publicidade é "qualquer forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade negocial, comercial, artesanal ou liberal com o objetivo de promover o fornecimento de bens ou serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações".

No Decreto Legislativo nº 74, de 25 de janeiro de 1992, que transpôs para o ordenamento jurídico italiano a precitada Diretiva nº 84/450/CEE, relativa à publicidade enganosa, entende-se por publicidade

> toda forma de mensagem que seja difusa, em qualquer forma, no exercício de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, com o escopo de promover a venda de bens móveis ou imóveis, a constituição ou a transferência de direitos e obrigações sobre eles ou a prestação de obras ou serviços (art. 2º, al. *a*).[81]

Desse conceito emergem os elementos constitutivos da noção de publicidade, no sentido de que esta é qualquer (a) *comunicação*, promanada (b) *de uma empresa*, tendo (c) uma *finalidade promocional* (venda de produtos ou serviços), e que seja (d) *difusa*, no sentido de que a comunicação comercial seja divulgada ao público (ao consumidor difusamente considerado), por qualquer meio de comunicação (veículo ou suporte).[82]

---

[81] Cf. FUSI, Maurizio; TESTA, Paolina, ob. cit., p. 48.

[82] No mesmo sentido, a lição de BENJAMIN, Antonio Herman V.: "Dois elementos são essenciais em qualquer publicidade: difusão e informação. Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido de que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o

Dessa forma, a noção de publicidade pode ser sintetizada como a comunicação (difusa) de uma mensagem comercial destinada a informar o público-alvo (*target group*) - coletividade de consumidores - e a convencê-lo a comprar um produto ou um serviço.[83]

A mensagem publicitária persegue, consoante assinalado anteriormente, uma finalidade promocional de incentivar a demanda de produtos e serviços. Sem tal elemento não se pode falar em publicidade. Cabe, no entanto, advertência no sentido de que o fim de promover a demanda de produtos e serviços pode não resultar diretamente da comunicação, como ocorre quando se anunciam produtos. Tal fim pode, também, ser *mediato* ou *indireto*. Um exemplo típico de comunicação desse gênero é a *publicidade institucional*.

Por publicidade institucional entende-se a consistente em mensagem que, embora assumindo, em geral, a forma da publicidade do tipo clássico e se utilizando da *mass media*, não tem por objeto a oferta de produtos ou serviços *diretamente* aos consumidores, mas, sim, mediata ou indiretamente. Ela tem como único escopo criar, no público consumidor, uma determinada

---

nonsense. Sem difusão não há falar em publicidade, vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno. Um anúncio que permanece fechado a sete chaves na gaveta do fornecedor não merece a atenção do direito do consumidor. Aquilo que se conserva secreto não é publicidade. Do mesmo modo, sem que traga um conteúdo mínimo de informação, não se deve falar em publicidade". Cf. Oferta e Publicidade. Disponível em: [www.bdjur.stj.gov.br]. Acesso em 18/11/2019, p. 28

[83] Para LEDUC, Robert a publicidade é, em primeiro lugar, fundamentalmente, a comunicação de uma mensagem (informação), com uma intenção bem determinada e clara: vender (*Propaganda: uma força a serviço da empresa*. São Paulo: Atlas, 1986, p. 22). Para esse autor, ela não se confunde com a venda, na medida em que a publicidade só representa uma parte da venda, unicamente aquela parte que concorre para desenvolvê-la. Em segundo lugar, "acontece frequentemente que a informação cede lugar à persuasão, isto é, a todos os meios pelos quais se procurará tentar, seduzir, fazer desejar e convencer" (ibidem).
PASQUALOTTO, Adalberto, tendo em conta o âmbito que a publicidade compreende no Código de Defesa do Consumidor, a conceitua "como toda comunicação pública de entidades privadas ou públicas, feita por qualquer meio de difusão, destinada a influenciar a coletividade, direta ou indiretamente, para o consumo de produtos ou a prestação de serviços" (Oferta e publicidade no Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Tereza Ancona; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coordenadores). *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61). Depreende-se desse conceito que nele estão reunidos os dois tipos de publicidade em exame: a promocional (oferta publicitária) e a institucional.

imagem (positiva) *da empresa*. É que a fixação da crença, na mente do consumidor, da imagem de uma empresa importante, especializada, confiável, sensível às exigências do consumo, ou simplesmente uma imagem de notoriedade ou simpatia, contribui, indubitavelmente, para criar condições favoráveis à aceitação dos produtos da empresa e, portanto, indiretamente, promover-lhe a demanda.[84] A publicidade institucional é muito acentuada na internet (sítios, redes sociais, e-mails, aplicativos etc.).

A *oferta publicitária* propriamente dita – também denominada *publicidade promocional*[85] - se dá quando os produtos ou serviços são direta ou imediatamente oferecidos ao consumidor na publicidade, fazendo-se referência a preço, forma de pagamento, prazo de entrega, quantidade de unidades ofertadas etc. Todavia, isso não se dá, como antes sublinhado, na publicidade institucional, que tem apenas por fim mediato ou indireto a venda de produtos ou serviços. Esta modalidade de publicidade não contém uma verdadeira oferta contratual, ao contrário do que ocorre com a publicidade promocional, que corresponde a uma declaração negocial para o consumo, com caráter vinculante (art. 30 do CDC), realizada num veículo ou suporte, com alcance difuso.

[84] Cf. FUSI, Maurizio; TESTA, Paolina, ob. cit., p. 53. PASQUALOTTO, Adalberto, ob. cit., p. 60-61, tem entendimento semelhante: "A publicidade promocional [oferta publicitária] tem como conteúdo as ofertas de produtos e serviços, visando imediatamente a realização da finalidade econômica do anunciante. A publicidade institucional integra-se a uma estratégia de mais longo alcance, com vistas à afirmação positiva da imagem do anunciante. Pode versar sobre temas não relacionados diretamente com os produtos ou serviços da empresa, mas importantes ou significativos, como a preservação do meio ambiente, o apoio à cultura e ao esporte, a solidariedade social e outros (...). A influência direta se dá pela publicidade promocional e a indireta pela institucional".

[85] Cf. PASQUALOTTO, Adalberto, ob. cit., p. 60; LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 1, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 154. SOZZO, Gonzalo, consigna que existem casos em que a publicidade não é oferta. Isto se dá quando a publicidade não cumpre os requisitos caracterizadores da oferta, previstos no art. 7º, letra A e seus parágrafos, do referido decreto (este dispositivo corresponde parcialmente ao art. 30 do CDC). Cf. Publicidad: su relación con la oferta y la ejecucion del contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 17, jan./mar. 1996, p. 29-31, analisando o art. 7º do Decreto 1998/94, que regulamentou a Lei nº 24.240/1994 (Lei de Proteção do Consumidor argentina). Para o autor, na "oferta pública publicitária" coexistem dois elementos: oferta pública de consumo e publicidade (ibidem).

Além disso, há, ainda, a hipótese em que, na publicidade, os produtos ou serviços não são diretamente oferecidos ao consumidor, mas somente *apresentados* a ele, com o fim de levar a uma demanda posterior, como comumente ocorre em anúncios publicitários de automóveis, nos quais são feitas afirmações sobre vários aspectos do produto (velocidade, conforto, segurança, tecnologia etc.) sem qualquer referência a elementos típicos da oferta, como preço, condições de pagamento, prazo de entrega, garantia e outros dados necessários à realização do negócio de consumo. Esse é um exemplo da *apresentação* a que se refere o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor.[86]

A enganosidade (ou indução a erro) pode ocorrer (a) na publicidade em que se faz verdadeira *oferta* de produtos ou serviços, (b) na publicidade em que há simples *apresentação* do produto ou serviço e (c) na publicidade *institucional* (quando a imagem positiva sobre si que a empresa transmite ao consumidor no anúncio não corresponde à verdade).

A grande novidade do Código de Defesa do Consumidor, no âmbito penal, é, sem dúvida, a *criminalização* da publicidade enganosa. Acreditamos que a repressão penal da publicidade enganosa e da abusiva, ao lado das sanções civis e administrativas previstas no mesmo diploma legal, constitui-se num eficiente fator inibitório da sua realização (no sentido de sua eliminação ou, ao menos, da diminuição de sua incidência). Dado o acentuado número de publicidades enganosas veiculado na imprensa, no rádio e na televisão (e, após a vigência do CDC, na internet), imperiosa mostrava-se sua repressão no âmbito penal, pelo que se propendeu para sua tipificação como crime no Código de Defesa do Consumidor, a par de seu sancionamento nas esferas administrativa e civil (v.g., multa e *contrapropaganda* ou *publicidade corretiva*).

É que as sanções civis e administrativas previstas no aludido diploma legal não são suficientes para coibir essa prática desleal, como suficientes não têm sido, também, as regras do Código de Autorregulamentação Publicitária, do CONAR, por não estabelecerem penalidades suscetíveis de inibir efetivamente a prática em apreço. É que referido código de autodisciplina é meramente deontológico, impondo os chamados deveres imperfeitos, isto

[86] Art. 31. A oferta e *apresentação* de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazo de validade e origem entre outros dados (...).

é, deveres desacompanhados de sanções em caso de seu descumprimento. Cabe ressalvar que, não obstante, o CONAR tem-se empenhado no controle da publicidade ilícita mediante *recomendação* de sua sustação ou alteração.[87] Mas não há como negar certo corporativismo por parte dos principais agentes que formam essa entidade (anunciantes, agências de publicidade e veículos), que acaba contribuindo para a ausência de investigação e adoção de medidas contra determinadas publicidades enganosas. O que se observa é que o CONAR é mais atuante quando se trata de publicidade comparativa desleal entre fornecedores de produtos ou serviços, em que a representação à aludida entidade é formulada por um dos anunciantes contra o outro, que veicula a publicidade censurada.

Já era tempo de o Brasil acompanhar países que, de há muito, tipificam penalmente a publicidade enganosa, como a França, que, na denominada Lei *Royer* (Lei nº 1.193, de 27 de dezembro de1973) - que regula o comércio e o artesanato – pune criminalmente quem faz publicidade enganosa (*publicité trompeuse*) ou deixa de executar, no prazo estabelecido pela autoridade competente, publicidade corretiva (*annonces rectificatives*) ou contrapropaganda.[88]

[87] Cf. decisões publicadas no site do CONAR: www.conar.org.br .

[88] Em razão do pioneirismo da Lei *Royer*, em matéria de punição da publicidade enganosa, permitimo-nos, para ilustrar, fazer o seguinte registro: na sua versão inicial, de 1973, já estabelecia, no art. 44 - I, que: "É proibida toda publicidade que contenha, sob qualquer forma, alegações, indicações ou apresentações falsas ou de natureza a induzir em erro, quando estas se refiram a um ou vários dos seguintes elementos: existência, natureza, composição, qualidades substanciais, princípios ativos, espécie, origem, quantidade, modo e data de fabricação, propriedades, preço e condições de venda de bens ou serviços que foram objeto da publicidade, condições de sua utilização, resultados que podem ser esperados de sua utilização, motivos ou procedimentos da venda ou da prestação de serviços, propostas contratuais utilizadas pelo anunciante, identidade, qualidades ou aptidões do fabricante, dos revendedores, patrocinadores ou prestadores" (tradução livre). E, em caso de infração a essa disposição, o agente era punido com pena privativa de liberdade de, no mínimo, três meses e multa, ou uma delas somente, penas estas previstas no art. 1º da Lei de 1º de agosto de 1905, relativa à repressão a fraudes e falsificações. É interessante destacar, ainda, que, segundo o art. 44 – II, da mencionada lei, as mesmas penas eram aplicáveis em caso de recusa, pelo anunciante, de comunicação dos elementos de justificação (de alegações, indicações ou apresentações publicitárias) que dele eram requeridos pelos órgãos competentes, assim como em caso de inobservância de decisões ordenando a cessação da publicidade ou de não-execução, no prazo concedido, de anúncios retificadores (contrapropaganda).

Posteriormente, o crime de publicidade enganosa passou a integrar o Código de Consumo francês (*Code de la consommation*), que entrou em vigor em 1993, absorvendo a legislação sobre Direito do consumidor então existente. Hoje, a publicidade enganosa é tida, no aludido código (versão atualizada até 10 de novembro de 2019), como uma *modalidade* de *prática comercial enganosa* punida criminalmente no artigo L 132-1 *et* L 132-2,[89] com pena de *prisão* e *multa*, ao lado de outras práticas comerciais enganosas (*pratiques commerciales trompéuses*), mencionadas nos artigos L-121-2 a L-121-4. As pessoas físicas culpadas por esse crime ainda estão sujeitas a *penas complementares* (não privativas de liberdade, que reforçam a efetividade do tipo penal), cominadas pelo artigo L 132-3.[90] Também respondem pelo crime em

A aludida lei, posteriormente, modificou as disposições do art. 39 – I, alínea 2, da *Ordonnance* nº 1.484, de 30 de junho de 1945 – relativa à repressão de infrações à legislação econômica -, estabelecendo que "quando a publicidade for de natureza a induzir em erro o consumidor, tais infrações serão punidas com pena privativa de liberdade de três meses a um ano e multa (...) ou de uma delas somente" (tradução livre).

[89] Article L132-1 - Le délit de pratique commerciale trompeuse défini aux articles L121-2 à L121-4 est constitué dès lors que la pratique est mise en œuvre ou qu'elle produit ses effets en France.

Article L132-2 - Les pratiques commerciales trompeuses mentionnées aux articles L. 121-2 a L. 121-4 sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros. Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit.

[90] Article L132-3 - Les personnes physiques coupables du délit puni à l'article L132-2 encourent également à titre de peines complémentaires l'interdiction, suivant les modalités prévues à l'article 131-27 du code pénal, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice ne peuvent excéder une durée de cinq ans. Elles peuvent être prononcées cumulativement.

No CDC, também há previsão de *penas complementares* para os crimes de consumo. Cf. art. 78: Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47 do Código Penal:

questão as pessoas jurídicas (*personnes morales*), nos termos previstos nessa última disposição legal.[91] A responsabilidade penal da pessoa jurídica está prevista no Código penal francês, desde 1998, para um acentuado número de delitos. Daí a sua previsão, também, no *Code de la consommation*, como antes foi mencionado.

Como se viu, o Código de Consumo francês pune com rigor as pessoas físicas e jurídicas declaradas culpadas pelos crimes de práticas comerciais enganosas, entre eles o de publicidade enganosa (*publicité trompéuse*). No Brasil, ao contrário, não se tem dado a devida importância ao crime de publicidade enganosa tipificado no art. 37 do CDC, em razão, provavelmente, de ser considerado crime de menor potencial ofensivo, somente com base na pena máxima a ele cominada, apesar da gravidade da conduta, já que dirigida a um número indeterminável de vítimas. É necessário, portanto, de *lege ferenda*, elevar a pena máxima cominada a tal delito, de molde a retirá-lo do rol de crimes de menor potencial ofensivo. A nosso ver, de nada adianta a tipificação criminal de uma conduta grave com uma pena que não seja proporcional à gravidade da mesma conduta.

A publicidade enganosa também é punida no novo Código Penal espanhol, de 1995.[92] Na antiga República Federal Alemã, o Código Penal, no âmbito

---

I - a interdição temporária de direitos;

II - a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação;

III - a prestação de serviços à comunidade.

[91] Article L132-3 - Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal, du délit puni à l'article L. 132-2 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 du code pénal, les peines prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du même code. L'interdiction mentionnée au 2° du même article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les peines prévues aux 2° à 7° de cet article ne peuvent être prononcées que pour une durée de cinq ans au plus. As disposições legais anteriormente transcritas encontram-se no *Code de la consommation*, em sua versão *consolidada* até 10 de novembro de 2019. Cf.: https://www.legifrance.gouv.fr. Acesso realizado em 21/11/2019.

[92] O crime de publicidade enganosa no ordenamento espanhol foi introduzido pelo novo Código Penal, de 1995. Encontra-se no art. 282, *in verbis*: Serão punidos com pena de prisão de seis meses a um ano ou multa de seis a dezoito meses os fabricantes ou comerciantes que, em suas ofertas ou publicidade de produtos ou serviços, façam alegações falsas ou

dos delitos contra a concorrência e consumidores, regulava o que denominava "publicidade com alegações falsas", à semelhança da antiga "publicidade punível", que se encontrava na Lei contra a Concorrência Desleal, de 1909.[93]

Algumas tentativas de criminalizar essa modalidade de publicidade ilícita foram levadas a efeito em nosso país, no passado, mas não encontraram eco. Foi o que se deu, por exemplo, com esforço de punir a publicidade enganosa no art. 184, parágrafo único, do chamado "Código Penal de 1969", o qual, embora promulgado, não chegou a entrar em vigor, como é sabido. Não era um tipo penal autônomo, como o previsto no Código de Defesa do Consumidor, mas, sim, uma modalidade de fraude no comércio, uma vez que insculpido num parágrafo do artigo que disciplinava este último delito.[94] José Geraldo Brito Filomeno assinala que, "ao relatar processo como membro do extinto Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, a Profª Ada Pellegrini Grinover chegou a apresentar anteprojeto de lei no sentido de se *acrescentar inciso e parágrafo ao art. 178 do* Decreto n.° 7.903, de 27.8.1945, tipificando, entre os 'crimes de concorrência desleal, a propaganda enganosa'".[95]

Continuou-se tentando alcançar esse desiderato, não obstante os poderosos *lobbies* que se armavam para evitá-lo. Logrou-se a consecução desse objetivo com a promulgação da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), uma vez que nesse diploma foi introduzida a publicidade enganosa como figura penalmente tí-

indiquem características incertas sobre eles, de tal forma que possam causar prejuízo grave ou manifesto aos consumidores, sem prejuízo da pena que corresponda à comissão de outros delitos. Confira, sobre o tema, entre outros: RIEZU, Antonio Cuerda. Contribución a la polémica sobre el delito publicitário, *Estudios sobre consumo*, n. 35, Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1995, p. 67-81; MESAS, Luis Francisco de Jorge. La oferta, promoción y publicidad enganosa, *Estudios sobre consumo*, n. 44, Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1998, p. 109-110; RUIZ, Jose Augusto de Veja. *Los delitos contra el consumidor em el Codigo Penal de 1995*. 1.ed., Madrid: Colex, 1996; BRAVO, Emilio Moreno y. *El delito de publicidade falsa*, Barcelona: Bosch, 2001.

[93] Cf. RUIZ, José Augusto Vega. Protección penal del consumidor, *Estudios sobre consumo*, n. 15, Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1989, p. 55-71

[94] Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*, cit., p. 242.

[95] FILOMENO, José Geraldo Brito, op. cit., p. 243. Sobre a publicidade enganosa como uma forma de realização de concorrência desleal, veja PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Concorrência desleal por meio da publicidade*, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

pica (v. arts. 67 a 69), ombreando-se o nosso Direito, nesse particular, ao Direito europeu.

Vejamos, agora, o objeto jurídico do crime em questão.

A norma do artigo 67 é um caso típico das chamadas *leis penais em branco* (*Blankettstrafgesetze*) ou *leis penais abertas* (*offene Strafgesetze*), na denominação pioneira de Binding, ou *leis penais cegas*, na designação de outros grandes juristas. Para esse autor do Direito penal alemão, as "leis se consideram *em branco* quando o preceito estabelece uma proibição genérica, que se completará por definições da mesma lei, ou de outra, de um regulamento ou por uma ordem de autoridade administrativa, enquanto a sanção já se acha determinada, como consequência do preceito a completar-se, até no futuro".[96]

No caso, o preceito primário em comento completa-se com as definições de publicidade *enganosa* – inclusive por omissão - e *abusiva* estabelecidas no CDC, nos §§ 1º, 2º e 3° do artigo 37, *in verbis*:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
> § 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
> § 2º - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
> § 3° - Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão, quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Sujeitos e Tipo-de-Ilícito: Conduta e Consumação

Analisaremos conjuntamente o ilícito-típico e o seu agente para facilitar a compreensão da matéria, que é demasiado técnica, exigindo do intérprete certa incursão pelos domínios da propaganda (aqui, no sentido de publicidade comercial) e do *marketing* não publicitário.[97]

---

[96] Apud OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 67.

[97] Para uma perfeita compreensão do tema, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor,

Enquanto nos crimes do art. 66 o sujeito ativo é o fornecedor (fabricante, importador ou comerciante) ou o patrocinador, no delito do art. 67, na modalidade de *fazer* publicidade enganosa ou abusiva, normalmente incrimina-se o responsável pela agência publicitária,[98] e, na de *promover* as mesmas espécies de publicidade ilícita, a incriminação recai sobre o fornecedor-anunciante e/ou sobre o responsável pelo veículo de divulgação da publicidade ao público consumidor (mídia: imprensa, rádio, televisão, internet etc.).[99]

consultem-se, entre outros: BENJAMIN, Antonio Herman V. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 224-306; PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 127-156 e 306-311; LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade, cit., p. 150-183; e DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas.* 2. ed. – Bauru, SP: EDIPRO, 2000, especialmente p. 53-61. Para uma leitura mais técnica sobre propaganda e *marketing* e promoção de vendas, vejam-se: LEDUC, Robert. *Propaganda: uma força a serviço da empresa*. Tradução de Silvia de Lima B. Câmara. São Paulo: Atlas, 1986; e SIMONI, João de. *Promoção de vendas.* São Paulo: Makron Books, 1997.

[98] A agência também pode promover a publicidade, dependendo do conteúdo do contrato que celebrou com o cliente (fornecedor-anunciante). É que, em boa parte dos contratos que celebra com seus clientes, a agência se obriga a prestações que se dividem em dois grupos, correspondentes a duas fases da relação: (a) a do estudo, idealização e elaboração do material que culmina com a apresentação do plano de campanha, e (b) a da sua realização, que se conclui com a difusão da publicidade (nesta segunda fase se incluem as tratativas com os meios ou veículos, para a aquisição de espaços e/ou tempos publicitários, e com os fornecedores, para a aquisição do material a difundir; também se inclui a gestão das relações da agência com os veículos, para a realização da difusão do anúncio publicitário). Em suma, ordinariamente, com o "contrato de agência publicitária", o fornecedor-anunciante encarrega a agência de projetar, planejar e realizar a publicidade de seus produtos ou serviços. Cf. FUSI, Maurizio; TESTA, Paolina, ob. cit., p. 371; DENARI, Zelmo também entende que as agências podem *promover* (um dos núcleos do tipo do art. 67 do CDC) publicidade, ao sustentar que, "no âmbito penal (...), a responsabilidade pode se estender às agências publicitárias, bem como aos órgãos de comunicação social [veículos], na qualidade de *promotores*, vale dizer, divulgadores da publicidade" (A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 4, São Paulo: RT, 1992, p. 137).

[99] Veículo de divulgação ou suporte, segundo o art. 10 do Decreto n.º 57.690/1966, "é qualquer meio de divulgação visual, auditiva ou audiovisual capaz de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecido pelas entidades sindicais ou associações representativas de classe, legalmente registradas"

Pode recair, também, sobre os *agenciadores* de propaganda, que, nos termos do art. 2º da Lei nº 4.680/1965, são "os profissionais que, vinculados aos veículos da divulgação, a eles encaminhem propaganda por conta de terceiros". É que esses profissionais podem *promover* esse encaminhamento com conhecimento de que os anúncios a serem veiculados são – ou deveriam saber ser - enganosos ou abusivos.

Conforme pontifica Marcos Daniel Veltrini Ticianelli, "atendendo aos preceitos normativos do art. 76 do Código de Defesa do Consumidor, se o agenciador vier a concorrer intencionalmente de qualquer forma para o delito, restará sua responsabilidade penal".[100] Esse dispositivo está em consonância com o art. 29 do Código Penal, segundo o qual "quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".[101]

Afirma-se que o sujeito ativo na modalidade de *fazer* a publicidade ilícita é o profissional responsável pela agência de publicidade, porque fazer a publicidade significa *criá-la*, *executá-la*, a pedido do fornecedor-anunciante, que, quando muito, entrega àquele um *brief* (sumário de instruções e informações fornecidas pelo cliente à agência, necessários à criação da ação promocional). Portanto, nada mais lógico do que atribuir a conduta típica de *fazer* publicidade enganosa ou abusiva aos profissionais responsáveis pela agência de publicidade[102] contratada pelo fornecedor do produto para elaborá-la. O fornecedor-fabricante também pode ser sujeito ativo do crime nessa modalidade (*fazer*) quando a agência de publicidade pertencer à própria empresa que fabrica o produto (é a chamada *home agency*) ou quando, de

[100] TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Delitos publicitários*, Curitiba: Juruá, 2007, p. 116.

[101] Ibidem.

[102] O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, no art. 46, estabelece: "Os diretores de qualquer pessoa empregada numa firma, companhia ou instituição que tomem parte no planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio, respondem, perante as normas deste Código, na medida de seus respectivos poderes decisórios". Este artigo é importante para a definição da autoria nos delitos publicitários. E mais: a agência deve agir com toda a diligência de mandatário, devendo elaborar e submeter ao fornecedor-anunciante (seu cliente) "soluções criativas originais, de modo a não gerar contestação por parte dos concorrentes e estar conforme as normas que regulam a publicidade dos produtos objeto do encargo, entre as quais se incluem as do Código de Autodisciplina Publicitária". Cf. FUSI, Maurizio; TESTA, Paolina ob. cit., p. 372.

qualquer forma, concorrer para a feitura da publicidade ilícita, nos termos do art. 75 do CDC.

É importante registrar que, de acordo com a norma do art. 45, alínea *a*, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, "o anunciante assumirá responsabilidade *total* por sua publicidade".

Como *promover* significa fazer com que se ponha em prática alguma coisa, a expressão *promover publicidade enganosa* deve ser compreendida como a *veiculação* (*ou publicação*) de tal publicidade, pois é a partir da divulgação do anúncio publicitário, em qualquer veículo de comunicação de massa, que a publicidade é irradiada ao público consumidor e expõe a perigo bens jurídicos particulares do consumidor. Por isso é que se afirma que o sujeito ativo do crime do art. 67, na modalidade de *promover* o anúncio publicitário enganoso ou abusivo, pode ser, ainda, o *veículo* de comunicação,[103] também conhecido como *suporte*. Todavia, exige-se, para a punição do responsável pelo veículo, a demonstração de sua culpa, ou seja, que sabia ou deveria saber, diante das circunstâncias do caso concreto, que a publicidade que divulgou era enganosa ou abusiva, como sói acontecer, nos dias que correm, com a publicidade de produtos destinados ao emagrecimento e a curas milagrosas, como a eliminação da calvície, da celulite e outros males que afetam a estética das pessoas.

Tal como ocorre com a modalidade *fazer* integrante do ilícito-típico, o fornecedor-anunciante (representante legal da empresa que fabrica, importa ou comercializa o produto) também acaba concorrendo para a *promoção* da publicidade, uma vez que a aprova e concorda com sua veiculação. Mais que isso, ele pode contratar diretamente com o veículo ou suporte a divulgação do anúncio. Não há, assim, como excluí-lo da autoria do crime em comento.

Cumpre acrescer que a agência de publicidade, que, ordinariamente, elabora o anúncio publicitário, às vezes não é a responsável pela sua criação, limitando-se a "abrir espaço" na mídia para a sua divulgação. Em termos mais precisos: a agência contrata com a empresa responsável pelo veículo a divulgação do anúncio na mídia, cujo conteúdo fora previamente elaborado por

[103] O Código de Autorregulamentação Publicitária *recomenda aos veículos* que, como medida *preventiva*, estabeleçam um *sistema de controle na recepção de anúncios* (art. 45, alínea *c*). Altribui, assim, um *dever ético de cuidado* aos veículos, com o escopo de que anúncios enganosos ou abusivos não sejam divulgados.

terceiro, contrato pelo fornecedor, nacional ou estrangeiro. É o que sucede com boa parte dos anúncios sobre cosméticos ou produtos para emagrecimento importados. Nessa hipótese, sendo a publicidade enganosa ou abusiva e tendo tal agência conhecimento dessa enganosidade ou abusividade, ela também responde pelo crime em apreço, pois concorreu para a sua divulgação na mídia. Noutras palavras, *promoveu* a publicação da mensagem publicitária enganosa ou abusiva.

Conclui-se, assim, que o *anunciante, a agência de publicidade,* o *agenciador de publicidade* e o *veículo* podem ser responsabilizados pela divulgação da publicidade enganosa ou abusiva. Em termos penais, como a responsabilidade é pessoal - em nosso país vige o adágio *societas delinquere non potest*, salvo em matéria de crimes ambientais[104] - e subjetiva (dependente de demonstração de culpa), responderão, pelo ilícito-típico do art. 67, os diretores ou quaisquer empregados de uma empresa que participem do planejamento, da criação, execução e veiculação de um anúncio enganoso ou abusivo. Aplica-se a regra do art. 75 do CDC.[105]

A propósito da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito estrangeiro, há previsão expressa de sua aplicação no Código Penal francês, para um rol acentuado de infrações.[106] No que se refere especificamente ao crime de publicidade enganosa, como já afirmamos linhas atrás, a responsabilidade penal da pessoa jurídica que o pratica está prevista no art. L 132-3, última parte, do *Code de la consommation*.[107]

---

[104] Cf. Lei nº 9.605, de 12.02.1998, art. 3º: "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

[105] Sobre a aplicação do art. 75 do CDC para definir a autoria dos crimes de consumo, veja o interessante comentário feito por BESSA, Leonardo Roscoe. XIII. Direito Penal do Consumidor, p. 510-512. In: *Manual de direito do consumidor*. Benjamin, Antonio Herman V. et al. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

[106] Cf. DELMAS-MARTY, Mireille et al. *La responsabilité pénale des personnes morales*. Paris: Dalloz, 1993.

[107] Article L132-3 - Les personnes morales déclarées pénalement responsables dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal, du délit puni à l'article L. 132-11 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 du code pénal, les peines prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du même code.

Por derradeiro, quanto aos sujeitos ativos do delito em exame, cumpre acrescentar que poderá ser responsabilizado criminalmente, pela veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, também aquele que participa como *personagem* do anúncio publicitário, consoante se dá, principalmente, com as pessoas famosas ou celebridades, que são contratadas para serem protagonistas de anúncios publicitários de produtos ou serviços. Todavia, para tanto, faz-se necessário que fique demonstrado que o personagem tenha conhecimento da ilicitude (enganosidade ou abusividade) da publicidade e, mesmo assim, aceita dela tomar parte, no mínimo assumindo o risco de pôr em perigo bens jurídicos dos consumidores alvo da publicidade (responde por dolo direto ou eventual).[108] Aplica-se à hipótese a norma do art. 75 do CDC,[109] tal como se dá com os agenciadores de publicidade, cuja responsabilidade penal foi analisada anteriormente.

A enganosidade ou abusividade da publicidade pode manifestar-se de modo comissivo (conduta positiva)[110] ou omissivo (conduta negativa). Na forma comissiva, a publicidade é suscetível de enganar ou porque é falsa (contém informações contrárias à verdade ou mendazes), ou porque é *ambígua* ou *dúbia* (conjunto de dados imprecisos que compõem a mensagem e são capazes de induzir o consumidor a erro ou engano). De outra parte, a publicidade pode omitir informação essencial ao consumidor a respeito de dados do produto, de modo a ser suscetível de induzi-lo a erro ou engano. A publi-

---

L'interdiction mentionnée au 2° du même article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les peines prévues aux 2° à 7° de cet article ne peuvent être prononcées que pour une durée de cinq ans au plus.

[108] Sobre a responsabilidade das celebridades que participam de anúncios publicitários, veja GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2004.

[109] Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código, incide nas penas a esses cominadas, na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente de pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

[110] TACRIM/SP – Ap. 1.206.637/1 – 15ª Câm. – Rel. Carlos Biasotti - j. 17.8.2000, in RT 785/626. O acórdão concluiu que, no caso de o consumidor efetuar o pagamento por linhas telefônicas que o fornecedor não possuía e que foi objeto de mensagem publicitária, há concurso material entre os crimes dos arts. 67 do CDC e 171, *caput*, do CP.

cidade enganosa por omissão está expressamente prevista no § 3° do art. 37 do CDC, como já foi visto anteriormente.

Antonio Herman V. Benjamin, a propósito do caráter enganoso da mensagem publicitária, sublinha que "o juízo de enganosidade levará em conta, além das informações falsas propriamente ditas, outras que sejam *ambíguas* e até aquelas que, embora literalmente verdadeiras, emanem um entendimento *global* – a impressão total – capaz de induzir em erro o consumidor". Assinala, ainda, que

> "a enganosidade é apreciada tanto no seu contexto positivo (o que foi dito ou apresentado) como, também, com a mesma ênfase, na sua conotação negativa (o que deixou de ser dito, mostrado ou informado). A simples omissão de um dado na publicidade – desde que essencial – pode ser capaz de induzir em erro o consumidor. Ou seja, em sede publicitária, o mero silêncio é sancionado. Naquela hipótese caracteriza-se *publicidade enganosa comissiva*. Nesta, *publicidade enganosa omissiva*".[111]

Cabe enfatizar que a enganosidade publicitária pode dizer respeito a "quaisquer dados sobre produtos e serviços" (art. 37, § 1º, do CDC). Por outro lado, a enganosidade não publicitária refere-se apenas aos dados de produtos ou serviços indicados no tipo do art. 66, *caput*, do CDC.[112]

O crime é de *mera conduta* (ou de *mera atividade*), com antecipação do resultado, que é um perigo presumido (= a abstrato, hipotético). É um tipo penal de perigo de lesão a bens jurídicos do consumidor difusamente considerado. Para a consumação do tipo basta, portanto, a simples realização da conduta, presumida, pelo legislador, como capaz de pôr em perigo bens jurídico-penais.[113] Como assinala Bustos Ramírez, não há possibilidade de prova em contrário do perigo, bastando, para a configuração do crime, a comprovação da realização do comportamento típico.[114]

---

[111] Antonio Herman V. Benjamin. A repressão penal aos desvios de *marketing*, cit., p. 103.

[112] No mesmo sentido: Antonio Herman V. Benjamin. A repressão penal aos desvios de *marketing*, cit., p. 103; Maria Elizabete Vilaça Lopes. O consumidor e a publicidade, cit., p. 180.

[113] TACRIM/SP – 14ª Câm. – Apel. 926.759 – Rel. Renê Ricupero – v. u. – j. 22.8.95. Neste acórdão, conclui-se que o tipo do art. 67 do CDC é crime de perigo abstrato, donde despiciendo indagar se alguém sofreu ou não prejuízo em decorrência de anúncio com dados falsos ou inexatos, ou se a empresa anunciante obteve indevida vantagem econômica.

[114] RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal, Parte general*. Madrid: Ariel, 1989, p. 169.

A justificação dos crimes de mera conduta ou atividade está na *motivação do legislador*, na periculosidade geral da conduta ou em sua periculosidade abstrata.[115] Daí não ser possível ao juiz enfrentar o problema da efetiva periculosidade da atividade exercida, no caso concreto. A periculosidade real do comportamento seria critério de valoração do legislador no momento da elaboração do tipo penal, como já foi referido neste ensaio.

De outra parte, o sujeito passivo não é o consumidor eventualmente enganado pelo anúncio (neste caso, pode cogitar-se do crime contra as relações de consumo do art. 7º, VII, da Lei n.º 8.137/90),[116] mas, sim, toda a coletividade de consumidores exposta à mensagem publicitária (enganosa ou abusiva) divulgada pelo veículo (ou suporte) de comunicação de massa. Há, assim, um interesse coletivo que prepondera sobre o interesse do lesado particularmente.

No caso de consumidores serem enganados e sofrerem prejuízo econô-

[115] Cf. Angel Torío Lopez. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estúdio diferencial de los delitos de peligro abstrato. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 34, fasc. 2/3, 1981, p. 145.

[116] A propósito, *vide* TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor*, Fascículos de Ciências Penais*, v. 4, n.º 2, Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 56: "(...). Resta concluir que os casos em que o consumidor é efetivamente induzido a erro mediante publicidade enganosa, que incida sobre a natureza e a qualidade do bem ou serviço, serão regulados pelo art. 7º, inc. VII, da Lei nº 8.137/1990 (...). Se o engano é meramente potencial incide a disposição do Código de Defesa do Consumidor, que tem penas mais brandas (...)". BENJAMIN, Antonio Herman V. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 933, que, comparando o tipo do art. 67 do CDC com o do art. 7°, VII, da Lei nº 8.137/1990, afirma que o sujeito passivo na primeira figura típica "não é representado pelos consumidores que, acreditando no anúncio, efetuaram a compra (...) por ele incitados. Os sujeitos passivos, ao contrário, são todos os consumidores expostos à mensagem publicitária. Cuida, pois, de crime que atinge uma esfera subjetiva tipicamente 'difusa'. Se consumidores individualizados forem, de fato, enganados, haverá infração ao art. 7º, VII, da Lei 8.137/1990. Isso porque, ao contrário do crime do CDC, este último é crime de resultado [o resultado é o engano]".

Todavia, cumpre acrescentar, se o consumidor, além de ser enganado, ainda vier a sofrer prejuízo econômico, estará configurado o crime de estelionato, previsto no art. 171 do CP (neste, o resultado é o prejuízo econômico), que absorve o tipo do art. 7°, VII, da Lei nº 8.137/1990, em decorrência da aplicação do princípio da consunção. Haveria, assim, concurso entre o delito do CDC e o crime de estelionato, tal qual expusemos no corpo do presente artigo.

mico, caracteriza-se também o crime de estelionato (art. 171 do CP). O agente responderá então pelos crimes do art. 67 do CDC e do art. 171 do CP,[117] em concurso formal (art. 70 do CP).[118] É que, na primeira hipótese, o bem jurídico violado é de natureza difusa ou coletiva (integridade das relações de consumo), enquanto, na segunda, o bem jurídico lesado é individual (patrimônio do consumidor-vítima).

Tipo-de-Culpa

Para a figura da primeira parte do artigo (*sabe*) o tipo subjetivo é o *dolo direto*, enquanto para a figura da segunda parte do mesmo artigo (*deveria saber*), é o *dolo eventual.*[119]

Quando o sujeito ativo *sabe* que a publicidade é enganosa ou abusiva, ele dirige a sua vontade conscientemente para o resultado de perigo de dano a indeterminado número de consumidores. O crime é de mera conduta, com antecipação do resultado, que é um perigo presumido.

De outra parte, quando o agente *deveria saber* que a publicidade é enganosa ou abusiva, ele age com dolo eventual.

Aníbal Bruno ensina que "ao contrário do que ocorre no dolo direto, no eventual a vontade não se dirige propriamente ao resultado, mas apenas ao ato inicial, que nem sempre é ilícito, e o resultado não é representado como certo, mas só como possível. Mas o agente prefere que ele ocorra, a desis-

[117] Vide, nesse sentido, acórdão na Ap. 1.206.637/1 – TJSP - 15ª Câm. – j. 17.08.2000 – Rel. Carlos Biasotti, publicado na RT 785/626, com a seguinte ementa: "Pratica o estelionato (art. 171, *caput*, do CP) o sujeito que vende linhas telefônicas e recebe do comprador de boa-fé o preço total da transação, mas não lhas transfere sob o argumento de não haver disponíveis. É o manifesto o dolo (*animus laedendi*) de quem assim procede, pois dá à venda o que não tem. Incorre nas penas do art. 67 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor), por delito de propaganda enganosa, aquele que, no intuito de vender produtos e prestar serviços, apregoa-lhes, para conseguir clientela, atributos que não possuem ou não correspondem à verdade".

[118] Incide, na hipótese, o disposto no art. 61 do CDC, *in litteris*: "Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste Código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes (...)".

[119] TACRIM/SP – 7ª Câm. – Apel. 1007847 – Rel. Nogueira Filho – j. 09.5.1996 - v. u. Neste julgado concluiu-se que basta o dolo eventual para a configuração do crime.

tir do seu ato".[120] E prossegue prelecionando que "(...) essencial é que o dolo eventual se integra por estes dois componentes - representação da possibilidade do resultado e anuência a que ele ocorra, assumindo o agente o risco de produzi-lo".[121]

O profissional da agência de publicidade, quando não sabe que a mensagem publicitária é enganosa ou abusiva (conforme conceitos do CDC, art. 37, §§ 1º e 2º), ao menos *deveria saber* que ela assim o é, na maioria dos casos, dado o seu conhecimento especializado na matéria, associado aos princípios gerais que norteiam a atividade publicitária, relacionados à respeitabilidade, decência, honestidade, medo, superstição, violência etc., previstos no art. 19 e ss. do chamado Código de Autorregulamentação Publicitária, do CONAR.

Tanto assim é que o Decreto Federal nº 57.690/1966, que regulamenta a Lei nº 4.680/1965 (esta disciplina o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda), estabelece expressamente o dever de divulgação somente de informações e acontecimentos verdadeiros.[122]

Dessa forma, quando ele sabe que a publicidade apresenta as características negativas supracitadas, representa como certo o resultado de perigo de dano e dirige a sua vontade para a sua consecução. Por outro lado, quando ele não se pode escusar de prever a natureza enganosa ou abusiva da propaganda, porque tem razões objetivas para conhecê-la, ele não representa o resultado ilícito como certo, mas só como *possível*, podendo, assim, evitar a sua consumação. Todavia, se não o fizer, praticando o ato, consistente na criação da mensagem publicitária, para posterior divulgação pelo veículo de comunicação, certamente aceitará a ocorrência desse resultado; assumirá ou aceitará, enfim, o risco de produzi-lo.[123] Por consequência, responderá

---

[120] Aníbal Bruno. *Direito penal,* tomo 2, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 73-74.

[121] BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 75.

[122] Decreto nº 57.690/1966, art. 17, inc. II: "É dever**:** a) fazer divulgar somente acontecimentos verídicos e qualidades ou testemunhos comprovados; b) atestar, apenas, procedências exatas e anunciar ou fazer anunciar preços e condições de pagamento verdadeiros; c) elaborar a matéria de propaganda sem qualquer alteração, gráfica ou literária, dos pormenores do produto, serviço ou mercadorias (...)"

[123] No mesmo sentido, PRADO, Luis Regis, ob. cit., p. 121, assevera que o "tipo subjetivo é representado no dolo, direto ou eventual. Assim, na primeira parte do art. 67, há dolo direto. O agente sabe, efetivamente, que faz ou promove publicidade enganosa ou abusiva. Atua com consciência e vontade de criar ou veicular publicidade ilícita. Na segunda parte

pelo crime em apreço, por agir com *dolo eventual*, da mesma forma que por ele responde quando sabe que o anúncio publicitário é enganoso ou abusivo e o realiza ou promove.

O mesmo raciocínio se aplica ao fornecedor-anunciante (que sempre é responsável pelo anúncio – v. art. 45, alínea *a*, do precitado Código de Autorregulamentação Publicitária) e ao profissional responsável pelo veículo de comunicação.[124]

Cumpre dizer que é plausível a tese de que, na figura "deveria saber", o agente é punido a título de culpa, por não observância de um dever de cuidado. Aliás, esse tem sido o entendimento de toda a doutrina quanto à locução verbal "deve saber" referida no tipo do art. 130 do Código Penal (crime de contágio venéreo), conforme ensina Celso Delmanto, ao comentar esta figura criminal.[125]

Todavia, o legislador, ao inseri-la no tipo, quis punir o agente a título de dolo eventual, e não de culpa. À parte a discussão que se pode estabelecer sobre o tema, se o agente praticar o fato em circunstâncias em que "deveria saber" da natureza enganosa ou abusiva da publicidade, responderá pela infração em análise, ante o princípio da reserva legal, previsto no art. 1º do Código Penal.

Se o legislador quisesse punir o infrator a título de culpa, tê-lo-ia feito expressamente, em dispositivo destacado do *caput* do art. 67, como o fez

---

do mencionado dispositivo o agente não sabe, mas *deveria saber*, que faz ou promove publicidade enganosa ou abusiva. Embora não queira diretamente fazê-la ou promovê-la, prefere arriscar-se a produzir o resultado a renunciar à ação. Age, portanto, com dolo eventual. A locução verbal *deveria saber* indica tratar-se de dolo, e não de culpa. E isso porque a forma culposa deve ser expressamente prevista (art. 18, parágrafo único, CP)".

[124] No mesmo diapasão, o escólio de BESSA, Leonardo Roscoe: "Na verdade, o que há no dispositivo penal [art. 67] é uma explicitação de como o dolo eventual pode se manifestar: com indiferença em relação a eventual conteúdo abusivo ou enganoso da publicidade. Evidencia, também, que é dever do fornecedor, principalmente do anunciante (que, inclusive, tem obrigação de organizar os dados científicos e fáticos que sustentam o anúncio), saber efetivamente sobre o conteúdo e os efeitos da publicidade. A expressão 'deveria saber' possui ainda intuito de reforçar a análise da conduta do veículo (revista, rádio, televisão, jornal) da mensagem publicitária, o qual deve necessariamente conhecer o conteúdo da publicidade que veicula" (*Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 367),

[125] DELMANTO, Celso. *Código penal comentado.* Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 251.

noutras figuras criminais do Código (*v.g.*, art. 66, § 2º). Aliás, essa tem sido a técnica do legislador na feitura das leis penais, por força do disposto no artigo 18, parágrafo único, do Código Penal , do qual se depreende que os casos de culpa devem ser expressos.[126]

5.3 Crime de Publicidade Abusiva: Modalidade que Induz o Consumidor a se Comportar de Forma Prejudicial ou Perigosa a sua Saúde ou Segurança

> Art. 68 - Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
> Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Objetividade Jurídica

Como já foi assinalado, o art. 67 cuida da publicidade enganosa e da abusiva, de maneira geral, enquanto o art. 68 trata de modalidade *mais nociva* apenas de publicidade abusiva, exatamente aquela que é capaz de induzir o consumidor a se *comportar de forma prejudicial à sua saúde ou segurança*, razão por que suas penas são mais elevadas do que as do tipo do art. 67. A nosso ver, de melhor técnica seria que tal modalidade de publici-

[126] Em idêntico sentido, além de PRADO, Luis Regis, ob. cit., p.121, *vide*, também, JESUS, Damásio E. de. *Culpa deve ser expressa*, artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, ed. de 06.06.1992, p. 6; Idem. Dolo e culpa no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, nº 1, 1992, p. 100-102; PASSARELLI, Eliana. *Dos Crimes contra as relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 76; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 367-368; ZANELLATO, Marco Antonio; ZEIGLER, Parisina Lopes. O Ministério Público e a exegese da expressão "deveria saber" do art. 67 do CDC, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 14, abr./jun. 1995, p. 70. Em sentido diverso, entendendo tratar-se de culpa a expressão *deveria saber, vide*: LUISI, Luiz. A Tutela Penal do Consumidor*, Fascículos de Ciências Penais*, v. 4, n.º 2, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1991, p.66; BENJAMIN, Antonio Herman V. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 937 e 940; ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 169; DOTTI, René Ariel. Das infrações Penais (Arts. 61 a 74). In: CRETELLA JÚNIOR, José; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 267.

dade abusiva, por atentar contra bens jurídicos (saúde e segurança) do consumidor mais valiosos que os demais protegidos pelo tipo do art. 67, em vez de constituir um tipo autônomo, fosse apenas uma qualificadora deste último tipo. Seria, então, um crime de publicidade abusiva *qualificado*, evitando-se a crítica de sobreposição das disposições dos arts. 67 e 68, ou eventual *conflito aparente* entre essas duas normas penais.

Vale notar que a *ratio essendi* desse crime está em punir quem realiza publicidade abusiva capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança, tal qual conceituado pelo art. 37, § 2º, do CDC, com vista a assegurar o cumprimento da norma de proibição do *caput* deste último dispositivo legal.

Sujeitos

No tocante aos sujeitos ativo e passivo desse delito, valem, *mutatis mutandis*, as mesmas considerações tecidas sobre o crime do art. 67, inclusive sobre as expressões "sabe" e "deveria saber", às quais, portanto, nos reportamos.

Tipo-de-Ilícito Objetivo: Conduta e Consumação

Tratando-se de crime de mera conduta, para a sua consumação basta que se demonstre a existência de perigo a bens jurídicos do público-alvo (*target*) da malsinada publicidade, que é indeterminado. A conduta é dirigida *ad incertam personam.* Os bens jurídicos tutelados são a incolumidade física ou psíquica, a vida, a segurança desse indefinido número de consumidores destinatários do anúncio publicitário. É indiferente, para tal infração, o resultado danoso ou a efetivação do prejuízo, como se dá nos crimes materiais.[127] Se o dano, porém, ocorrer, estar-se-á diante de concurso de infrações penais, aplicando-se ao agente as penas dos delitos que ocorrerem. Por exemplo, se o resultado danoso consistir na morte do consumidor, haverá o concurso en-

[127] PRADO, Luis Regis, ob. cit., p. 124-125, expõe entendimento idêntico: "A *consumação* dá-se no momento em que o sujeito ativo faz ou promove publicidade capaz de atentar contra a saúde ou segurança do consumidor, que, por sua vez, é levado a se comportar de forma prejudicial ou perigosa. Não se exige a ocorrência de efetiva lesão ou dano à saúde ou segurança do sujeito passivo, porquanto trata o mencionado artigo de delito de mera atividade e de perigo abstrato".

tre o crime do art. 121 do CP e o do art. 68 do Código de Defesa do Consumidor, segundo a regra do art. 70 do Código Penal (conduta única com dois resultados delituosos: um de perigo e outro de dano).[128]

Tipo-de-Culpa

Aplicam-se ao presente crime as mesmas considerações tecidas sobre o tipo *subjetivo* do art. 67, às quais nos reportamos.

5.4 Crime de Descumprimento do Dever de Organização de Dados que Embasem a Mensagem Publicitária

> Art. 69 - Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à mensagem.
> Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.

Objetividade Jurídica

O legislador, na elaboração desse tipo penal, parece ter-se inspirado no art. 44 – II, da antiga Lei *Royer*, de 1973 – depois incluída no Código de consumo francês, como já foi visto neste artigo -, que estabelece a responsabilidade penal do anunciante em caso de recusa de comunicação dos elementos de justificação da mensagem publicitária, dele requeridos pelos órgãos competentes.

O tipo do art. 69 do CDC é de molde a garantir o cumprimento da obrigação estabelecida no parágrafo único do art. 36 do mesmo *Codex*, *in verbis*:

---

[128] PRADO, Luis Regis, ob. cit., p. 125, sem tomar posição a respeito, faz referência a outros autores que comungam do mesmo entendimento, a saber: ZANELLATO, Marco Antonio. Apontamentos sobre crimes contra as relações de consumo e contra a economia popular, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 28, 1992, p. 180; FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 139; V. BENJAMIN, Antonio Herman V. A repressão penal aos desvios de "marketing", *Revista de Direito do Consumidor*, nº 4, 1992, p. 115; DOTTI, René Ariel. Das infrações Penais (Arts. 61 a 74). In: CRETELLA JÚNIOR, José; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 274-276; FONSECA, Antonio Cesar Lima. *Direito Penal do Consumidor: o CDC e a Lei 8.137/90*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 190.

"o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem". O mesmo dever também está previsto no art. 27, § 1º, do Código de Autorregulamentação Publicitária, do CONAR. Só que, neste diploma, é um dever deontológico, e não legal, como o previsto no CDC.

Sujeitos

O sujeito ativo dessa infração penal é o fornecedor-anunciante, tendo em vista que a ele é imposta legalmente essa obrigação (CDC, art. 36, parágrafo único).

A não-observância desse dever de conduta (de acautelamento), estabelecido pelo CDC e pelo aludido Código de Autorregulamentação Publicitária, gera a probabilidade de dano ao público-alvo da publicidade, na medida em que será ele destinatário de mensagem que, por ausência de suportes fático, científico ou técnico, poderá ser enganosa ou falsa. Esse público-alvo, representado por um sem-número de consumidores, é o sujeito passivo da infração penal em estudo.

Tipo-de-Ilícito: Conduta e Consumação

Trata-se de crime de mera conduta (ou de perigo abstrato), com antecipação do resultado, que é um *eventus periculi*, presumido de forma absoluta, em relação aos consumidores a que é dirigida a mensagem publicitária sem dados fáticos, técnicos ou científicos capazes de embasá-la.

A exigência legal da organização desses dados é justamente para assegurar a respeitabilidade, decência, honestidade, veracidade, idoneidade do anúncio. O anunciante deve manter esses elementos em seu poder para poder comprovar, quando consultado ou solicitado, as descrições, alegações e comparações feitas na mensagem e que se relacionam com fatos ou dados objetivos, e assim demonstrar a veracidade dos elementos que integram o anúncio publicitário. Dessa forma, resta afastado o risco de indução do consumidor a erro sobre o contido na publicidade. Com esse tipo, quer o legislador *prevenir* a veiculação de publicidade enganosa.

Cumpre observar que, em caso de dados técnicos ou científicos que constituam hipótese legal de segredo industrial (v.g., fórmulas do isotônico *Gatorade*, do refrigerante guaraná Antártica ou da bebida Coca-Cola etc.), o fornecedor-anunciante também tem obrigação de mantê-los organizados, na

forma do art. 36, parágrafo único, do CDC. Todavia, em razão do segredo industrial, somente estará obrigado a apresentá-los se houver determinação judicial.[129] Caso não os apresente, poderá responder pelo crime do art. 69 do CDC, uma vez que o segredo industrial não o exime do cumprimento do dever protegido pelo tipo em análise.

Para configuração do crime em exame basta a conduta omissiva (omissão pura), do fornecedor-anunciante, de não ter em seu poder os dados anteriormente referidos quando da veiculação do anúncio. Assim, mesmo que, *a posteriori*, o agente venha a demonstrar a veracidade ou idoneidade da mensagem publicitária, o crime já estará caracterizado.[130] O que se objetiva, com a exigência desse dever, como antes foi dito, é a prevenção de anúncios enganosos de produtos ou serviços. Portanto, a idoneidade ou veracidade do conteúdo da publicidade é exigida *a priori*, ou seja, antes da sua divulgação.[131]

No caso de, além de haver deixado de organizar dados fáticos, técnicos e científicos suscetíveis de embasar a publicidade – o que, por si só, caracteriza o crime do art. 69 -, o fornecedor-anunciante ainda vier a promover a veiculação de publicidade enganosa, também poderá responder pelo delito do art. 67. É que o agente, nessa hipótese, praticou duas condutas distintas: uma anterior, *omissiva* (não organização de dados suscetíveis de dar sustentação ao anúncio publicitário), e outra, posterior, *comissiva* (promoção de publicidade enganosa). Mas é sustentável, também, que o crime do art. 67 po-

---

[129] Cf. FONSECA, Antonio Cesar Lima. *Direito Penal do Consumidor: o CDC e a Lei 8.137/90*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 193-194. No mesmo sentido PRADO, Luis Regis, ob. cit., p. 127.

[130] Na mesma direção, a lição de PASSARELLI, Eliana, ob. cit., p. 80: "Note-se que, mesmo sendo verdadeira a publicidade, caso os dados previstos em lei não estejam em poder do fornecedor, subsiste o crime. Vale dizer, a não-mantença de referidos dados encerra um juízo de presunção de inveracidade da peça publicitária, salvo se por força maior (incêndio nas instalações em que estavam guardados os dados), ou caso fortuito (inundação nas referidas instalações)".

[131] PERES FILHO, José Augusto, comunga do mesmo entendimento: "Desse modo, não basta ao fornecedor anunciante dizer a verdade, é preciso que ele tenha meios de comprovar o que diz. E isso tem de estar devidamente organizado antes mesmo da afirmação ser trazida a público através da publicidade" (Aspectos penais nas relações de consumo. In: SODRÉ, Marcelo Gomes et al. (coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 360).

derá absorver o do art. 69. Não existe jurisprudência a respeito – como não existe sobre outros tipos penais do CDC. É baixa a efetividade ou eficácia social dos tipos criminais do CDC, ao reverso do que ocorre com as normas que impõem deveres aos fornecedores, principalmente os deveres de lealdade (decorrentes do princípio da boa-fé objetiva) e os de informação (derivados do princípio da transparência), previstos na parte material do CDC.

Conclusão

Do corpo do texto acima desenvolvido, podem ser extraídas conclusões importantes. Vejamos, de forma sucinta, algumas delas:

(a) o CDC não se contentou em estabelecer somente sanções civis e administrativas para o descumprimento dos deveres imputados aos fornecedores de produtos e serviços. Com efeito, a exemplo do Código de consumo francês (*Code de la consommation*), instituiu, também, sanções penais para o não cumprimento desses deveres. Fê-lo com a criação dos tipos penais dos artigos 63 a 74 (crimes contra as relações de consumo).

(b) os tipos dos artigos 66 a 69 do CDC, analisados neste trabalho, punem o descumprimento do *dever de informar*, previsto em regras que se traduzem na concretização do *princípio da transparência* (art. 4º), sendo a principal delas a do art. 31, *in litteris*: A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores".

(c) o descumprimento da regra do art. 31 pode configurar o crime do art. 66 do CDC (*oferta não publicitária enganosa*) enquanto o não cumprimento das regras do art. 37, §§§ 1º a 3º, caracteriza o crime de *publicidade enganosa* ou *abusiva* (art. 67) ou especificamente *publicidade abusiva*, na *forma mais grave*, prevista no art. 68; nesta hipótese, a regra violada é a do art. 37, § 2º, na parte em que estabelece que é abusiva a publicidade que "induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança".

(d) de outra parte, o descumprimento do dever instituído no art. 36, parágrafo único, caracteriza o crime do art. 68 do CDC.

(e) merecem ser destacados alguns postulados gerais que se aplicam aos crimes contra as relações de consumo, a saber:

(e.1) dos direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, o direito à informação *eficiente* (= completa, plena, suscetível de levar o consumidor a tomar uma decisão de transação esclarecida, consciente e válida) é, talvez, o mais importante deles.

(e.2) ao instituir sanções *penais* para condutas que já são puníveis fora do âmbito penal do CDC, o legislador reconhece não serem bastantes as sanções administrativas e civis para assegurar o direito básico do consumidor à informação plena (= eficiente). Vale-se da atuação do Direito penal como *ultima ratio*, como deve ser no tocante à criação de tipos penais.

(e.3) o Direito penal do consumidor, integrado pelos crimes contra as relações de consumo (crimes de consumo próprios), está contido no âmbito do Direito penal econômico. Essa relação de continência confere aos crimes de consumo uma importância especial, de modo a restar justificada a criação desses tipos penais.

(e.4) os crimes tratados no vertente artigo afiguram-se como delitos de *lesão* a bem jurídico *transindividual* ou *metaindividual* (considerado pela doutrina como bem jurídico *intermediário*, de titularidade coletiva, que corresponde à integridade das relações de consumo) e como delitos de *perigo abstrato* para bens jurídicos *mediatamente* protegidos (*v.g*., bens jurídicos de consumidores individualmente considerados, como a vida, a saúde e o patrimônio). Portanto, o bem jurídico protegido diretamente pela lei é *macrossocial*, e os bens jurídicos protegidos de forma *mediata* são microssociais (bens individuais do consumidor). Estes últimos integram-se naquele bem jurídico coletivo.

(e.5) como ocorre em todos os delitos de *perigo abstrato*, o risco de dano aos consumidores individualmente considerados não precisa ser comprovado, sendo suficiente a demonstração da conduta descrita no tipo penal (daí a denominação, dada pela doutrina, de crimes de *mera conduta* ou delitos de *mera atividade*). Se, porventura, da conduta resultar dano (lesão) a bens jurídicos individuais do consumidor, o agente responderá por concurso de crimes. Por exemplo, se da prática da publicidade enganosa resultar dano *patrimonial* ao consumidor, o agente responderá pelo *crime de publicidade enganosa* e pelo delito de estelionato. A única dúvida que poderá surgir, nessa hipótese, é a respeito da modalidade de concurso de crimes: formal ou material?

(e.6) o modelo de crimes de *perigo abstrato* enfrenta a seguinte crítica: a presunção absoluta (*juris et de jure*) do perigo (como ocorre com os crimes de perigo abstrato) impede que o agente possa exonerar-se da responsabilidade penal nos casos em que sua conduta não se mostrou efetivamente pe-

rigosa, insuscetível de pôr em perigo o bem jurídico tutelado, sendo, assim, incompatível com o moderno Direito penal, que se fundamenta na culpabilidade. Todavia, como consta de conclusão anterior, os crimes contra as relações de consumo são *delitos de lesão* ao bem jurídico coletivo tutelado (macrossocial ou metaindividual, chamado de *relação de consumo*). Apenas *reflexamente* ou *mediatamente* podem ser vistos como crimes de perigo abstrato, quando se considerar eventual risco de lesão a bens jurídicos microssociais dos consumidores. Equivocado, por conseguinte, o pensamento de que o Direito penal do consumidor está em descompasso com o Direito penal moderno.

(e.7) atendeu-se, no Código de Defesa do Consumidor, com a formulação de tipos que se traduzem em crimes de perigo abstrato a bens jurídicos individuais do consumidor, uma das Recomendações do XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal sobre "o conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa", realizado na cidade do Cairo, em 1984. E esse tem sido o entendimento dos autores estrangeiros que escrevem sobre Direito penal econômico (o Direito penal do consumidor é um capítulo deste ramo do Direito penal, conforme escreveu Benjamin, com rara felicidade), citados no texto do corpo do presente artigo.

SILVA, E. M. da, e ZANELLATO, M. A., Consumer Crimes: Analysis of the Types of the Consumer Protection Code Related to the Offer and Advertising of Products and Services. *Justitia*, São Paulo, v. Especial, p. 117/186, Set 2019.

- **ABSTRACT**: (This article deals with the criminal classification of illicit offers and advertising in the Consumer Protection Code, one of its great news. The criminal classification of these illegal conduct proves to be an important instrument to ensure, in addition to administrative and civil sanctions for non-compliance with the supplier's duties, the consumer's right to adequate, clear and complete information (or simply efficient information) about the different products and services placed on the consumer market and, as a natural consequence, the realization of their basic rights to protection against unfair commercial practices, especially the misleading offer and advertising, rights provided for in items III and IV of art. 6 of the Consumer Protection Code. Before entering into the analysis of the types of art. 66 to 69, it is emphasized that, in the criminal types of the CDC, the consumer legal relationship is

directly protected, a metaindividual (or macrosocial), autonomous and immaterial legal asset, and, reflexively, the consumer's individual legal and criminal assets, such as life, health, psychic-physical integrity and their heritage (microsocial legal assets). The crimes are damage to the collective or meta-individual legal good and danger to the consumer's micro-social legal assets. It is emphasized that the vast majority of the crimes in the Code correspond to the breach of conduct obligations imposed on suppliers. The crimes dealt with here result from the breach of the duty to inform conferred on suppliers, as a result of the principle of transparency, one of the pillars of the CDC, alongside the principle of objective good faith. The crime of art. 66 refers to the misleading non-advertising offer of products and services, while that of art. 67 corresponds to the misleading advertising offer of products and services, that is, the offer advertised in vehicles or mass media, such as television and internet (websites, social networks, applications, blogs, etc.). These types are analyzed in detail, covering their legal objectivity, authorship, anti-legality or illegality (illicit-type) and guilt (direct intent, eventual intent and guilt in the strict sense). It is shown that the criminalization of misleading advertising was one of the greatest novelties of the CDC, following the example of other countries where it is also classified as a crime, with an emphasis on the French Consumer Code (Code de la consommation), where a series of unfair commercial practices are criminally punished, including deceptive advertising (publicité trompeuse), for which the guilty individuals and legal entities are held liable criminally. The type of art. 69, in turn, is closely related to that of art. 67, as it punishes the conduct of the supplier-advertiser who fails to comply with the duty to organize factual, technical or scientific data capable of supporting the advertisement, provided for in art. 36, single paragraph. The absence of this data in the possession of the advertiser who promotes the advertising is already sufficient to characterize the offense in question, as it eliminates the certainty of the veracity of what is stated in the ad. Finally, the type of art. 68 refers to the placement of abusive advertising capable of inducing the consumer to behave in a way that is harmful or dangerous to his health or safety. It was detached from art. 67 because it is the most serious of abusive adverti-

sing. Hence the increase of the penalty in relation to that provided for in that type. It would be better, perhaps, that this criminal conduct was a qualifier of art. 67, to dispel criticism of overlapping criminal types. The work is concluded by pointing to succinct conclusions, extracted from the text of the body of the article.

- **KEY WORDS**: Consumer relations, supplier duties, consumer rights, misdemeanors of advertising and advertising, abusive advertising.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Manoel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico. In*: Ciclo de Estudos e Direito Penal Econômico*. Coimbra: Garcia e Carvalho Ltda., 1985.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. *Dos crimes contra a ordem econômica.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Manual de derecho penal (parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid: Editorial CEURA, 1989.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 3, p. 88-126, 1992.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman V. A repressão penal aos desvios de *marketing*, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.º 4 (número especial – O Controle da Publicidade), p. 91-123, 1992.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo: Ed. RT, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Oferta e Publicidade. Disponível em

www.bdjur.stj.gov.br, acesso em 03.10.2009.

BIHL, Luc. *Le Droit Pénal de la Consommation,* Paris: Nathan, 1989.

BOTTINI, Píerpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BORGES, J. Marques. *Direito penal econômico e defesa do consumidor,* Lisboa: Ed. Rei dos Livros, 1982.

BRAVO, Emilio Moreno y. *El delito de publicidade falsa*, Barcelona: Bosch, 2001.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal,* tomo 2, Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal, Parte general*. Madrid: Ariel, 1989.

CALAZANS, Flávio. *Propaganda subliminar multimídia,* 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Summus, 2006.

CÁNOVES, Antonio Moreno; MARCO, Marco Francisco. *Delitos socioeconómicos. Comentários a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal, concordados y com jurisprudencia*. Zaragoza: Editorial EDIJUS, 1996

CERVINI, Raúl. *Los processos de descriminalización.* Montevideo: Editorial Universidad, 1992.

COSSETE, Claude. *La publicité, déchet culturel*, Presses de l'Université Laval, 2001.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor,* São Paulo: Saraiva, 1991.

DANTAS, António Leones. *Tutela penal de consumo*. Intervenção proferida em 21 de junho de 1996, no C.E.J., nas Primeiras Jornadas Luso-Brasileiras sobre Protecção Judiciária do Ambiente e do Consumidor, realizadas em Lisboa, Portugal.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas.* 2. ed. – Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado.* Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Droit pénal des affaires.* 3. éd,, tomes 1 et 2. Paris: PUF, 1990.

DELMAS-MARTY, Mireille et al. La responsabilité pénale des personnes Morales. Paris: Dalloz, 1993.

DOTTI, René Ariel. O novo sistema de penas. In: *Reforma Penal*, São Paulo: Saraiva, 1985.

DOTTI, René Ariel. O direito penal econômico e a proteção do consumidor, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, v. 33, p.130-158, jan./jun., 1982.

DOTTI, René Ariel. Das infrações Penais (Arts. 61 a 74). In: José Cretella Júnior, René Ariel Dotti (Coord.). *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FARIA COSTA, Jose Francisco de. *O perigo em direito penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. In: Luiz Regis Prado (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo – estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Sobre o estado actual da doutrina do crime – 1ª parte – Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano I, n. 1, 1991.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8ª ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2005.

FONSECA, Antonio Cesar Lima. *Direito Penal do Consumidor: o CDC e a Lei 8.137/90*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FUSI, Maurizio; TESTA, Paolina. *Diritto & Pubblicità*. Milano: Lupetti, 1996.

GASPAR, A. Henriques. Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores. In: *Boletim do Ministério da Justiça (Portugal)*, nº 448, julho 1995.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2004.

HASSEMER, Wilfried. Perspectivas de uma moderna política crimina*l, Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n. 8, 1994.

JESUS, Damásio E. de. A natureza dos crimes contra o consumidor*, Tribuna do Direito*, São Paulo, maio de 1993.

JESUS, Damásio E. de. A natureza jurídica dos crimes contra as relações de consumo*, Ciência Penal*. Coletânea de Estudos em Homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM Editora, 1999.

JESUS, Damásio E. de. Dolo e culpa no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, nº 1, p. 95-102, 1992.

LEDUC, Robert. *Propaganda: uma força a serviço da empresa*. Tradução de Silvia de Lima B. Câmara. São Paulo: Atlas, 1986.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n.º 1, p. 150-183, 1992.

LUISI, Luiz. A Tutela Penal do Consumidor*, Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, a. 4, v. 4, n.º 2, p. 59-76, abr./jun. 1991.

MESAS, Luis Francisco de Jorge. La oferta, promoción y publicidad enganosa, *Estudios sobre consumo*, Madrid: Instituto Nacional del Consumo, n. 44, p. 109-110, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal.* 14. ed. - São Paulo: Atlas, 1998.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

MONTE, Mário Ferreira. *Da proteção penal do Consumo*. *O problema da (des) criminalização no incitamento ao consumo*. Lisboa: Almedina, 1996.

MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidora*, São Paulo: RT, 2009.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Reflexões para a determinação e delimitação do direito econômico, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, v. 33, p. 90-121, jan./jun., 1982.

OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no*

Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
PASQUALOTTO Adalberto. Oferta e publicidade no Código de Defesa do Consumidor. In: Tereza Ancona Lopez; Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Coord.). *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35/76.
PASSARELLI, Eliana. *Dos Crimes contra as relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002.
PERES FILHO, José Augusto. Aspectos penais nas relações de consumo. In: Marcelo Gomes Sodré et al. (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Ed. Verbatim, 2009.
PIMENTEL, Manoel Pedro. Aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, nº 661, p. 249-258, nov. 1990.
PIMENTEL. *Crimes de mera conduta.* 3. ed. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
PRADO, Luis Regis. *Direito Penal Econômico*. 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.
RIEZU, Antonio Cuerda. Contribución a la polémica sobre el delito publicitário, *Estudios sobre consumo*, Madrid: Instituto Nacional del Consumo, n. 35, p. 67-81, 1995.
RODRIGAÑEZ, Maria Paz Arena. *Protección penal de la salud publica y fraude alimentárias*. Madrid: Edersa, 1992.
SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico*, Revista dos Tribunais*, nº 725, p. 407-423, mar. 1996.
SANTAELLA, Manuel. *Introduccion al derecho de la publicidad*. Madrid: Editorial Civitas, 1982.
SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
SILVA, Ângelo Roberto Ilha. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
SIMÃO JOSÉ, Pedro Quartin Graça. *A publicidade e a lei*. Lisboa: Vega, 1995.
SIMÃO JOSÉ, Pedro Quartin Graça; BETTENCOURT, Margarida Almada.

O regime jurídico da publicidade nos Estados-membros da União Européia. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2003.

SIMONI, João de. *Promoção de vendas.* São Paulo: Makron Books, 1997.

SOZZO, Gonzalo. Publicidad: su relación con la oferta y la ejecucion del contrato, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 17, p. 20/35, jan./mar. 1996.

TASSE, Adel El. O conteúdo penal do Código de Defesa do Consumidor, *Carta Forense*, p. B 12, novembro de 2009.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Delitos publicitários*, Curitiba: Juruá, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. Sistema económico y derecho penal económico en Alemania, *Debate Penal*, 7-8-9, ano III, 1989.

TIEDEMANN. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa.* Traducción de Amélia Mantilla Villegas. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para o consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 4, p. 52-90, 1992.

TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor*, Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, a. 4, v. 4, n.º 2, p. 45-58, abr./jun.1991.

VV.AA. *Hacia un derecho penal económico europeo.* Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992.

VEGA RUIZ, Jose Augusto de. *Los delitos contra el consumidor em el Codigo Penal de 1995*. 1.ed., Madrid: Colex, 1996.

VEGA RUIZ, José Augusto. Protección penal del consumidor, *Estudios sobre consumo*, n. 15, Madrid: Instituto Nacional del Consumo, p. 55-71, 1989.

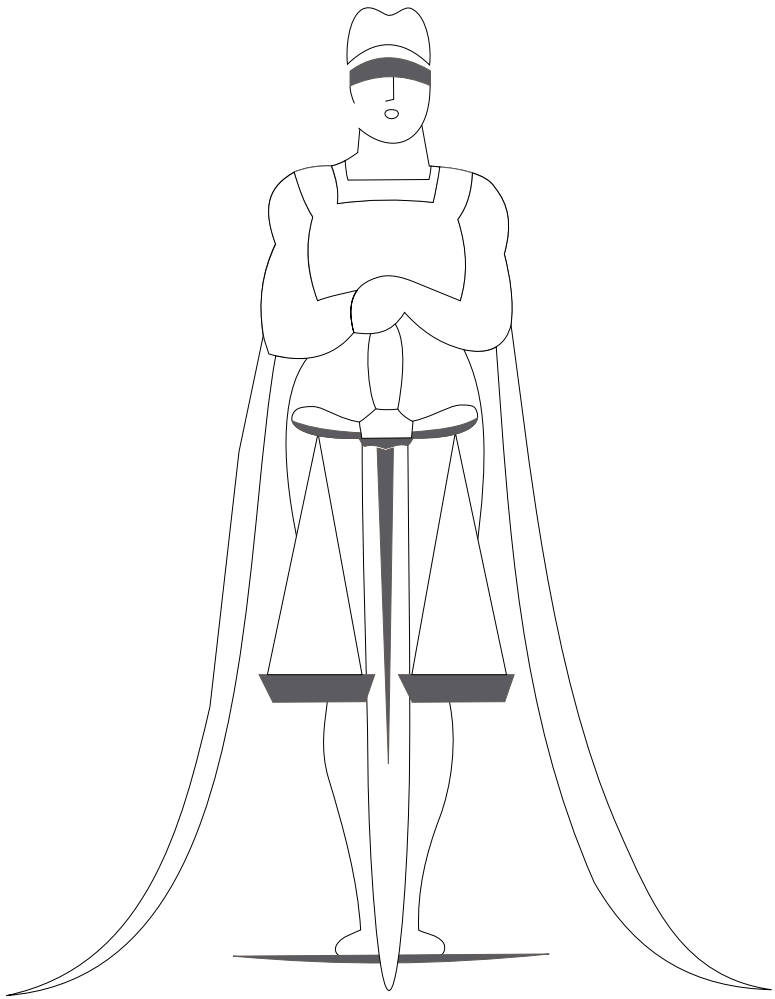
ZANELLATO, Marco Antonio. Apontamentos sobre crimes contra as relações de consumo e contra a economia popular, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: MP, nº 28, 1992.

ZANELLATO. Noção jurídica de consumidor, *Revista Justitia*, São Paulo: MP, v. 197, p. 255-276, 2007.
ZANELLATO, Marco Antonio; ZEIGLER, Parisina Lopes. O Ministério Público e a exegese da expressão "deveria saber" do art. 67 do CDC, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 14, abr./jun. 1995.

Nota: O presente artigo, aqui revisto, atualizado e ampliado, foi publicado originalmente em: MORATO, Antonio Carlos; Neri, Paulo de Tarso (Orgs.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 51-98.

CÍVEL

CIVIL



A Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Novo Artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro

Nathan GLINA[1]
Motauri Ciocchetti de SOUZA[2]

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1. Valores Jurídicos Abstratos. 2. Da Interpretação do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Conclusões. Referências.

- **RESUMO:** O novo art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro instituiu, como fator determinante de decisões judiciais e administrativas, o conceito de valor jurídico abstrato, assim considerado aquele que envolva a aplicação, em concreto, de norma com alto grau de "indeterminabilidade ou de abstração". Tais critérios, sem embargo, não podem constituir empeço à atuação do Poder Judiciário no caso concreto, notadamente quando o mote de sua intervenção se der no sentido de consagrar direitos fundamentais, notadamente daqueles de índole social. Assim, a aplicação do novel texto legislativo deve ocorrer com prudência e estrita observância aos vetores do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, pena de incidir em âmbito de inconstitucionalidade material.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Efetividade. Valores jurídicos abstratos. Interpretação. Princípio do devido processo legal. Inafastabilidade da jurisdição.

[1] Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes, em convênio com o Instituto a Vez do Mestre. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

[2] Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor assistente-doutor nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador de Justiça do Estado de São Paulo.

Introdução

A República Federativa do Brasil, eterno "país do futuro", editou, somente de 1988 em diante, incrível quantidade de mais de cinco milhões de normas jurídicas[3], sem que com isso fossem implementados de fato os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, ou cumpridos os seus objetivos, observados os seus fundamentos[4].

Esta atividade legislativa, no mais das vezes realizada sem a finalidade de atender ao interesse público primário (leia-se, ao interesse social), à busca do bem-estar geral e ao cumprimento das finalidades, observados os fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil, além de causar dificuldades até mesmo para que o sistema jurídico brasileiro atue como um verdadeiro Ordenamento – e não como um emaranhado de normas desconexas –, afeta também a segurança jurídica, pois o regramento jurídico de um Estado deve ser capaz de garantir a estabilidade necessária para o pleno desenvolvimento das pessoas e o regular e livre funcionamento de suas organizações.

Toda inovação legislativa nesta edição incessante de atos legislativos e executivos que inovam a ordem jurídica deve ser tratada pelo intérprete da norma a partir de critérios de hermenêutica jurídica, para que delas se extraia não somente a constitucionalidade, mas sobretudo o sentido, alcance e a compatibilização harmônica com os princípios e demais normas que integram o Ordenamento Jurídico, para que este atenda às finalidades a que se destina e que justificam a sua existência.

Pois bem, o legislador infraconstitucional promoveu significativa alteração legislativa em 25 de abril de 2018, pois, por meio da Lei nº 13.655, alterou o Decreto-Lei nº 4.657, antigamente denominado de Lei de Introdução ao Código Civil e atualmente denominada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

---

[3] Cf. pesquisa do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, de 30 de junho de 2017, disponível em https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/06/Normas-editadas-ibpt-30jun2017.pdf. Acesso em 07/Jul./2018.

[4] Consoante artigo 1º, da Constituição Federal, são fundamentos da República Federativa do Brasil: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Assim, foi previsto, dentre outras novas normas jurídicas, o artigo 20, objeto do presente trabalho, cuja redação é a seguinte:

"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)"

O novo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, pelo que se nota *ictu oculi* de sua redação e objeto, buscou trazer uma restrição ao exercício das competências administrativas e jurisdicionais, no que tange às decisões que são proferidas pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, através da aplicação dos denominados *valores jurídicos abstratos.*

Esta restrição foi materializada no dispositivo legal, por meio dos seguintes requisitos: análise das consequências práticas da decisão; demonstração da necessidade e adequação do que foi decidido, inclusive em face das próprias alternativas.

A finalidade manifesta da norma é a de limitar o controle de políticas públicas, do mérito dos atos administrativos e do conteúdo das normas editadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, sobretudo quando a matéria é submetida ao crivo da função jurisdicional.

Neste sentido, a proposta do presente artigo é a de verificar a compatibilidade da nova norma com o ordenamento jurídico e propor a forma de interpretação apta a revelar a expressão de seu conteúdo, sentido e alcance.

1 – Valores Jurídicos Abstratos

Para se poder compreender bem o objeto da mudança legislativa, faz-se necessário, inicialmente, verificar em que consistem os denominados "*valores jurídicos abstratos"*.

Valor jurídico corresponde ao sentido social e político do termo valor, que na definição de SIDOU (1996, p. 816), significa "*aquilo que a sociedade reputa de importância fundamental para a consecução dos fins que o Estado pretende alcançar".*

Quanto ao vocábulo "abstrato", acrescido à expressão valores jurídicos por conta do citado art. 20, deve se entender aquele advindo de normas jurídicas com "alto grau de indeterminação ou de abstração", consoante a exegese do art. 3º, § 1º, do Decreto Federal nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

Pois bem: por maior que seja o grau de abstração ou de indeterminabilidade do conteúdo jurídico de determinada norma, é certo que a sua só existência gera efeitos práticos e concretos, funcionando ao menos como núcleo irradiador de feixes condicionantes da atuação do Estado, na consecução de seus princípios e objetivos, notadamente quando a norma é assecuratória de direitos ditos fundamentais, integrantes, em sua maioria, do vetor Dignidade da Pessoa Humana que brota em tintas fortes do art. 1º, III, da Constituição Federal.

Em outras palavras, por maior que seja o grau de abstração da norma jurídica de cunho assecuratório de direito fundamental, de seu comando emana, inexoravelmente, o modo de conduta a ser adotada pelo Estado Brasileiro, limitando-se o grau de indeterminabilidade à forma pela qual o objetivo traçado pelo ordenamento possa vir a ser assegurado.

Ou seja, não há falar-se, em nenhuma hipótese, na existência de norma assecuratória de direito fundamental que seja, quanto a seu conteúdo, abstrata ou indeterminada; de outra sorte, ditos predicamentos podem incidir tão-somente quanto aos métodos assecuratórios da respectiva efetividade – estes sim sujeitos, por vezes, ao poder discricionário da Autoridade Administrativa ou Jurisdicional.

Ao traçar o direito fundamental, a Constituição ou a normativa de direito internacional pertinente o tornam indene a qualquer iniciativa estatal que venha em descompasso quanto a seu conteúdo, possuindo sempre determinabilidade e ausência de qualquer abstração quanto ao objetivo traçado pelo legislador.

Logo, por maior que seja a abertura da norma, dela decorre, de modo inexorável, a natureza do direito a ser objeto de proteção, vedada qualquer conduta estatal que venha em desamparo ao bem jurídico previsto, donde inviável falar-se em abstração ou indeterminabilidade, aptas a, em tese, darem ensejo à incidência do comando que advém do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Soma-se que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal alvitra que as normas assecuratórias de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, donde inviável condicionar-se a respectiva fruição pelos titulares de direitos públicos subjetivos a abordagens como aquelas previstas pelo art. 20 da LINDB.

Estes fins, que constituem o objetivo do Estado brasileiro, são aqueles previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu artigo 1º elenca os fundamentos da República[5] e, no seu artigo 3º, os seus objetivos[6], trazendo a partir de seu artigo 5º diversos direitos fundamentais cujo atendimento é imprescindível para que o Estado alcance seus objetivos, motivo por que tais direitos são, por si próprios, objetivos da República Federativa do Brasil[7].

Os direitos fundamentais, enquanto princípios jurídicos, configuram os *valores jurídicos abstratos* a que se refere a norma em análise, os quais possuem normatividade[8], compondo a consciência ética coletiva que impulsiona a evolução da ordenação jurídica da humanidade após cada episódio de intensa violação de direitos humanos com terríveis consequências[9].

---

[5] *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania;*
II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[6] *Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: 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.*

[7] Na lição de PANCOTTI: "*A função do Direito num Estado de Direito material é de assegurar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, intervindo na vida social, econômica e cultural.*" (PANCOTTI, José Antonio. *Princípio da Inafastabilidade da jurisdição e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.*.p. 117)

[8] Na lição de CAMARGO: "*Como normas de alto conteúdo e densidade valorativa, a consubstanciarem os direitos fundamentais, base da ordem jurídica positiva, é que os princípios jurídicos ganham em importância para o Estado constitucional. A partir do momento em que passam a ser considerados normas jurídicas, porque postos pela autoridade competente, todo esforço é pouco em emprestar-lhes eficácia.*" (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica,* p. 378)

[9] Na lição de COMPARATO (2017, P. 81/82): "*a consciência ética coletiva, como foi várias vezes assinalado aqui, amplia-se e aprofunda-se com o envolver da História. A exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo, e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos.*"

Diante da eficácia normativa dos princípios, enquanto normas jurídicas que são, a correta aplicação do Direito não pode deles se dissociar[10].

Os princípios jurídicos, por traduzirem direitos fundamentais, têm aplicabilidade e eficácia imediata, independente de eventuais regulamentações por normas-regras, as quais, diga-se, para que sejam constitucionais, não podem buscar esvaziar o conteúdo destes princípios, tornando inaplicáveis e nunca implementados os direitos fundamentais[11].

Desta forma, é imprescindível que se realize a leitura constitucional do

[10] Na lição de PANCOTTI (2007, p. 115/117): *"Os princípios jurídicos ganharam, com o pós-positivismo, o status de normatividade. A partir desta evolução, a doutrina conceitua o Direito como um conjunto de princípios e normas. A noção de norma engloba os princípios e regras. O modelo positivista não era suficiente para dar concretização a esses princípios, pois a sua técnica hermenêutica do silogismo só* é *possível ser aplicada às normas (regras) do tipo "tudo ou nada". E é* justamente com o uso de *métodos pós-positivista (tópica, método concretista, ponderação, entre outros) que os princípios passaram a ter um papel relevante, não mais secundário ou subsidiário, para se tornarem normas efetivas e de aplicabilidade imediata. Os princípios fazem referência* á *justiça e à equidade, dando razão para decidir num determinado sentido, ao contrário das regras que são aplicáveis ou não. É o "tudo ou nada". O conteúdo material do princípio, levando-se em conta o seu peso, é que vai determinar quando deve ser aplicado ou não, frente à solução do caso concreto. Os princípios por serem normas com uma hipótese abstrata e abrangente acabam por reaproximar o direito das teorias éticas e morais. Com isso, o Direito deixa de ser ciência neutra e vazia de conteúdo para se tornar uma ciência que está* delimitada por um limite material. Assim, diante do caso *difícil ou daqueles mergulhados em incertezas frente às normas contraditórias, o juiz não criará uma decisão, mas socorrer-se-á* de *princípios normativos e a tarefa do juiz será* a de justificar racionalmente a escolha de um determinado *princípio frente ao caso concreto. Se houver colisão entre dois princípios, sopesará os valores e interesses em jogo e decidirá qual deles vai prevalecer sobre o outro, na solução do caso concreto, porque busca a solução mais justa. Superada o auge do positivismo jurídico e das suas limitações, embora o positivismo ainda não tenha desaparecido, o pós-positivismo veio demonstrar que as normas não se sustentam apenas pelo aspecto formal, porque deverá ser analisado o conteúdo, sendo necessário que as normas sejam materialmente conforme os valores e princípios norteadores do ordenamento jurídico."*

[11] É o que dispõe de forma cogente e expressa o § 1º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual: "*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*", lembrando-se que, conforme § 2º do mesmo dispositivo "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*".

novo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, pois diz respeito à aplicação de direitos fundamentais, dos princípios jurídicos que constituem os objetivos da República Federativa do Brasil.

2 – Da Iinterpratação do Artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro

Conforme se apontou no introito deste trabalho, o novo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, buscou trazer uma restrição ao exercício das competências administrativas e jurisdicionais, no que tange às decisões que são proferidas pela Administração Pública e Poder Judiciário, aplicando o conceito de *valores jurídicos abstratos,* para limitar o controle de políticas públicas, do mérito dos atos administrativos e do conteúdo das normas editadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, sobretudo quando a matéria é submetida ao exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, introduzindo os seguintes requisitos para a decisão administrativa ou judicial: análise das consequências práticas da decisão; demonstração da necessidade e adequação do que foi decidido, inclusive em face das próprias alternativas.

Ocorre que esta norma, por trazer requisitos para a tutela de direitos fundamentais, interferindo na atividade decisória não somente administrativa, mas em especial do Poder Judiciário, deve ser cotejada em face dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, a eles conformando a sua exegese.

Com efeito, o Princípio do Devido Processo Legal, em seu sentido material, permite ao Poder Judiciário não apenas realizar o controle do cumprimento de ritos, formalidades e garantias.

Este Princípio constitucional de origem na Magna Carta de 1215 e desenvolvido nas vertentes do controle de *RAZOABILIDADE* (ou melhor, de irrazoabilidade das ações e omissões estatais, observada a relação entre os fins visados e os meios escolhidos para atingi-los), desenvolvido especialmente na tradição do direito anglo-saxão e pelas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América[12], bem como de *PROPORCIONALIDADE*, por

[12] Aponta MESQUITA (2006) que: "*O devido processo legal nasceu com feições apenas processuais, como garantia que viria a assegurar que as privações de liberdade e propriedade somente seriam possíveis por um processo regular. Com essa característica, manteve-se vivo na Inglaterra, nas Constituições das Colônias Inglesas na América e, posteriormente, nas Emendas 5 e 14 da Constituição dos Estados Unidos. Inicialmente dirigida à juris-*

meio do qual se controlam as decisões administrativas e normas jurídicas editadas, por verificação da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, por exemplo, entre ônus e bônus, entre condutas e sanções, entre fins visados e meios escolhidos, para se evitar que haja excesso (*PROIBIÇÃO DE EXCESSO)* ou insuficiência (*PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE)*, desenvolvido na tradição jurídica germânica[13].

A razoabilidade e a proporcionalidade integram a fórmula de Justiça[14], junto com a isonomia substancial, permitindo a existência digna de todos em uma sociedade equilibrada, pois é evidente que o irrazoável e o desproporcional, assim como a desigualdade material e a discriminação, não se coadunam com o valor jurídico Justiça[15].

---

dição penal, foi estendida, em seguida, à jurisdição civil e, recentemente, ao processo administrativo.Porém, o devido processo legal é caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, isto é, tutela os bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que diga respeito à tutela da vida, da liberdade ou da propriedade está sob a proteção da due process clause (NERY JÚNIOR, 1999, p. 33).” (MESQUITA, Gil Ferreira de. *O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações.* Senado Federal: Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92748/Mesquita%20Gil.pdf?sequence=1. Acesso em 04/Mar./2018)

[14] Leciona o eminente professor GUERRA FILHO (2005. P. 408/409) que: “*e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos ‘razão’ (latim: ratio) e ‘proporção’ (latim: proportio), sem que daí se possa concluir que haja identidade entre o princípio da proporcionalidade e aquele outro, de origem anglo—saxônica, denominado entre nós ‘princípio da razoabilidade’ (a doutrina anglo-americana costuma referi-lo como ‘princípio da irrazoabilidade’), pois este veda a prática do absurdo, ainda que amparada juridicamente, enquanto o princípio da proporcionalidade estabelece critérios para que se opte entre diversas soluções possíveis para um caso jurídico, nenhuma absurda, favorecendo aquela que melhor promova a realização de direitos fundamentais, considerados em seu conjunto. (...) Não se confunda, porém, o princípio constitucional da proporcionaliade, que é norma jurídica consagradora de um direito (rectius: garantia) fundamental – portanto, é uma prescrição – com um cânone da nova hermenêutica constitucional, que não atua sobre a vontade, mas sim sobre o intelecto do intérprete do Direito, nos quadros de um Estado democrático.”*

[15] Segundo ARISTÓTELES, (1996, P. 96 e 101) “*O justo, então, é uma das espécies do gênero ‘proporcional’ (...) o proporcional é um meio termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional. (...) Por esta razão a injustiça é excesso e falta, no sentido de que ela leva ao excesso e à falta (...)”. . ’’.*
Em sua obra Zweck im Recht (“A evolução do Direito”), o eminente jurista JHERING escla-

O Devido Processo Legal Substancial permite, assim, que os provimentos jurisdicionais entreguem efetiva tutela jurisdicional, de fato afastando a lesão ou ameaça de lesão ao direito invocado, adentrando para tanto, sempre que necessário, na análise do mérito dos atos e decisões administrativas e das normas jurídicas editadas pelos demais Poderes[16].

Neste sentido, o Poder Judiciário, chamado a resolver a lide e dizer o direito no caso concreto que lhe é submetido, pelo Princípio do Devido Processo Legal em seu aspecto Substancial (do qual deriva, inclusive, a garantia do acesso à justiça, também denominada de Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional ou ainda Inafastabilidade de Jurisdição ou Ubiquidade de Jurisdição – art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil), possui o dever de dizer o Direito e decidir, inclusive em lide cujo objeto seja a discussão

recia a justiça como equivalência. Para ele: "*A justiça, com efeito, não é senão aquillo que convém a todos, que assegura a existência de todos. A mais alta missão da sociedade consiste pois em fazer prevalecer o principio do equivalente em todas as relações da vida social. Ha-de a sociedade por meio da lei desempenhar-se d'este encargo? Incontestavelmente que sim, se se tratar de fazer obra de justiça, porque o que a justiça exige deve ser realizado pela lei.*" (JHERING, Rudolph von. *A evolução do Direito.* Vertido da trad. francesa de O. de Meulenaere. Conselheiro da Relação de Gand. por *Abel* D'*Azevedo*. Advogado. Oferecido à Biblioteca do Tribunal Federal de. Recursos pelo Presidente Cunha Vasconcellos. Filho, 15 de setembro de 1963. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a – Editores. P.102/103. Disponível em http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Direito/A_evolucao_do_direito.pdf. Acesso em 11/Abr./2018).

[16] Para CASTRO (2005, P. 146/147): "*Nessa visão limitadora do arbítrio legislativo, a cláusula do devido processo legal erige-se em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais. Afasta-se, assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com os bens individuais dotados de utilidade social. Por exigência insuprimível de limitação de mérito ou de conteúdo das decisões de caráter normativo, a nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada. (…) Com isso, os atos do Poder Público curvam-se aos reclamos da razão, sujeitando-se, em seu mérito, ao questionamento quanto à congruência entre meios e fins, que deve obrigatoriamente fundamentar a intromissão estatal na esfera de autonomia privada. (…) Impede, em suma, que as discriminações legislativas e os atos decisórios dos agentes estatais sejam fonte de injustiças e de perplexidades atentatórias ao paradigma de coerência exigido nas deliberações do Estado e de seus delegados, aprumando-os ao padrão aceitável de moralidade, de eficiência e racionalidade.*"

de *valor jurídico abstrato* (como a saúde, segurança, moradia, educação, moralidade, dentre outros).

Justamente por ser vedado ao magistrado decretar o *non liquet* ao desempenhar a função judicante em face dos demais Poderes do Estado, lançaram-se críticas no sentido de que o Judiciário estaria violando a Separação de Poderes e de que suas decisões não seriam adequadas, por lhe faltar a visão holística da Administração Pública, além de sua suposta ausência de legitimidade democrática para controlar as ações, omissões e decisões advindas de legisladores e de administradores que foram eleitos pelo povo, ou, finalmente, a pecha de que os juízes estariam criando o direito, ou decidindo sem base legal.

O novel texto legislativo vem, assim, em amparo a tais críticas e para diminuir ou impossibilitar o denominado *ATIVISMO JUDICIAL*, que é justamente a aplicação do Devido Processo Legal em seu sentido Substancial.

De início, cumpre consignar que a suposta representatividade e legitimidade democrática de legisladores eleitos em ambiente impregnado pela denominada partidocracia (sistema político controlado pelos partidos) pode ser questionada, mercê de vícios advindos da forma pela qual estruturado o certame eleitoral pertinente, em que, por vezes, os eleitores não encontram a possibilidade de exercer o sufrágio em condições que minimamente se adequem às expectativas sociais e às reais necessidades da nação[17].

[17] Na lição do professor da Universidade São Paulo, Gofredo Silva Telles Jr., esta suposta representatividade dos parlamentares eleitos não configura sequer mandato jurídico, pois "*sem a responsabilidade jurídica do mandatário, sem o poder do mandante de revogar o mandato, é bem claro que a representação dos parlamentares não tem traço de representação jurídica*." e explica que "*Não há, na realidade dos fatos, um verdadeiro elo programático entre os eleitores e os eleitos. A chamada representação política não pressupõe, verdadeiramente, o referido vínculo, que seria o fundamento dessa mesma representação. Em conseqüência, é natural que se tenha a tentação de afirmar que a representação política não é representação de espécie nenhuma. (...) Em verdade, o que acontece é o seguinte: Embora sem mandato, destituídos dos poderes da representação autêntica, os parlamentares são chamados representantes para lembrar-lhes que se devem portar como se fossem, realmente, representantes e mandatários; como se a sua missão tivesse a natureza do mandato, cumprindo-lhes cuidar, em conseqüência, não de seus próprios interesses, mas dos interesses da coletividade. O que se deseja, com o poder sugestivo de uma palavra, é conseguir,*

Na mesma toada, a representatividade dos administradores eleitos pelo

na prática, o que, em teoria, não é possível demonstrar. O que se quer é que os parlamentares se conduzam como verdadeiros representantes! Que sua ação vise somente ao que lhes parece ser, de fato, os interesses da Nação e do povo! No quadro de tais aspirações, proclamar que o regime político é representativo é firmar um preceito de dever, um princípio moral. A palavra representação é mantida por um motivo deontológico, designando o que deve ser, ou o que deveria ser, a simbolizar, portanto, um ideal político. Em suma, o regime político é dito representativo porque tem a intenção de ser representativo. É dito representativo porque Deputados, Senadores e Vereadores se comportam (devem comportar-se) como se fossem, de fato, representantes de seus eleitores. (...) No Brasil, o que se vê é que os partidos, exceptuada uma ou outra agremiação admirável, não têm desempenhado a missão que lhes é própria. Os partidos em geral não têm sido sempre os canais que deveriam ser. Para o povo, muitos partidos nada mais são do que siglas, meras siglas, só isto. E o povo os confunde, porque é imensa a balbúrdia das siglas. (...) E os eleitos para o Congresso Nacional, eles próprios, em grande número, permanecem despreocupados com as idéias e proposições dos olvidados programas. Doutrinariamente, não se acham vinculados a nada. Declaram-se representantes do povo, no exercício de um mandato. Mas, em verdade, não existe, entre os eleitos e seus eleitores, nem mandato autêntico, nem representação. De fato, o que se tem verificado, no Brasil, após as eleições, é o alheiamento dos eleitos. Muitos dos chamados representantes se despegam dos que os elegeram, tomam as iniciativas políticas que bem entendem, sem prestação de contas a ninguém e sem escrúpulos de traição ideológica. Podem até mudar de partido, sem qualquer constrangimento ético, deixando sem "representante" o eleitor filiado ao partido largado. A falta de um vínculo efetivo entre eleitos e eleitores, ensejou o surgimento da malta dos falsos políticos, daqueles parlamentares já referidos, que são negligentes, improfíquos, descuidados dos problema do País, movidos por interesses confusos, não bem explicados à Nação, às vezes desonestos. Nessas circunstâncias, não é de estranhar que a fidelidade partidária tenha sido, no Brasil, um ideal bruxuleante, freqüentemente incógnito ou desconsiderado. Esta lamentável realidade desmantela as molas cardiais da Democracia. (...) Ora, sem representação política autêntica, o regime político é de desdém pela vontade do povo. A própria Democracia, desligada do povo, passa a ser uma Democracia do faz-de-conta. No Brasil de hoje, o Poder Legislativo ainda não parece um Poder emanado do Povo. Destituído de representatividade, o Congresso Nacional tem sido um Poder resignado à subserviência ao Presidente da República, vítima e cúmplice da usurpação de seu indeclinável Poder de legislar. Acolhendo, sem mostras de vergonha, "medidas provisórias" inconstitucionais, não tem desempenhado sua missão de Poder que atalha os abusos do Poder. Palco freqüente de escândalos, assembleia humilhada pelo descrédito popular, o Congresso Nacional, sem fidelidade partidária, vem exibindo sua forma de Democracia do faz-de-conta. (...) — não logram exprimir a realidade pluralista e heterogênea da vida do povo, nas sociedades humanas. A vida do povo... Esta, de fato, se desenrola numa infinidade de grupos sociais, que se organizam e desempenham suas missões à revelia dos partidos. Observe-se que os chamados delegados do povo nas Câmaras do Poder Legislativo — Deputados, Senadores, Vereadores, todos filiados a partidos políticos — não se acham vinculados a essas inúmeras entidades nas quais transcorre a vida real dos cidadãos; nas quais se trava a refrega comum de todos os dias, com suas aflições e necessidades, e também com suas alegrias e até triunfos. Das atenções dos partidos, a maior parte dessa vida da população se acha excluída. (...) A Democracia ou é um sistema que garante a introdução dos

povo para ocuparem cargos e exercerem suas funções no Poder Executivo, se existe, no mesmo ambiente e com os mesmos partidos políticos e suas coligações que lançam os *seus* candidatos, que em regra não coincidem com os candidatos que o povo almeja e a nação necessita, também não é tão clara[18].

anseios das entidades representativas da sociedade, nas decisões dos órgãos planejadores dos Governos, ou a democracia perde o seu sentido. E é este o grande problema, um dos problemas cruciais das Democracias modernas. O que parece evidente é que a crise da Democracia – e não é somente a crise da Democracia brasileira – se cifra precisamente na crise da representação política. Os regimes ditos "representativos" carecem de representatividade. Algum erro existe no processo da influência da vontade do povo nos órgãos deliberativos do Governo." (TELLES JR. Goffredo da Silva. *O Poder do Povo*. 2002. Disponível em http://www.migalhas.com.br/especiais/13_09_02_goffredo.htm. Acesso em 20/Mar./2018)

[18] Na clara lição do professor CAPPELLETTI (1999, P. 44/45, 94 e 100): "*De um lado, os parlamentos demonstraram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. Demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraprodutivas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo. (...) De outro lado, causou problemas não menos sérios também a emergência do estado administrativo. Desnecessário mencionar os perigos de abusos por parte da burocracia, a ameaça de "tutela" paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos incapazes, ou sem vontade, de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática, exercitando pressões sobre ela, a abulia e o anonimato, enfim, da grande maioria dos que também tiveram aquela capacidade ou vontade, por meio da qual uniram-se à massa dos participantes de tais grupos poderosos de pressão."* "*Os cientistas políticas demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada "diretamente responsável perante o povo", nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma da democracia representativa." "Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o "sentimento de participação". Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica quoad substantiam da jurisdição, como se viu no § 11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de inicial o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental*

Outrossim, o exercício pleno da democracia exige um Judiciário forte a atuante, pronto a conferir as respostas sociais necessárias e inadiáveis, mormente quando o assunto envolve a consagração de bens e valores integrantes do vetor da Dignidade da Pessoa Humana, os quais devem sempre ser prestigiados por intermédio das atuações do Estado em todas as suas áreas de intervenção.

Nessa linha, o nominado *ATIVISMO JUDICIAL* nada mais representa do que um método para o pleno e eficaz exercício da função judicante, mostrando-se legítimo ao juiz decidir de forma inovadora em âmbito jurisprudencial a lide concreta, pois a decisão é proferida em processo legitimado pelo próprio procedimento em que as partes exercem o contraditório e a ampla defesa, levando os argumentos ao magistrado, que então decide com base nas normas e princípios postos no Ordenamento Jurídico, motivo pelo qual não existe violação à democracia, sendo as decisões obrigatoriamente controladas e podendo ser revistas em grau recursal[19].

---

direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.".

[19] Os juízes, como criadores de direito, que não se esgota no texto de leis, é bem evidenciado pelo professor CAPPELLETTI (1999, P. 130), que bem aponta que a criação do direito pelo juiz é democrática: "*Mesmo que legislador e juiz sejam, conscientemente, criadores do direito, fazendo-se assim reconhecer abertamente pelos cidadãos, o modo de formação legislativa do direito é (e deve ser) reconhecido como fundamentalmente diverso daquele da formação jurisdicional. Segundo entendo, este, e tão somente este, é que ainda hoje se encontra profundamente "enraizado na consciência das sociedades civis", porquanto a virtude da função judiciária, nas modernas sociedades democráticas, não necessita se estabelecer com subterfúgios e falsificações, na melhor das hipóteses paternalísticos e na pior desonestos."*. Aliás, qualquer interpretação da norma jurídica alcança, em algum grau, a inovação da ordem jurídica, pois, como revela o professor CAPPELLETTI (1999, P. 22): "*E, na verdade, o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa."* (Ibidem).

O papel do juiz como criador do Direito, na correta interpretação dos textos normativos para se chegar ao real significado, sentido e alcance das normas jurídicas, é bem definido também pelo professor NERY JUNIOR (2013), para quem, fundamentado na teoria estruturante de Friedrich Müller e em doutrina de Lenio Streck, sustenta que: "*Portanto, perante o paradigma pós-positivista do direito, não se pode mais confundir texto normativo com norma. Assim, "o texto normativo é o programa da norma, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto), sua constituição é ante casum e sua existência é abstrata. A norma, por sua vez, é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo". Em*

O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no ponto em que exige que a decisão aponte suas consequências práticas, de forma positiva desperta a atenção para a necessidade de que as decisões sejam pensadas em suas consequências, sobretudo em face do total de sua repercussão no que tange à função administrativa. Entretanto, esta exigência, na prática, no mais das vezes, se revela impossível de ser antevista ou exposta na decisão proferida, o que demonstra que a norma é inadequada à finalidade pretendida, de criar novo requisito para a tutela jurisdicional, pois se ela for interpretada literalmente, o resultado revelará manifesta inconstitucionalidade, por violação à garantia do acesso à jurisdição efetiva previsto no artigo 5º, XXXV[20], da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como por limitar o exercício do devido processo legal em seu aspecto material, induzindo o exercício da judicatura à omissão e ao *non liquet*, vedados pela Constituição e pelas normas processuais contidas na legislação adjetiva (artigos 3º, "caput"[21], 4º[22] e 140[23], do Novo Código de Processo Civil).

---

suma, "a norma não é nem está contida na lei (apesar de ela ser elemento importante para formação da norma). Somente após a interpretação jurídica, destinada a solucionar caso concreto (real ou fictício), é que surge a norma jurídica". (...) A sentença judicial perante o paradigma pós-positivista não pode mais ser vislumbrada como ato meramente silogístico, pelo contrário, ela é o modelo fundamental na qual se fundem a compreensão da norma e sua relevância aplicativa. Assim, a norma é fruto do conhecimento vivo proveniente da atividade interpretativa criadora do jurista. Diante da hermenêutica filosófica, a interpretação e a ciência jurídica são algo mais que a utilização de um método seguro e pré-definido, do mesmo modo que a aplicação do direito é sempre algo mais que a simples subsunção de um enunciado legislativo ao caso concreto.(...) O acesso hermenêutico ao direito permite a superação de uma visão obsoleta do positivismo legalista para a qual o law in the books já seria a norma, prontamente disponível a ser aplicada na solução de um caso jurídico mediante silogismo. A lei (texto normativo) em si não contém as normas jurídicas, que são frutos de um complexo processo de concretização. Os textos normativos possuem apenas virtualmente o direito, ou seja, textos de normas enquanto pontos de partida do trabalho jurídico prático." (NERY JUNIOR, Nelson. *Noções Fundamentais sobre pós-positivismo e direito.* Revista de Direito Privado | vol. 53/2013 | p. 11 - 20 | Jan - Mar / 2013 DTR\2013\2565).

[20] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[21] Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[22] Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

[23] Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do

Para que a norma, neste ponto, possa ser compatibilizada com o dever de prestar a tutela jurisdicional com efetividade, deve ser interpretada como o dever de o magistrado levar em consideração as possíveis consequências de sua decisão, sempre que for viável esta fundamentação, especialmente quando forem notórias, de conhecimento geral, ou comprovadas nos autos, mas não como óbice ao exercício da judicatura nos casos em que não for possível apontar as eventuais consequências do *decisum*.

Igualmente, a nova norma, no ponto em que exige a exposição da adequação e necessidade da medida cominada, inclusive com a análise das alternativas possíveis, deve ser interpretada como a análise das alternativas elencadas pelas partes do processo e submetidas ao crivo do contraditório e análise do magistrado. Isto porque não é proporcional e razoável se exigir do magistrado que suponha todas as possibilidades hipotéticas de alternativas, para que só então possa julgar a lide, o que também levaria ao *non liquet* e à impossibilidade de entrega da tutela jurisdicional.

Além disso, a análise das alternativas possíveis leva em consideração não somente eventuais custos monetários ou o preço político, mas em especial a própria ponderação de valores essenciais da sociedade brasileira, que são os bens juridicamente tutelados, a efetivação de direitos e garantias, a pacificação social e os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Valorar o critério de escolha de uma decisão em relação às alternativas, pela própria natureza da lide versando *valores jurídicos abstratos*, neste sentido, parece uma exigência apenas de ponderação, de sopesamento de princípios, o que já é feito obrigatoriamente pelo magistrado, para fundamentar a sua decisão, o que aponta ser desnecessária a previsão legal neste ponto.

A exposição da adequação e necessidade da medida adotada na decisão já integra a análise da *PROPORCIONALIDADE*, que fundamenta a aplicação do devido processo legal em seu aspecto material, de modo que a alteração legislativa, neste ponto, também se revelava desnecessária[24].

ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

[24] Neste sentido, explicitando que o trinômio necessidade-adequação e proporcionalidade em sentido estrito já compõem o Princípio da Proporcionalidade, CANOTILHO (1993, P. 384) aponta que: "*quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio*

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário ocupa papel central para que não só a democracia de fato exista, mas também para que o Estado cumpra de forma escorreita os seus objetivos que justificam inclusive a sua existência, promovendo e efetivando os direitos fundamentais, para que se atinja o bem-estar geral, a dignidade da pessoa humana e a felicidade.

Desta forma, conclui-se que o novo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro deve ser interpretado de forma a ser compatibilizado com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, ou nas demais normas de direitos humanos recepcionadas e internalizadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro com status supralegal ou constitucional, em especial o devido processo legal em seu aspecto material e a garantia do acesso à justiça efetiva, sob pena de se tratar de norma inconstitucional, caso seja interpretado de forma literal o que nela foi escrito.

O dever de motivar, por meio da exposição dos fundamentos da decisão no exercício do livre convencimento motivado, não pode ser convertido em via para esvaziar o poder de decidir e prestar a tutela jurisdicional efetiva, como aparentemente se pretendeu com a norma em análise, ao trazer requisitos de fundamentação no mais das vezes impossíveis de serem cumpridos para a implementação de direitos fundamentais.

A expressão "*não se decidirá*", assim, deve ser lida como sempre que possível fática e juridicamente, pois a expressão não atrai nulidade processual, tendo em vista que não configura requisito de existência, nem de validade ou de eficácia da decisão judicial, não tendo sido trazida na norma em apreço, diga-se, qualquer consequência jurídica para o seu descumprimento, justamente porque a legislação infraconstitucional não pode gerar óbice à consagração de direitos fundamentais.

Não se trata de dever do magistrado, no sentido técnico de dever jurídico, que somente existe quando dele decorrem consequências para a hipótese de inadimplemento, previstas, em regra, no preceito secundário do

---

para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim".

dispositivo legal, ou em norma que a ele faz expressa referência.

Desta forma, percebe-se que o novo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro configura recomendação legislativa, tratando-se em verdade de uma sugestão do legislador, para que sempre que for possível, o magistrado e o julgador administrativo atentem para as consequências práticas e para a adequação, necessidade e alternativas possíveis de suas decisões relativas a direitos fundamentais que configurem valores jurídicos abstratos.

Em hipótese alguma o novo dispositivo pode se converter em ferramenta para o enfraquecimento da função jurisdicional com enorme retrocesso para a proteção das pessoas em nossas sociedades hipercomplexas de risco contemporâneas[25].

Conclusão

Para facilitar a análise do quanto se abordou neste trabalho, ao invés de se trazer uma conclusão na forma discursiva, parece mais adequado utilizar a técnica de conclusão articulada, por meio da formulação de conteúdos

[25] Na lição do passado trazida pelo professor CAPPELLETTI (1999, P. 53/54): "*Como se viu, o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos "privados". Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública. De outro lado, também nas relação entre o legislativo e o executivo esse ideal de rígida separação, mais do que de contrapesos equilibrados, significou praticamente a passagem, permanentemente perigosa, de períodos em que efetivamente o poder era concentrado nas assembleias legislativas e grupos políticos que as dominavam (pense-se na Itália pré-facista ou na Alemanha de Weimar, mas também na França da Quarta República), para outros períodos em que, ao contrário, a concentração do poder deu-se no executivo (com exceção dos extremos trágicos dos regimes ditatoriais que conduziram à segunda guerra mundial, pense-se na França da Quinta República, especialmente nos primeiros anos que se seguiram à Constituição de 1958). A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo* forte *com um executivo* forte *e um judiciário* forte. *Justamente este equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional-americano.*"

sintéticos das teses e fundamentos abordados, no formato de enunciados.

Estes enunciados, assim, servem como resumo das conclusões contidas na fundamentação anteriormente exposta, devendo ser lidos em consonância, portanto, com o desenvolvimento das ideias e não de forma isolada.

Assim, na forma de conclusão articulada deste trabalho, tem-se que:

- Valores jurídicos abstratos são os direitos fundamentais que configuram princípios jurídicos essenciais para a correta aplicação do Direito e para a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil;

- O novo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro deve ser interpretado de forma a se compatibilizar com o Princípio do Devido Processo Legal em seu aspecto Substancial;

- Este artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, por consequência do Princípio do Devido Processo Legal em seu aspecto Substancial, deve ser interpretado de forma a não servir como óbice à garantia do acesso à justiça, também denominada de Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional ou ainda Inafastabilidade de Jurisdição ou Ubiquidade de Jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil);

- Assim, o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em nenhuma hipótese pode ser interpretado validamente se acarretar, no caso concreto, o *non liquet* e a impossibilidade de entrega da tutela jurisdicional;

- O *ATIVISMO JUDICIAL* é legítimo, ao decidir de forma inovadora em âmbito jurisprudencial a lide concreta;

- O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no ponto em que exige que a decisão aponte suas consequências práticas, para que possa ser compatibilizada com o dever de prestar a tutela jurisdicional com efetividade, deve ser interpretada como o dever do magistrado de levar em consideração as possíveis consequências de sua decisão, sempre que for viável esta fundamentação, especialmente quando forem notórias, de conhecimento geral, ou comprovadas nos autos, mas não como óbice ao exercício da judicatura nos casos em que não for possível apontar as eventuais consequências do *decisum*;

- a nova norma, no ponto em que exige a exposição da adequação e da necessidade da medida cominada, inclusive com a análise das alternativas possíveis, deve ser interpretada como a análise das alternativas elencadas pelas partes do processo e submetidas ao crivo do contraditório e à apreciação do magistrado;

- A exposição de adequação e necessidade da medida adotada na decisão já integra a análise da *PROPORCIONALIDADE*, que fundamenta a aplicação do devido processo legal em seu aspecto material, de modo que a alteração legislativa, neste ponto, também se revelava desnecessária;

- A interpretação do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que leve ao esvaziamento do poder-dever de dizer o direito e entregar a prestação da tutela jurisdicional a quem busca o Poder Judiciário ou necessita de decisão administrativa se revela inconstitucional, por violação do acesso à Jurisdição, no primeiro caso, ou ao próprio direito fundamental invocado, no segundo caso.

SOUZA. M. C. De, e GLINA, N., The Effectiveness of Fundamental Rights and the New Article 20 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law. *Justitia*, São Paulo, v. Especial, p. 188/208, Set 2019

- **ABSTRACT:** The new art. 20 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law established, as a determining factor of judicial and administrative decisions, the concept of abstract legal value, thus considered the one that involves the application, in particular, of a rule with a high degree of "indeterminability or abstraction". " These criteria, however, cannot be detrimental to the performance of the judiciary in the specific case, especially when the motto of its intervention is to consecrate fundamental rights, especially those of a social nature. Thus, the application of the new legislative text must take place with caution and strict observance of the vectors of due process of law and of the inability of jurisdiction, a penalty that falls within the scope of material unconstitutionality.

- **KEYWORDS:** Fundamental rights. Effectiveness. Abstract legal values. Interpretation. Principle of due process of law. Inadequacy of jurisdiction.

Referências

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215: 151-179. Jan./Mar. 1999.

ARISTÓTELES. Ética a *Nicômacos.* 3ª ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Eficácia constitucional: uma*

questão hermenêutica. In. BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos.* 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almendina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999).

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 11ª edição – São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. *In* BOUCAULT, Carlos Eduadro de Abreu, e RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.) *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos* 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JHERING, Rudolph von. *A evolução do Direito.* Vertido da trad. francesa de O. de Meulenaere. Conselheiro da Relação de Gand. por **Abel** D'**Azevedo**. Advogado. Oferecido à Biblioteca do Tribunal Federal de. Recursos pelo Presidente Cunha Vasconcellos. Filho, 15 de setembro de 1963. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a – Editores. Disponível em http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Direito/A_evolucao_do_direito.pdf

MESQUITA, Gil Ferreira de. *O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações.* Senado Federal: Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92748/Mesquita%20Gil.pdf?sequence=1

NERY JUNIOR, Nelson. *Noções Fundamentais sobre pós-positivismo e direito.* Revista de Direito Privado | vol. 53/2013 | p. 11 - 20 | Jan - Mar / 2013 DTR\2013\2565).

PANCOTTI, José Antonio. *Princípio da Inafastabilidade da jurisdição e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.* Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Toledo. Araçatuba, 2007.

SIDOU, J.M. Othon. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras*

Jurídicas – 4ªed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *O Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade* – ação civil pública, ação penal pública. São Paulo: Método, 2007.
TELLES JR. Goffredo da Silva. *O Poder do Povo*. 2002. Disponível em http://www.migalhas.com.br/especiais/13_09_02_goffredo.htm. Acesso em 20/Mar./2018)

Crise Jurídica Sistêmica na Sociedade do Século XXI: Ocaso de uma Era.

Nathan GLINA[1]

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Da crise sistêmica jurídica. 2 Principais causas da crise sistêmica jurídica no Brasil. 3 Algumas consequências da crise sistêmica jurídica no Brasil: Disfunção do sistema a partir da análise de algumas decisões judiciais, 4 Democracia e decisão judicial no Brasil: discricionariedade, controle e legitimidade democrática. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** Este artigo visa apontar e abordar a crise do sistema jurídico vigente no Brasil, em sua concepção teórica e verificação prática, enfocando o papel da discricionariedade judicial, elencando-se as principais causas da crise sistêmica que se instaurou e suas consequências atuais, a partir do paradigma brasileiro, com enfoque principalmente na questão da produção normativa judicial, ausência de uma teoria e modelos de controle das decisões judiciais e os efeitos da discricionariedade no que concerne ao tema da exceção, assim considerada, a suspensão fática, por uma técnica de poder, de direitos fundamentais daqueles eleitos como "inimigos" no âmbito de cada Estado.

- **PALAVRAS-CHAVE***:* crise sistêmica; ordenamento jurídico; democracia; discricionariedade judicial.

Introdução

O Ordenamento Jurídico é composto pelo conjunto de normas jurídicas vigentes numa dada sociedade política e juridicamente organizada, para disciplinar a conduta das pessoas, regulamentar e reger o Estado nas

[1] Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes, em convênio com o Instituto a Vez do Mestre. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

relações internas e internacionais, dispor sobre direitos e deveres, enfim, reger a vida em sociedade.

Não é aceitável, nem seria operacional, se a regência jurídica se desse de forma desconexa, incoerente, insegura, concebendo-se os diversos diplomas normativos, as respectivas fontes e seus produtos como meros emaranhados de regras, princípios, postulados, cânones de interpretação normativa, decisões administrativas e jurisdicionais isoladas caminhando cada qual em direção autônoma. Para evitar isso, o Ordenamento Jurídico é a concepção do conjunto de normas produzidas como um verdadeiro sistema, encadeado logicamente, coerente e com critérios para colmatar as suas lacunas e resolver os conflitos de normas[2].

No modelo de sistema jurídico de matriz positivista kelseniana atualmente predominante no Brasil e em outros Estados Democráticos de Direito, especialmente de tradição da *Civil Law*, ainda que sob a roupagem pos-positivista ou de positivismo jurídico includente, a organização das normas se dá pela coerência e compatibilidade, em regra numa lógica hierárquica em que há o controle de validade.

Este controle de validade dá-se em um duplo viés: do ponto de vista formal, deve ser observado o poder ou competência e o procedimento adequado para a produção normativa;, e do ponto de vista material, há também um controle de validade, no que concerne ao conteúdo do que

[2] Explica BOBBIO (1999, p. 21) que: "se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.*".* Acerca do ordenamento jurídico constituir um sistema, o mencionado jurista aponta que: "Entendemos por "sistema" uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível esta relação.*"* (Ibidem, p. 71). Sobre o tema, conferir também FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 173.

pode ser legislado ou decidido em qualquer esfera de poder[3], especialmente em matéria que afeta direitos fundamentais, encontrando-se a Constituição e as Normas Internacionais sobre Direitos Humanos no ápice normativo, de forma vinculativa.

A coerência e a unidade do Ordenamento como um sistema, sob esta ótica, em tese, é operacionalizada pelos mecanismos jurídicos de controle de validade (constitucionalidade das normas, legalidade e convencionalidade[4]); pelo devido processo legal em suas vertentes formal e material, com a análise de Proporcionalidade e Razoabilidade na ponderação ou sopesamento de interesses e princípios em jogo nos casos concretos de conflitos[5];

[3] Como ensina CASTRO (2005, pp 146 - 147): "Nessa visão limitadora do arbítrio legislativo, a cláusula do devido processo legal erige-se em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais. Afasta-se, assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com os bens individuais dotados de utilidade social. Por exigência insuprimível de limitação de mérito ou de conteúdo das decisões de caráter normativo, a nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada. (…) Com isso, os atos do Poder Público curvam-se aos reclamos da razão, sujeitando-se, em seu mérito, ao questionamento quanto à congruência entre meios e fins, que deve obrigatoriamente fundamentar a intromissão estatal na esfera de autonomia privada. (…) Impede, em suma, que as discriminações legislativas e os atos decisórios dos agentes estatais sejam fonte de injustiças e de perplexidades atentatórias ao paradigma de coerência exigido nas deliberações do Estado e de seus delegados, aprumando-os ao padrão aceitável de moralidade, de eficiência e racionalidade."

[4] Sobre o controle de convencionalidade, conferir MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil.* 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade--singularidades. Acesso em 12/Mai./2019.

[5] Entretanto, Razoabilidade e Proporcionalidade não se confundem, embora devam ser aplicadas de forma complementar ou suplementar, para a ponderação dos princípios e direitos fundamentais, dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, pois como leciona GUERRA FILHO (2205, pp. 408 - 409) acerca de tais Princípios: "e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos 'razão' (latim: *ratio*) e 'proporção' (latim: *proportio)*, sem que daí se possa concluir que haja identidade entre o princípio da proporcionalidade e aquele outro, de origem anglo—saxônica, denominado entre nós 'princípio da razoabilidade' (a doutrina anglo-americana costuma referi-lo como 'princípio da irrazoabilidade'), pois este veda a prática do absurdo, ainda que amparada

pela interpretação jurídica com a utilização inclusive dos cânones da hermenêutica; pelos critérios de resolução de antinomias jurídicas; raciocínio lógico-dedutivo e interpretação das normas admitindo-se o Ordenamento Jurídico como um sistema coerente.

Embora estes controles sejam feitos pelo Poder Executivo (por exemplo, quando edita normas secundárias, quando propõe leis, quando analisa a sanção e veto de leis, quando instaura, conduz e julga procedimentos administrativos, analisa pedidos de licenças, realiza fiscalizações etc.) e pelo Poder Legislativo (por exemplo, em suas comissões ao analisar projetos de leis, medidas provisórias etc.), é o Poder Judiciário quem decide ao final e de forma definitiva acerca da validade e diz a interpretação jurídica com caráter vinculante e coercitivo no desempenho de sua atividade-fim.

Este é o plano teórico predominantemente adotado[6] de como o Ordenamento Jurídico deve funcionar, num Estado Democrático de Direito[7], para

juridicamente, enquanto o princípio da proporcionalidade estabelece critérios para que se opte entre diversas soluções possíveis para um caso jurídico, nenhuma absurda, favorecendo aquela que melhor promova a realização de direitos fundamentais, considerados em seu conjunto. (...) Não se confunda, porém, o princípio constitucional da proporcionalidade, que é norma jurídica consagradora de um direito (*rectius:* garantia) fundamental – portanto, é uma prescrição – com um cânone da nova hermenêutica constitucional, que não atua sobre a vontade, mas sim sobre o intelecto do intérprete do Direito, nos quadros de um Estado democrático.".

[6] Optamos por apontar a visão predominante, lembrando que há quem busque alternativas e quem defende outros posicionamentos, como por exemplo o de circularidade hermenêutica no Ordenamento Jurídico, que não deva ser aplicado por subsunção, pelo julgador com discricionariedade e subjetivismo ao interpretar, para depois aplicar as normas jurídicas, devendo a interpretação ser feita no caso concreto em atividade concomitante com a aplicação, visando a coerência e integridade do Direito, e de forma a que todos tenham uma resposta constitucionalmente adequada, com mecanismos de controle da adequação da decisão frente à Constituição, posicionamento este de STRECK (2013).

[7] Acerca do Estado Democrático de Direito, o professor AFONSO DA SILVA (2011) expõe que: "A Democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, 1), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1.º parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe, assim, o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de

resolver os seus problemas e reger a vida em sociedade, de forma a trazer a paz e a harmonia, na era dos direitos humanos no denominado período pós Segunda Guerra Mundial, e majoritariamente na fase denominada de pós-positivismo jurídico. No positivismo jurídico includente que se desenvolveu com as Constituições rígidas deste período, os direitos fundamentais são previstos nessas Cartas Políticas, em que os direitos humanos são internalizados pelo Ordenamento Jurídico nacional de cada Estado e passam a vincular a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional, quanto ao conteúdo[8].

Assim, por exemplo, é insuficiente a aprovação de normas, segundo o rito cabível, por maiorias, ainda que qualificadas, se a matéria não podia ser objeto de deliberação por violar direito fundamental ou esvaziá-lo. Esta é uma característica do sistema positivista, notadamente em sua roupagem includente[9].

---

organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão, que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas, especialmente, da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.*".*

[8] Segundo explicação de LORENZETTI (2010, p.361), acerca dos limites e vinculações trazidos pelos direitos fundamentais, ele aponta que, além de se relacionarem favoravelmente com o acesso e proteção, limitando no Estado de Direito o princípio da decisão baseada nas maiorias (não podendo seu conteúdo mínimo, que compõe a estrutura básica da sociedade ser derrogado por maiorias ou pelo mercado), eles introduzem custos econômicos e sociais consideráveis para sua implementação e a mudança na vida em sociedade e configuram deontologicamente direitos subjetivos e interesses legítimos para a manutenção de posições jurídicas e exercício de faculdades, apontando, ainda, que "- Os "direitos fundamentais" são definidos pelo seu caráter fundante, e não fundado, do ordenamento jurídico. Sua definição não se refere exclusivamente à titularidade (direitos humanos), mas sim com a fonte, ou seja, representam o modelo de acordos básicos que dão origem à sociedade.".

[9] Sobre o positivismo jurídico includente, consoante WALUCHOW (2007, pp. 155- 156): "Mi conclusión será que el positivismo incluyente nos permite escapar de una representación distorsionada del modo em que las constituciones son entendidas, interpretadas y aplicadas. Se verá también que el positivismo incluyente nos permite reconocer el posible rol de las consideraciones morales en las aplicaciones del derecho sin negar que las leyes y los criterios para las leyes deben tener las conexiones institucionales apropriadas. A diferencia de la teoría tradicional del derecho natural que niega la necesidad de tales conexiones, el positivismo incluyente les da una ubicación central al insistir en que las

Ocorre que, no Brasil e em diversos outros Estados, este modelo jurídico está em crise, pois se revelou insuficiente para garantir a efetivação dos direitos humanos (para a maioria a população do mundo), para gerar o desenvolvimento sustentável, garantir a convivência harmônica entre os Poderes estatais, a realização do Princípio Democrático no Estado de Direito, ou mesmo garantir sequer a observância das Constituições rígidas em relação aos direitos fundamentais nelas previstos, ou evitar a instauração ou continuidade dos denominados estados de exceção[10].

As grandes fontes do estado de exceção, no Brasil, são as técnicas de governabilidade pela exceção, por meio de conchavos políticos e lobismos, suspendendo faticamente os direitos fundamentais e sociais de grande parte da população, inclusive pela omissão em cumprir o dever de promovê-los e assegurá-los, não criando as condições necessárias para que possam ser fruídos, no que poderia ser chamado de suspensão de direitos pela omissão, proteção insuficiente, inidômica ou deficiente.

Embora o Poder Judiciário não seja a principal fonte do estado de exceção, há o perigo da discricionariedade e subjetividade na atividade-fim do Estado-Juiz é o de que venha a traduzir-se numa patologia por um padrão de decisões que geram ou ratificam a exceção é sintetizado.

Neste ponto, entendemos que no Brasil a exceção tendo por fonte jurisdição teria por palco as seguintes hipóteses.

---

razones de las leyes son a veces relevantes pero solo en la medida en que el sistema jurídico las reconoce como tales. En este sentido el positivismo incluyente combina las virtudes del positivismo excludente con aquellos puntos de vista rivales como la teoria de la integridad de DOWRKIN.".

[10] Os estados de exceção são aqueles em que há a suspensão fática dos direitos fundamentais das categorias de pessoas tidas como "inimigas". A suspensão, supostamente temporária e excepcional, na prática se constitui uma técnica de governo, especialmente em países tidos como democráticos. Não se trata de um direito especial, mas de um espaço de não-direito, de suspensão do direito, de verdadeira força-de-lei. Como ensina AGAMBEM (2004, p.39) "Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem ma se indeterminam. A suspensão da norma não significa a sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica."

Primeiro, quando os detentores do poder político ou econômico, por meio de advogados pagos a preço de ouro, alcançam tratamento jurídico mais benéfico, produzindo jurisprudência personalissíma junto aos mais altos graus do Poder Judiciário.

Segundo, quando pessoas "especiais", em razão de sua influência, poder, fama ou outras razões, ao litigarem em Juízo, obtém decisões distintas das que, em regra, as demais pessoas obtém.

Terceiro, quando o Poder Judiciário opta por chancelar "reformas" legislativas que, em verdade, operam a perda ou diminuição de direitos trabalhistas, previdenciários, tributários, ambientais e outros direitos sociais e liberdades públicas, sem que, de fato, haja uma razão para a mudança da norma, que não o interesse político ou econômico de determinados setores ou pessoas.

Quarto, quando a jurisdição exercida permite a continuidade da não-implementação de direitos sociais.

Quinto, quando a jurisdição, por meio de suas decisões, cria normas, especialmente de caráter genérico e vinculante, restringindo direitos fundamentais, ou inviabilizando pela exigência de novos requisitos para o desenvolvimento da atividade estatal, a própria atividade em si.

Não verificarmos a existência, na jurisdição brasileira, de um tratamento diferenciado para a figura "mítica do bandido", que além de todas as garantias processuais, goza, na prática, de mais direitos do que a legião de pessoas abaixo da linha de pobreza, ou de que o "corrupto" tenha a suspensão de seus direitos, quando, ao contrário, acaba por levar sua ampla defesa ao extremo de uma infinidade de recursos e impetrações de Mandados de Segurança e *Habeas Corpus*, muitas vezes gozando da impunidade, obtendo decisões diferentes que geram restrições ao *jus puniendi* estatal em razão da pessoa que ocupa o polo passivo da relação jurídica processual e não em razão do fato e das provas em si. Não obstante, com estas ressalvas, concordamos com a conclusão de SERRANO (2016, pp. 275-276), quando afirma que:

> "Nesse último aspecto, a decisão judicial de real exceção não produz "jurisprudência" para situações semelhantes juridicamente, mas diferentes politicamente. Mudando-se os atores envolvidos ou o fim político, muda-se a decisão, retornando-se ao direito ou produzindo nova exceção".

Neste artigo, pretende-se abordar as principais causas da crise sistêmica que se instaurou e suas consequências atuais, a partir do paradigma brasileiro, com enfoque principalmente na questão da produção normativa judicial, ausência de uma teoria e modelos de controle das decisões judiciais e os efeitos da discricionariedade no que concerne ao tema da exceção, assim considerada, a suspensão fática, por uma técnica de poder, de direitos fundamentais daqueles eleitos como "inimigos" no âmbito de cada Estado[11].

1. Da Crise Sistêmica Jurídica

A crise sistêmica jurídica, ou seja, a crise do sistema jurídico, é uma crise de modelo teórico e de atuação prática.

Esta crise se verifica no mundo dos fatos que o Direito deve reger, ao se visualizar a sua insuficiência ou inidoneidade para funcionar, como um verdadeiro sistema lógico, coerente, capaz de assegurar e promover os direitos fundamentais, garantir o desenvolvimento sustentável, com controles eficazes de observância de procedimentos e de validade do conteúdo das normas oriundas da Administração Pública, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário em suas atividades-fins, sobretudo diante de técnicas administrativas, legislações e normas de exceção suspensivas de direitos fundamentais, bem como da discricionariedade no poder decisório do Estado-Juiz em casos tidos por "difíceis", com o risco de violação de direitos fundamentais.

Tal crise do sistema jurídico, em sua concepção teórica de positivismo jurídico includente, predominante na atualidade, afeta seu funcionamento prático e se verifica pelo exaurimento, ou inaptidão deste modelo[12], por exemplo no Brasil, para garantir a convivência harmônica entre os Poderes

[11] Na lição de SERRANO (2016, p. 308) "Historicamente, ao longo das ditaduras nazista, fascista e das ditaduras militares na América Latina, dentre outras conhecidas, sobretudo no século XX, a provisoriedade e a temporariedade que justificaram o Estado de exceção como mecanismo de combate ao inimigo que ameaçava a sobrevivência da sociedade e do Estado só se efetivaram no discurso, pois, na realidade, duraram longos períodos. "

[12] Modelo no qual a coerência e organização do Sistema, em tese, é obtida pelo controle de validade das normas, pelo devido processo legal em suas vertentes formal e material, com a análise de Proporcionalidade e Razoabilidade na ponderação ou sopesamento de interesses e princípios em jogo nos casos concretos difíceis, pelos cânones da hermenêutica, pelos critérios de resolução de antinomias jurídicas, raciocínio lógico-dedutivo, presunção do Ordenamento Jurídico como coerente.

estatais, a realização do Princípio Democrático no Estado de Direito, ou de sequer garantir a observância da Constituição no que concerne aos direitos fundamentais.

É uma crise teórica, de modelo de Ordenamento Jurídico, com consequências práticas no seu funcionamento enquanto sistema, motivo pelo qual é adequado defini-la como uma crise sistêmica, no sentido de que há risco de colapso de todo o sistema. Isto porque um sistema ineficaz para garantir e promover direitos, ou que atua de forma distorcida gerando exceção, muitas vezes é pior do que nenhum sistema, pois induz em erro quem nele acredita, em sua boa-fé. Não é uma crise no sistema, mas uma crise de sistema[13].

Trata-se do ocaso do modelo de sistema jurídico atual como o conhecemos. Mas a transição para um novo modelo teórico e prático ainda não se avista. Para que a transição ocorra, é ainda necessário o surgimento ou adoção de um novo paradigma que resolva os problemas atuais, sem trazer consequências piores.

O risco de colapso e a crise do sistema jurídico brasileiro, percebem-se na própria realidade que o Direito deve reger, como plano deontológico, do dever-ser, revelando-se empiricamente no plano fático, em diversos aspectos. Para visualização, observados os limites deste artigo, aponta-se, a título exemplificativo, o seguinte:

- a descrença nos direitos humanos e o desconhecimento do seu significado e função[14];

[13] Sistêmico tem entre seus significados destacados no Grande Dicionário Houaiss, o de "que afeta todo um sistema; generalizado" (Disponível em https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#3. Acesso em 12/Mai.2019). O conceito e crise sistêmica e de risco sistêmico ou conjuntural, também é desenvolvido em teorias econômicas, para a regulamentação do mercado financeiro, de forma que a eventual insolvência ou quebra de um banco não resulte um efeito em cadeia que comprometa todo o sistema, gerando colapso.

[14] Conforme pesquisa do Instituto IPSOS, realizada no ano de 2018, um percentual de 66% dos brasileiros acreditam que os direitos humanos protegem mais "os criminosos" do que as vítimas. (Disponível em https://www.ipsos.com/pt-br/63-dos-brasileiros-sao-favor-dos-direitos-humanos. Acesso em 12/Mai./2019). Em adição, o embaixador brasileiro LINDGREN ALVES (2012) ressalta que: "Depois de haverem funcionado, no final do século XX, como última utopia secular universalista, capaz de mobilizar sociedades de todo o mundo, os direitos humanos parecem ter entrado em fase de descrédito. A perda de

- descrença nas instituições, em que se incluem o próprio Direito e os Poderes do Estado[15];

- aumento da violência, com a pacificação social e a eficácia do direito à paz cada vez mais distantes no Brasil[16];

- aumento da desigualdade social e aumento da concentração de renda[17];

- constante aumento no nível de descrença na democracia[18];

- insegurança jurídica decorrente da atuação do próprio Poder Judiciário, sobretudo do Guardião da Constituição[19].

popularidade da própria expressão linguística pode ser notada em sua posição secundária nos programas políticos atuais, meramente episódica nos noticiários e artigos de imprensa, se comparada ao relevo obrigatório, prioritário e ubíquo, de poucos anos atrás. Mais constrangedora é, porém, a reação automática de desconforto ou decepção das pessoas comuns de boa fé quando hoje lhes dizemos que, de uma maneira ou de outra, somos ainda atuantes na matéria.".

[15] Consoante pesquisa do IBOPE realizada no ano de 2018, a confiança da população brasileira nas instituições atingiu o nível mais baixo em toda a série histórica desde que começou a ser medido no ano de 2009, em percentual inferior à metade dos cem pontos possíveis (Disponível em http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/confianca-do-brasileiro-nas-instituicoes-e-a-mais-baixa-desde-2009/. Acesso em 12/Mai./2019.

[16] Neste sentido, por exemplo, noticiou o Jornal El país, em reportagem de TOM C. AVENDAÑO, de 10 de agosto de 2018, com o seguinte título: "Violência no Brasil alcança novo recorde e expõe desigualdade na segurança. País registrou 63.880 homicídios em 2017, sete por hora, e 60.018 estupros, 8,4% acima da cifra do ano anterior." (Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/09/politica/1533834219_933937.html. Acesso em 12/Mai./2019).

[17] Por exemplo, noticiou o Brasil Econômico (Economia IG) em 26 de novembro de 2018, que o "Brasil passou de 10º para 9º colocado entre os 189 países mais desiguais do mundo; em 2017, 15 milhões de brasileiros viviam com até R$7,3 por dia" (Disponível em: https://economia.ig.com.br/2018-11-26/desigualdade-social-no-brasil.html. Acesso em 12/Mai./2019.

[18] O Brasil, ao lado da Venezuela, tem o menor nível de percepção de progresso na América Latina (6%). Em 2018, atingiu-se a marca de 28% das pessoas na América Latina se declarando indiferentes ao regime que for adotado, abandonando o apoio ao regime democrático e a participação política. No Brasil, de 1995 até 2018, a estatística de pessoas que apóiam a democracia caiu nove pontos, atingindo o patamar de somente 34% da população. (INFORME 2018 LATINOBARÔMETRO, disponível em www.latinobarômetro.org/. Acesso em 12/Mai./2019).

[19] A insegurança jurídica decorrente das próprias decisões do Poder Judiciário, será abordada em análise de alguns julgados no penúltimo tópico deste artigo.

E os itens acima elencados se relacionam entre eles e com diversos outros, não se tratando de fenômenos isolados. Há relações causais e consequenciais, com ciclos de retroalimentação entre eles. No núcleo do problema, figuram ainda a moderna técnica de governar pela exceção e a promessa descumprida de direitos elencados na Constituição rígida e nas normas internacionais de direitos jumanos, afetando a legitimidade da violência estatal[20].

Se a realidade é esta, então o modelo de sistema jurídico[21] está incapaz de atingir sua finalidade primeira de garantir a pacificação das relações sociais, e de dar segurança jurídica, garantir direitos, garantir a convivência harmônica entre os Poderes, enfim, de garantir a segurança de direitos.

A crise sistêmica jurídica é a crise de um sistema jurídico que deveria reger a sociedade numa economia de mercado capitalista e num regime democrático de direito.

Tanto o Estado de Direito quanto a Democracia já sofrem, ambas dominadas pelo poder econômico, que passou a determinar a política e as relações jurídicas, inclusive as internacionais. A isto se somam as próprias crises periódicas inerentes ao sistema econômico capitalista, que com sua "ética" própria, gera desigualdades em todos os níveis, concentração de renda, alienação das pessoas como meras forças de trabalho ou consumidores iludidos com o culto ao "eu" e ao "ter", ou em tempos atuais em que cada vez mais se prescinde de trabalhadores em diversas áreas pelo avanço da tecnologia, gera uma massa cada vez maior de pessoas excluídas, legião de invisíveis incapazes de consumir e, portanto, de serem enxergados pelos demais consumidores, pelos fornecedores e pelos próprios Estados[22].

---

[20] A violência estatal, conforme BENJAMIN (2013, p. 136), está no domínio dos meios, e não dos fins, sendo ou instauradora, ou mantenedora do direito: "Toda violência como meio é ou instauradora ou mantenedora do direito. Se não pode reivindicar nenhum desses predicados, ela renuncia por si só a qualquer validade. Daí resulta que toda violência como meio, mesmo no caso mais favorável, participa da problemática do direito em geral". Mas a violência praticada na exceção em que a norma está suspensa e vigora a mera foça-de-lei sem direito, traz o problema da legitimidade desta violência e de se visualizar adequadamente a sua repercussão jurídica.

[21] Nele incluídos o Ordenamento Jurídico e as instituições que o criam e aplicam.

[22] O capitalismo, como religião, é exposto pelo historiador e professor HARARI (2017, pp. 324 - 325), da seguinte forma: "O capitalismo começou como uma teoria sobre como a economia funciona. Era ao mesmo tempo descritivo e prescritivo - oferecia um relato de

Este cenário, aliás, já teria por consectário, naturalmente, algum grau de crise no sistema jurídico, ainda que pela só instauração da crise de confiança[23].

Ocorre que, não conseguindo o sistema jurídico brasileiro resolver seus próprios problemas internos, tais como prevenir e solucionar eficazmente as situações de conflito social, controlar a discricionariedade judicial, garantir a livre convivência harmônica entre os Poderes, garantir a efetivação dos direitos fundamentais, controlar a criminalidade especialmente violenta e organizada, reduzir arbitrariedades e prevenir o autoritarismo, reduzir as desigualdades sociais e regionais, fomentar o desenvolvimento sustentável, dentre outros, o que ocorre é a crise sistêmica jurídica em si.

Aceitar a existência desta crise é melhor do que negá-la e fechar os olhos para a realidade, pois permite buscar alternativas de modelo de sistema, ou pelo menos para aperfeiçoar o funcionamento do atual, evitando que da defesa imunológica do sistema diante da pressão contra ele exercida, ou da reação externa contra ele, sobrevenha algo pior.

Para o aperfeiçoamento do sistema jurídico, é necessário que se crie um modelo em que seja possível resolver ou mitigar satisfatoriamente

---

como o dinheiro funcionava e promovia a ideia de que reinvestir os lucros na produção leva a um rápido crescimento econômico. Mas, pouco a pouco, o capitalismo se tornou muito mais do que uma doutrina econômica. Hoje engloba uma ética - um conjunto de ensinamentos sobre como as pessoas devem se comportar, educar seus filhos e até mesmo pensar. Sua doutrina econômica é que o crescimento econômico é o bem supremo, ou pelo menos uma via para o bem supremo, porque a justiça, a liberdade e até mesmo a felicidade dependem do crescimento econômico. (…) Essa nova religião também teve uma influência decisiva no desenvolvimento da ciência modera. As pesquisas científicas geralmente são financiadas pelo governo ou por negócios privados. Quando os governos e os negócios capitalistas consideram investir em determinado projeto científico, a primeira questão costuma ser: "Esse projeto nos ajudará a aumentar a produção e os lucros? Produzirá crescimento econômico?". Um projeto que não for capaz de lidar com essas questões tem poucas chances de encontrar um patrocinador. Nenhuma história da ciência moderna pode deixar o capitalismo de lado.".

[23] E espantoso seria existir plena confiança em sistemas que mantém 46% da população mundial abaixo da linha da pobreza, com menos de U$D 5,50 por dia, conforme dados do Banco Mundial de 2018 divulgados em notícia. (Disponível em https://www.cartacapital.com.br/politica/quase-metade-da-populacao-mundial-vive-abaixo-da-linha-da-pobreza/. Acesso em 12/Mai./2019).

os problemas atuais de inefetividade, mas também controlar a discricionariedade das decisões administrativas e judiciais, de forma a evitar subjetivismos incontroláveis, arbitrariedades e autoritarismo, a insegurança jurídica, o esvaziamento prático da Constituição, enfim, garantir a efetivação de direitos fundamentais e, em última instância, impedir o estado de exceção permanente[24].

Este novo modelo, por óbvio, necessitará vir acompanhado de uma drástica mudança no sistema político brasileiro, de que advenham mecanismos reais de participação e controle popular, além de uma legislação de boa qualidade e um governo democrático de fato[25].

[24] Não se deve confundir o estado de exceção, - entendido como processo desconstituinte, de suspensão da aplicação das normas jurídicas (que continuam válidas, vigentes, mas não são aplicadas) para supostamente garantir a possibilidade de sua aplicação -, com os conceitos de Estado de Sítio e de Estado de Defesa, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, de forma restritiva para as hipóteses nela previstas e com observância dos procedimentos para sua instauração e cessação. Sobre o tema, leciona SERRANO (2016, pp. 52 - 53): "Vale mencionar que não se deve confundir "Estado de exceção" com estado de sítio, defesa ou quaisquer outras medidas jurídicas excepcionais autorizadas pelo ordenamento jurídico, tendo em vista tratar-se de algo em si fora do direito, em que este é suspenso, prevalecendo a decisão soberana (...)". E prossegue afirmando que "Há um tipo de exceção meramente aparente, estabelecida de forma autorizadas e regulada pelo direito, em que a suspensão de direitos se concretiza em uma forma de "direito especial", próprio a ser aplicado em situações de guerra ou grave conflito interno. Esta modalidade verifica-se no Estado de necessidade alemão, nos decretos de urgência e Estado de sítio italianos e franceses, nas leis marciais e poderes de emergência da doutrina anglo-saxônica e também no Estado de defesa e de sítios dos arts. 136 a 141 da Constituição Federal brasileira de 1988. E há o segundo tipo, que é a exceção verdadeira ou real, em que por vontade soberana, decisionista, suspende-se o direito, implicando a submissão do jurídico ao político, sem qualquer realidade transversal entre essas dimensões da vida social. Esta é a exceção da qual nos ocupamos no presente estudo.".

[25] Que não governe e não precise governar na base de medidas-provisórias, por exemplo. Sobre o tema, a lição de TELLES JUNIOR (2005) ainda é atual: "No Brasil de hoje o Poder Legislativo ainda não parece um Poder *emanado do povo.* Destituído de representatividade, o Congresso Nacional, em seu conjunto, tem sido um Poder resignado à subserviência ao Presidente da República, vítima e cúmplice da usurpação de seu indeclinável Poder de Legislar. Acolhendo, sem mostras e vergonha, "*medidas provisórias*" flagrantemente inconstitucionais, não tem desempenhado sua missão de *Poder que atalha os abusos do Poder*. Palco frequente de escândalos, assembléia humilhada pelo descrédito popular, o

Este é o desafio para os juristas do século XXI.

2. Principais Causas da Crise Sistêmica Jurídica no Brasil

A inefetividade do sistema jurídico para atingir as finalidades a que se presta, notada pela disfunção na aplicação e produção das normas jurídicas, advém de diversos fatores[26], sendo necessário apontar alguns deles, de forma a tornar possível a reflexão proposta neste artigo.

Inicialmente, é necessário frisar que a sociedade atual, que vem sendo definida como pós-industrial, de controle, de performance, de consumo e de riscos, não é a mesma na qual foi gestado e concebido o modelo de sistema jurídico que ainda vige. A sociedade de hoje, seja em nível mundial, seja no Brasil, ressalvadas peculiaridades locais, tem características genéricas marcantes, como:

- a hiperinformação por fontes diversas;
- revoluções tecnológicas sucessivas;
- multiplicidade dos modos de ser;

Congresso Nacional, sem fidelidade partidária, vem exibindo sua forma de Democracia do *faz-de-conta*.".

[26] Há fatores internos do sistema jurídico e fatores externos, dos sistemas com os quais interage. Sobre a interação entre o sistema jurídico e outros, o professor GUERRA FILHO (1997, pp. 70 - 71), leciona que: "O Direito, em uma sociedade com alta diferenciação funcional de seus sistemas internos, se mantém autônomo frente aos demais sistemas, como aqueles da moral, da economia, da política, da ciência, na medida em que continua operando com seu próprio código, e não por critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas. Ao mesmo tempo, sem que seus componentes percam seu conteúdo especificamente jurídico, para adotar outros, de natureza moral, política, econômica etc., o sistema jurídico há de realizar o seu acoplamento estrutural com outros sistemas sociais, para o que desenvolve cada vez mais procedimentos de reprodução jurídica, procedimentos legislativos, administrativos, judiciais, contratuais. Tais procedimentos são instituídos para (auto)regulação e (auto)controle na fundamentação de algum dos possíveis conteúdos das normas jurídicas, que seja adequado a exigências sociais da racionalidade, participação democrática, pluralismo de valores, eficiência econômica etc. Os procedimentos jurídicos é que haverão de ser estruturados atendendo já a essas exigências, pois não é mais possível, nas sociedades hipercomplexas de hoje em dia, que o Direito se limite a consagrá-las formalmente, nem se pode pretender que ele as realize plenamente. É nesse contexto que a Constituição se revela como grande responsável pelo acoplamento estrutural entre os (sub)sistemas jurídico e político (…)".

- inflação populacional;

- êxodo rural e a urbanização crescente, com a formação de conurbações e megalópolis com problemas novos;

- maior concentração de renda e desigualdades sociais;

- revolução constante nos meios de comunicação e interação social com tecnologias, sistemas e aplicativos diversos;

- direcionamento comportamental das pessoas a partir de estudos psicológicos e tecnologias para obtenção de dados em especial na internet e redes sociais, mineração e análise;

- novos riscos decorrentes da robótica, inteligência artificial e mecanismos de coleta de dados das pessoas.

Esta nova sociedade exige efetividade jurídica, que os Poderes Públicos sejam eficazes e idôneos em sua atuação para a promoção de direitos fundamentais, exige um sistema jurídico ágil, mas justo, que permita conhecer exatamente os deveres, os direitos, os mecanismos institucionais para sua implementação. Exige um sistema jurídico que, ao mesmo tempo, permita o acesso à justiça, o desenvolvimento sustentável e a evolução da sociedade, sem gerar insegurança jurídica[27].

[27] Sobre esta nova sociedade, ensina HAN (2017, pp. 23 - 26) que: "A sociedade disciplinar de Foucault, feita de hospitais, asilos, presídios, quartéis e fábricas, não é mais a sociedade de hoje. Em seu lugar, há muito tempo, entrou uma outra sociedade, a saber, uma sociedade de academias de *fitness*, prédios de escritórios, bancos, aeroportos, shopping centers e laboratórios de genética. A sociedade do século XXI não é mais a sociedade disciplinar, mas uma sociedade de desempenho. Também seus habitantes não se chamam mais "sujeitos de obediência", mas sujeitos de desempenho e produção. São empresários de si mesmos. Neste sentido, aqueles muros das instituições disciplinares, que delimitam os espaços entre o normal e o anormal, se tornaram arcaicos. (...) A sociedade disciplinar é uma sociedade de negatividade. É determinada pela negatividade da proibição. (...) A sociedade de desempenho vai se desvinculando cada vez mais da negatividade. Justamente a desregulamentação crescente vai abolindo-a. O *poder* ilimitado é o verbo modal positivo da sociedade de desempenho. O plural coletivo da afirmação *Yes, we can* expressa precisamente o caráter de positividade da sociedade do desempenho. No lugar de proibição, mandamento ou lei, entram projeto, iniciativa e motivação. A sociedade disciplinar ainda está dominada pelo *não*. Sua negatividade gera loucos e delinquentes. A sociedade do desempenho, ao contrário, produz depressivos e fracassados. (...) O sujeito de desempenho é mais rápido e mais produtivo que o sujeito de obediência. O poder, porém, não cancela o dever. O sujeito de desempenho continua disciplinado. Ele tem atrás de si o estágio disciplinar.".

É bem verdade que as desejadas efetividade e agilidade do sistema aparentemente contrastam com a imperiosa necessidade de manter-se a segurança jurídica. Diante da óbvia impossibilidade de regular-se o universo das relações jurídicas é necessário que se busque uma solução sistemática que promova ao mesmo tempo a manutenção e organização do ordenamento jurídico de forma hábil a regular tais relações e respostas efetivas, muitas vezes provenientes de interações entre os Poderes da República, num saudável exercício do Princípio de Freios e Contrapesos.

Nesse sentido, seria interessante trazer à discussão, junto da análise da crise Sistêmica do Ordenamento Jurídico, a existência de institutos no regime da Constituição da República Federativa do Brasil que visavam suprir eventuais lacunas legais ao mesmo tempo em que resguardariam a segurança jurídica e a integridade do Sistema. Institutos como o Mandado de Injunção, previsto no Artigo 5º, LXXI, e sobre o qual se falará mais à frente[28].

Assim, sem o propósito de exaurir o tema, serão expostas algumas das principais causas oriundas do próprio sistema jurídico, como atualmente concebido no Brasil, que geram a crise sistêmica, com o risco de colapso do sistema, pela sua insuficiência e inidoneidade para reger e transformar a realidade.

O regime neoliberal em termos econômicos e a pregação do Estado Mínimo (na prática é mínimo em matéria de efetivação de direitos sociais), vem aumentando nas últimas décadas a desigualdade social e a concentração de renda, fazendo com que os Estados tenham que conter a violência que aumenta conforme a desigualdade se expande. Para isso e em razão disso, diminuem-se as liberdades e adotam-se medidas de exceção como técnicas permanentes de governar.

Tendo em vista a ubiquidade de jurisdição ou inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpida do artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, a atuação estatal, especialmente repressiva, será objeto de controle pela jurisdição. Ocorre que nosso modelo jurídico de matriz kelseniana permite que o juiz julgue de forma discricionária e até *contra legem.*[29]

[28] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

[29] Na explicação de SERRANO (2016, p. 206) "Ao observar a relação entre os elementos próprios do direito, que o compõem com exclusividade, Kelsen o define como um sistema

Assim, tem-se o palco exato para que a jurisdição, quando não exercida de forma escorreita e imparcial, ao invés de garantir direitos, possa servir como fonte de exceção, ou instrumento para ratificar a exceção adotada pela atuação dos demais Poderes (Executivo e Legislativo).[30]

Além do modelo teórico predominante no Brasil, de matriz kelseniana, ensejar o subjetivismo, a discricionariedade e a decisão contra a lei, especialmente no que tange à resolução de casos "difíceis", por outro lado também não há sólida teoria ou teorias sobre a decisão judicial, o que já causa a crise no sistema. Há ainda diversas outras causas, estruturais do sistema.

Assim, podem ser sintetizadas as seguintes causas da falência do modelo no Brasil, apontadas a seguir de forma exemplificativa, sem a pretensão de exaurir o tema:

1 - O Supremo Tribunal Federal concentra o ápice da hierarquia como último grau da jurisdição e também a função de Tribunal Constitucional, não havendo mecanismos eficazes de controle jurídico do conteúdo de suas decisões, nem critérios bem definidos e isonomicamente exequíveis para a revisão dos entendimentos fixados em seus precedentes, notadamente aqueles em que há vinculação;

2 - Inexistência de mecanismos efetivos de controle da discricionariedade e subjetivismo na prestação da tutela jurisdicional, bem como

dinâmico, ou seja, um sistema que se funda no poder e não no conteúdo; o direito não é justo ou injusto, mas uma norma jurídica é válida ou inválida emanada por uma autoridade competente, com poder para editá-la e em conformidade com uma norma imediatamente superior.".

[30] Novamente conforme explicação de SERRANO (2016, pp. 219 - 220): "Kelsen acredita, inclusive, que o juiz pode decidir contra a lei, contra a ordem jurídica, por isso é um erro afirmar que o autor defende que o juiz seja um mero reprodutor do que diz a lei. Segundo ele, haveria em toda Constituição uma norma implícita que daria ao juiz a competência para decidir como quisesse, conforme veremos adiante. Portanto, para Kelsen, toda norma é plurissignificativa e o juiz pode livremente escolher em que sentido irá aplicá-la ao caso concreto em exame, podendo, inclusive, decidir contra a lei. Nesse aspecto da doutrina kelseniana reside nossa maior crítica, pelo fato de permitir que, do órgão jurisdicional, sejam produzidas decisões caracterizadas como de exceção e aptas a suspender os direitos da sociedade, como, aliás, exemplificaremos em diversos casos recentes na América Latina no próximo capítulo.".

para o controle de qualidade do conteúdo das decisões judiciais, inexistência de teorias adequadas de decisão judicial para balizar e auxiliar os juízes na tarefa de prestar a tutela jurisdicional;

3 - Inexistência de controles políticos efetivos, além do direito ao voto e pressão social por manifestações públicas - crise de participação social na política e na administração pública, desaguando no Poder Judiciário o anseio reprimido de participação popular nos negócios do Estado;

4 - Cultura brasileira de litigiosidade, multiplicando processos no Poder Judiciário;

5 - Insegurança jurídica pelos posicionamentos distintos de julgadores, dentro de um mesmo Tribunal, por exemplo, decisões em sentido contrário proferidas por ministros, turmas, câmaras etc., ou entre os diversos Tribunais (notando-se que nosso sistema brasileiro permite que, internamente, a mesma causa seja julgada por 4 (quatro) Tribunais diferentes), nos diversos graus de jurisdição), resultando maior apego ao formalismo para evitar eventuais nulidades, inexistindo estímulo real à instrumentalidade das formas e à eficácia do processo como meio para a garantia de direitos;

6 - Inadequação nos mecanismos de indicação de ministros da Suprema Corte e demais Cortes Superiores, alçados muitas vezes sem legitimidade interna na magistratura, sendo indicados e sabatinados por aqueles a quem, em tese, deverão julgar por crimes e outras condutas e cujos interesses lhes serão submetidos a julgamento;

7- Reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgamentos, do poder de Conselho administrativos de controle externo de atividade judicial (CNJ) para legislar em relação a méritos (por exemplo, prazos e forma de realização de audiências de custódias, chegando o CNJ a prazos para início da contagem de prescrição em procedimentos administrativos disciplinares de magistrados), o que esvazia ainda mais o papel do Poder Legislativo;

8 - Escolha política dos chefes dos Ministérios Públicos, por Governadores ou Presidente da República, ou seja, por autoridades que devem fiscalizar e eventualmente processar;

9 - Falta de autonomia orçamentária de fato do Ministério Público e Poder Judiciário, gerando "clientelismo" institucional e pessoal, com reflexos indesejáveis em atividades-fins;

10 - Conivência do Poder Legislativo com a não implementação de direitos fundamentais pelo Poder Executivo, sobrecarregando o Poder Judiciário como único canal para a realização deste controle;

11 - Legislação de má qualidade, com incessante produção de normas, grande parte voltadas ao atendimento de interesses comezinhos, sem preocupação com a coerência, integridade e legitimidade do sistema jurídico, resultando em enorme quantidade de normas sem eficácia social, denominadas "leis que não pegam", mas que a qualquer momento podem servir para punir a pessoa que por azar for eleita para ação estatal, por descumprimento. Há uma demasia não somente de leis, mas também de emendas constitucionais no Brasil.

Além disso, deve ser discutida seriamente a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, inclusive a necessidade de existir um Superior Tribunal de Justiça, funcionando de fato como mais uma instância recursal (terceira), com um custo econômico enorme, sem alcançar a uniformização da aplicação das normas infraconstitucionais nos diversos rincões de Brasil, não trazendo segurança jurídica nem mesmo interna naquela Corte, diante das divergências entre suas Turmas; bem como deve ser discutido o papel que se deseja de um Supremo Tribunal Federal no Brasil, atualmente, muitas vezes, servindo como quarta instância recursal apenas.

Sem a pretensão de exaurir as causas da crise sistêmica jurídica, estas foram algumas das que se mostram pertinentes.

3. Algumas Consequências da Crise Sistêmica Jurídica no Brasil: Disfunção do Sistema a partir da Análise de Algumas Decisões Judiciais

Diversas são as consequências da crise sistêmica jurídica no Brasil, especialmente a insegurança jurídica, em relação a decisões anteriores do Poder Judiciário em seus precedentes, bem como em relação às disposições normativas oriundas dos Poderes Executivo e Legislativo, e ainda em relação à diferença de entendimento de um mesmo caso nos quatro graus de jurisdição, tendo em vista que a discricionariedade, no atual modelo, pode se converter em arbitrariedade de cada Ministro na aplicação das normas

jurídicas, por exemplo, no caso do Supremo Tribunal Federal, sem se importar com as decisões pretéritas ou os entendimentos formados em Colegiado[31].

No entanto, antes de nos debruçarmos sobre as consequências, entendemos pertinente discutir, mesmo superficiamente, o que poderia ser considerado como um dos movimentos de gênese da produção normativa suplementar por parte do Pretório Excelso, que têm, como estamos vendo, contribuído para a atual crise sistêmica do ordenamento Jurídico: A mudança de interpretação quanto aos efeitos do Mandado de Injunção.

Até o julgamento do Mandado de Injunção 670/ES o entendimento da Suprema Corte era no sentido de que a concessão do *writ of injunction* tinha como efeito a declaração da omissão legislativa, servindo para informar ao poder legisltivo que a ausência de norma seria impeditivo para o exercício de direitos consitucionalmente garantidos (teoria não concretista). A partir do julgamento do referido processo, que tratava sobre o direito de greve dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar o entendimento de que não somente a omissão legislativa seria informada ao Congresso Nacional, mas propôs estabelecer a legislação que seria aplicada para regulamentar o exercício de tal direito[32].

A partir da adoção de tal entendimento, foram cada vez mais numerosos e importantes os casos em que os jurisdicionados, entendendo haver omissões legislativas que lhes impediam o exercício de

[31] Em razão disso, multiplicam-se as críticas ao Supremo Tribunal Federal e deslegitima-se a Corte, enfraquecendo-a e trazendo o exemplo de que suas decisões podem ser descumpridas por todos os demais magistrados, já que nem mesmo os ministros da própria Corte as respeitam. Sobre o tema (GRILO, 2018), sustenta que "O Brasil se transformou em uma espécie de túmulo das tradições em matéria de Direito: nenhum posicionamento se sustenta por muito tempo, qualquer miserável vento que sopra tem o poder de levar a jurisprudência para um lado e para outro, configurando uma lamentável leviandade jurisprudencial que nos confere lugar de prestígio garantido no ranking da vanguarda do atraso judiciário.".

[32] Supremo Tribunal Federal. MI 670/ES, Relator Min. Maurício Corrêa, com decisão publicada no Diário da Justiça de 25 de outubro de 2007

direitos constitucionalmente previstos, passaram a buscar a tutela junto à Suprema Corte, que cada vez mais frequentemente passou a suprir as reconhecidas lacunas legais por meio de provimentos que, para além de declarar a mora legislativas, já forneciam normas que seriam aplicáveis, fazendo sanar tais omissões, de uma forma reflexa, e com eventual deslocamento do equilíbrio dos poderes da República,

Neste cenário, aumenta o risco de se instaurar ou manter democraticamente, por meio do próprio Supremo Tribunal Federal, ou com sua chancela, um estado de exceção permanente. Os ecos desta crise se verificam, por exemplo, em descumprimento de decisões isoladas de Ministros daquela Egrégia Corte[33], em pedidos de volta do regime militar, no risco de fascização, na multiplicação de decretos de garantia da lei e da ordem.

A atuação do Poder Judiciário como fonte ou órgão de chancela da suspensão e diminuição de direitos fundamentais, pode ser exemplificada, quando o Supremo Tribunal Federal inclui a homofobia como crime previsto na Lei n. 7716/1989[34], que prevê os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, entre os quais não incluiu o legislador a orientação sexual da pessoa em nenhum daqueles tipos penais, por maior relevância que o tema possua.

A inclusão, por decisão judicial, passível de alteração de entendimento a qualquer momento, da homofobia, no espectro de aplicação da Lei n. 7716/1989, para o fim de responsabilização penal, viola o direito de todas as pessoas de não serem punidas por condutas que não estejam previstas como infrações penais em leis anteriores à sua prática.

---

[33] Por exemplo, o descumprimento de decisão do Ministro Marco Aurélio de Mello, acerca do afastamento de Renan Calheiros da Presidência do Senado Federal no ano de 2016. Sobre o tema, conferir notícia disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/12/marco-aurelio-pede-ao-mpf-investigacao-por-descumprimento-de-ordem-judicial.html. Acesso em 01/Jun./2019.

[34] O julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal já alcançou maioria de votos no sentido da inclusão da homofobia nesta Lei Especial, no MI 4733 / DF - Mandado de Injunção, Relator Min. Edson Fachin.

Ainda que essa decisão possa ser moralmente defensável[35] do ponto de vista de proteção contra a discriminação de pessoas por sua orientação sexual, entendemos que não o é do ponto de vista jurídico e de proteção de todas as pessoas contra a punição por condutas que não estejam previstas como infrações penais em lei anterior que as defina como tais, conforme dispõe o artigo 5o, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil[36].

Outro exemplo é o da análise de *Habeas Corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, em que a despeito de a decisão do Plenário daquela Corte ser, por maioria, no sentido de que após a condenação em primeiro grau não seria admissível o julgamento de *Habeas Corpus*, por perda de objeto, há divergência entre a Primeira e a Segunda Turma e entre os Ministros da Corte, motivo pelo qual fica sacrificada a segurança jurídica, pois o resultado da impetração será dado pela sorte ou azar, quando da distribuição[37]. Este é um dentre os diversos exemplos de violação da segurança jurídica pelo próprio Poder Judiciário.

A ausência de vinculação de Turmas e Ministros aos entendimentos formados pelo plenário da Corte, aumenta o grau de insegurança jurídica e viola a isonomia dos jurisdicionados, em relação a todos os temas, permi-

[35] Algo moralmente defensável de um ponto de vista, nem sempre é suficiente para estabelecer consequências jurídicas, ainda mais quando o viés subjetivo do julgador agindo de forma discricionária afeta direitos fundamentais, mesmo que sob a justificativa de buscar protege-los. Na decisão em análise, para ampliar a proteção contra a homofobia. foram vulnerados direitos fundamentais como o da garantia de não incriminação sem lei anterior que defina a conduta que corresponde a crime ou contravenção, e o direito à segurança jurídica de toda a sociedade brasileira. Acerca da legitimação moral-discursiva ser utilizada como técnica para a eleição do inimigo e a suspensão de direitos, explica SERRANO (2016, p. 31), que dá-se "a suspensão de direitos decorrente da declaração da figura do inimigo público por consensos sociais, revelando uma exceção estabelecida a partir da legitimação moral-discursiva.".

[36] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[37] SOUZA, André de. *Divergência entre turmas do STF na hora de conceder habeas corpus deve continuar:*
Ministros avaliam que decisão do plenário quanto a condenados em primeira instância não vai unificar entendimento. 12 abr. 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/divergencia-entre-turmas-do-stf-na-hora-de-conceder-habeas-corpus-deve-continuar-22582479. Acesso em 30/Mai./2019.

tindo que, a depender de quem seja a parte no feito ou o interesse em jogo, o resultado venha a ser diferente, o que indica a possibilidade de o Guardião da Constituição atuar como fonte de exceção.

É possível criticar que de forma reiterada tem sido chanceladas algumas diminuições de direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao admitir a taxação de inativos por meio de contribuição previdenciária sobre a aposentadoria de quem não vai mais se aposentar e pensões[38], ao aceitar o aumento da alíquota de contribuição previdenciária da forma arbitrária como vem sendo realizada[39], ao admitir a diminuição da proteção ambiental com a edição de um novo Código Florestal contestado pelo meio científico, mas ainda assim julgado constitucional em sua maior parte apesar do retrocesso na proteção ao direito[40]. Critica-se estas decisões, pois entendemos que deve ser prestigiado o direito e evitado o retrocesso na sua proteção, sem uma absoluta necessidade efetivamente comprovada, caso em que a diminuição deve ser proporcional e perdurar somente enquanto a necessidade ainda estiver presente.

Outro exemplo de decisão em que a discricionariedade e o subjetivismo na prestação da tutela jurisdicional geram insegurança jurídica ou mesmo um estado de exceção, ainda que por privilégios a políticos e detentores de poder econômico, é a decisão do Juízo das Execuções Criminais do Distrito Federal de autorizar que pessoa condenada na Ação Penal (AP) 935 à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão por desvio de finalidade na aplicação de financiamento obtido em instituição financeira oficial (artigo 20 da Lei 7.492/1986) e que gozava o cumprimento da pena em "prisão domiciliar", pudesse gozar também de férias (da prisão"!?) no Caribe. Esta decisão foi revogada em 26 de junho de 2019 pelo Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal 935 Amazonas, após o tema causar intenso apelo na mídia[41].

---

[38] Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.105-8/DF e ADI nº 3.128-7/DF, Relator Min. Cezar Peluso, com acórdãos publicados no Diário da Justiça de 18 de fevereiro de 2005.

[39] Supremo Tribunal Federal. ADI 2034/ DF - Relator Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 20/06/2018. DJe 24 de setembro de 2018.

[40] Supremo Tribunal Federal.*Concluído julgamento de ações sobre novo Código Florestal.* 28 fev. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370937. Acesso em 01/Jun./2019.

[41] Decisão disponível em http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=415122. Acesso em 27/Jun./2019.

4. Democracia e Decisão Judicial no Brasil: Discricionariedade, Controle e Legitimidade Democrática.

Pelos exemplos acima expostos, nota-se que há uma deficiência no sistema jurídico brasileiro, em razão também da predominância do modelo teórico positivista com matriz kelseniana, ainda que na versão de positivismo jurídico includente das Constituições rígidas do pós Segunda Guerra Mundial, com a ausência de controle da discricionariedade judicial, para que ela não se converta em arbitrariedade geradora de exceção, ou fonte de ratificação de autoritarismo de atores do Poder Executivo, de seletividade autoritária da máquina administrativa, ou de legislações discriminatórias que violam direitos fundamentais.

O Poder Judiciário não pode ser nem fonte de autoritarismo que gere a exceção suspendendo direitos fundamentais específicos ou de parcelas específicas da população, nem o canal de ratificação da técnica de governar pela exceção, em que a norma não é revogada, continua vigendo, mas não é aplicada, sendo suspensa, supostamente de forma temporária, para o fim de se garantir a sua aplicação, sob a justificativa do "inimigo", criando-se um espaço de indiferença e anomia, em que se suspendem os direitos fundamentais a quem se adequa ao critério de seleção do "inimigo".

O "inimigo", assim, não terá, nem a garantia, nem a aplicação dos direitos fundamentais, sendo, nesta perspectiva, discriminado, como já ocorre em relação a estrangeiros e refugiados em diversos países europeus[42].

Há, ainda, a necessidade de que o Poder Judiciário seja o escudo para a proteção de todos aqueles que estão em posição ainda pior do que a de um "inimigo público declarado", ou seja, das pessoas que estão em situação de vulnerabilidade, sem real acesso a direitos.

É o que acontece no Brasil, por exemplo, com a legião de miseráveis abaixo da linha da pobreza, que não recebem auxílio de qualquer espécie, nem estão integrados em programas governamentais, pois o Estado não chega até eles, vivendo à margem de direitos fundamentais, muitas vezes

[42] Na lição de SERRANO (2016, p. 192): "O Poder Judiciário completa todo o percurso do soberano de Carl Schmitt. Titular da decisão última que é, estabelece a exceção declarando o inimigo e subtraindo dele sua condição igualitária e politicamente protegida como ser humano."

sobrevivendo, com suas proles, em lixões, beiras de estradas, nas ruas, sofrendo exploração sexual e outras mazelas.

Estes não são os "inimigos" declarados do Estado. São em verdade flagelos do sistema político e econômico, pessoas que o Estado sequer "enxerga", não se interessa por elas, criando uma suspensão real de direitos fundamentais de milhões de pessoas que, na prática, muitas vezes têm menos direitos do que aqueles que foram privados de direitos em razão de condutas criminosas que praticaram.

Igualmente, o estado de exceção permanente também ocorre em diversas partes do território nacional, especialmente em comunidades em que o Estado não se faz presente, senão eventualmente para fins repressivos policiais, nas quais o estado de guerra não declarada, é efetivamente um estado de guerra real, muitas vezes com armamentos pesados e mortos de ambos os lados (Estado e poder paralelo), além de uma população civil oprimida pelo poder paralelo do Estado.

Pior, a opressão também vem do Estado, quando busca intervir apenas com a demonstração de força, sem uma política pública bem definida, sem planejamento com ações multidisciplinares integradas e de curto, médio e longo prazos, sem buscar garantir direitos, sendo os policiais e outros agentes públicos colocados em situações de confrontos para "resolverem" problemas que estão fora da órbita policial, mas que os legisladores e administradores, políticos e formadores de opinião pública se omitem covardemente em enfrentar. Terminada a ação ou intervenção policial, retoma-se naquelas áreas a "normalidade" em que a suspensão das normas de direitos fundamentais continua a ser a regra", enquanto a omissão e ausência do Estado garantidor de direitos enseja que as regras reais sejam as do poder paralelo que domina a região.

Diante da covarde omissão inconstitucional e violadora de direitos humanos, praticada pelos governantes e legisladores, cabe ao Ministério Público e ao Poder Judiciário darem a resposta constitucionalmente adequada à garantia dos direitos fundamentais.

Como a resposta jurisdicional deve ser constitucionalmente adequada, a mera discricionariedade, incontrolável, não serve à democracia, pois deve haver idônea fundamentação das decisões judiciais que demonstre racionalmente a adequação constitucional da decisão e o raciocínio jurídico utilizado, notando-se que a decisão judicial produz norma, ao menos de caráter individual, quando não tem efeitos vinculantes para todos, afetando, positivamente ou negativamente, direitos fundamentais.

Enquanto não evolui uma teoria da decisão judicial e mecanismos de controle de discricionariedade efetivos, este parece ser o caminho para mitigar a jurisdição como fonte ou chancela de exceção, em que, na lição de SERRANO (2016, p. 55):

> "Esse tipo de exceção se caracteriza ainda pela simplificação da decisão a si mesma, sem qualquer mediação real pelo direito, por uma provisoriedade inerente, já que não se trata de extinguir o direito, mas de suspendê-lo em situações específicas, e por seu fim eminentemente político-soberano, em que o poder se apresenta de forma bruta. Nesse último aspecto, a decisão judicial de real exceção não produz "jurisprudência" para situações semelhantes juridicamente, mas diferentes politicamente. Mudando-se os atores envolvidos ou o fim político, muda-se a decisão, retornando-se ao direito ou produzindo nova exceção."

Da fundamentação racional das decisões que demonstrem ser a resposta constitucionalmente adequada, com a possibilidade de crítica e debate, dentro do processo de acordo com as normas processuais, bem como fora do processo no âmbito social e da dogmática, mas com base justamente na motivação ali expressa, é que se funda a legitimidade democrática da tutela jurisdicional, inclusive nos casos difíceis. É uma legitimidade não apenas formal, processual, mas sobretudo material, advinda da possibilidade de participação real dos interessados na atividade do Estado-Juiz.

Sobre o papel do Juiz de Direito como criador do Direito e da necessidade de fundamentação e limites desta criação, que não pode se converter em arbítrio, leciona CAPPELLETTI (1993, pp. 24-26) que:

> *"*Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *"law-making*". *(...)* Mas a verdadeira discussão se inicia apenas neste ponto. Ela verte não sobre a alternativa criatividade-não criatividade, mas (como já disse) sobre o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial. Ora, é evidente que a decisão baseada na "equidade", por exemplo, tem espaço mais amplo de escolha do que a baseada

> e vinculada a precisos precedentes judiciários ou detalhadas prescrições legislativas. O grau de criatividade é, portanto, mais elevado na primeira. Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete - que não podem, assim, anular de todo a que denominarei a sua imprescindível necessidade de ser livre e, portanto, a sua criatividade e responsabilidade -, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na "equidade" ou em análogos e vagos critérios de valoração. Igualmente é verdadeiro que, na vida dos homens, toda situação de fato é nova e única, e, conseqüentemente, sempre existe a possibilidade de "distinguir" em relação aos precedentes, ou de "argumentar a contrario", mais do que "por analogia" (ou vice-versa) em face do direito legislativo, razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoca e mecanicamente predeterminado. Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law, q*uanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm freqüentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo. Por isso, deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente "direito livre", no sentido de arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta.*"*

Conclusão

Do Estado-Juiz, no desempenho de sua missão de julgar as causas que lhe são submetidas, espera-se que, ao mesmo tempo, aplique o Direito e promova a Justiça. A mera aplicação mecânica de textos legais e precedentes jurisprudenciais a casos concretos, - que já não é possível em razão da necessidade de se interpretar a fonte jurídica para a criação da norma diante do fato -, é insuficiente para que a tutela jurisdicional cumpra o seu papel, diante da necessidade de, mais do que dizer o Direito, aplicá-lo com Justiça.

O elemento ético, assim, é componente da atividade jurisdicional. Na explicação de AGAMBEM (2007, p. 9) acerca da luta pela ética e sua relação com a potência humana e o cumprimento das normas, tem-se que:

> "a luta pela ética não é, como se costuma afirmar, a luta pelo cumprimento da norma existente, nem pela realização desta ou daquela essência humana, deste ou daquele destino, desta ou daquela vocação histórica ou espiritual. Embora não se trate de negar que o ser humano tenha uma tarefa a realizar, a luta pela ética é a luta pela liberdade, ou seja, luta para que possamos experimentar nossa "própria existência como possibilidade ou potência", "potência de ser e de não ser".

Mas não é qualquer ética ou qualquer justiça que vai satisfazer a necessidade de se julgar dizendo o Direito, mas realizando a Justiça, incorporando na decisão o elemento ético. É a ética da aplicação justa dos princípios e direitos fundamentais encarnados, no caso brasileiro, na Constituição da República Federativa do Brasil, que possui força normativa e alta densidade axiológica e na legislação que garante os direitos fundamentais.

Assim, a discricionariedade judicial não deveria ser palco para a aplicação incontrolável da "ética" e da "justiça" pautada no subjetivismo de uma pessoa incumbida de julgar, com ampla margem para criar o Direito de acordo com seus preconceitos, ideologias e voluntarismo.

Ao contrário, o que se conclui é que a missão da atividade jurisdicional se cumpre ao dizer o Direito diante do caso, criando a norma jurídica individual, mediante procedimento que permita a real participação dos interessados e com a exposição racional da fundamentação jurídica que demonstra que aquela solução é adequada aos princípios, direitos e garantias fundamentais constitucionais, assim incorporando o elemento ético constitucional e demonstrando a promoção da Justiça de acordo com a Constituição.

A crise sistêmica jurídica, ou seja, do sistema jurídico, verifica-se pelo modelo teórico predominante positivista, em sua forma includente ou pós-positivista, como se prefira denominá-lo, - modelo este de como o Ordenamento Jurídico deve funcionar e ser aplicado no Brasil e em diversos outros Estados Democráticos de Direito -, não conseguir cumprir idoneamente as finalidades essenciais a que se destina, sobretudo garantindo e promovendo direitos humanos.

Nestes tipos de modelos teóricos de Ordenamentos Jurídicos, a organização das normas se dá pela coerência e sua compatibilidade, dá-se numa lógica hierárquica em que há o controle de validade formal, ou seja, deve ser observado o poder ou competência e o procedimento adequado para a produção normativa, bem como o controle de validade material, no que concerne ao conteúdo do que pode ser legislado ou decidido em qualquer

esfera de poder, especialmente em matéria que afeta direitos fundamentais, encontrando-se a Constituição e as Normas Internacionais Sobre Direitos Humanos no ápice normativo, de forma vinculativa.

No Brasil, por exemplo, verificou-se que a crise do sistema jurídico tem raízes em diversos outros pontos, além do modelo teórico de positivismo jurídico adotado, ainda que sob a forma revigorada pos-positivista ou de positivismo jurídico includente. Para o aperfeiçoamento do sistema jurídico, é necessário que se crie um modelo em que seja possível resolver ou mitigar satisfatoriamente os problemas de inefetividade atuais, mas também controlar a discricionariedade das decisões administrativas e judiciais, de forma a evitar arbitrariedades e o autoritarismo, a insegurança jurídica, o esvaziamento prático da Constituição, enfim, garantir a efetivação de direitos fundamentais e, em última instância, impedir o estado de exceção permanente.

Assim, conclui-se que o reconhecimento desta crise e a busca de soluções para o aperfeiçoamento do modelo teórico e das demais causas de ineficiência e do risco de colapso e degeneração do sistema jurídico é uma necessidade premente em tempos de transformação do Direito na regência de sociedades cada vez mais complexas.

Urge, portanto, encontrar soluções que permitam o controle da discricionariedade da jurisdição, para que não se degenere em arbitrariedade, subjetivismos, fonte de insegurança jurídica ou mesmo da exceção, como suspensão fática de direitos fundamentais para pessoas ou parcelas da população selecionadas.

GLINA, N., Systemic legal crisis in 21st century society: the end of an era. *Justitia*, São Paulo, v. Especial, p. 209/240, Set 2019.

- **ABSTRACT:** This article aims at pointing out and addressing the crisis of the legal system in force in Brazil, in its theoretical conception and practical verification, focusing on the role of judicial discretion, listing the main causes of the systemic crisis that has arisen and its current consequences, from the the Brazilian paradigm, focusing mainly on the issue of judicial normative production, the absence of a theory and models of control of judicial decisions and the effects of discretion in what concerns the subject of the exception, thus considered, the factual suspension, by a technique of power, of the fundamental rights of those elected as “enemies” within each State.

• **KEYWORDS**: systemic crisis; legal order; democracy; judicial discretion.

Referências

AFONSO DA SILVA, José. O Estado Democrático de Direito. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional / vol.2, p. 971 – 982, Maio/2011, DRT/2011;1486.

AGAMBEM, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. Profanações. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

AVENDAÑO, Tom. C. Violência no Brasil alcança novo recorde e expõe desigualdade na segurança. País registrou 63.880 homicídios em 2017, sete por hora, e 60.018 estupros, 8,4% acima da cifra do ano anterior. Jornal El país. São Paulo, 10 ago. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/09/politica/1533834219_933937.html. Acesso em 12/Mai./2019.

BARIFOUSE, Rafael. STF já tem maioria para criminalizar homofobia; entenda o julgamento. 23 mai. 2019. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924. Acesso em 30/Mai./2019.

BENJAMIN, Walter. Para a crítica da violência. In Escritos sobre mito e linguagem. Tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2ª ed. 2013.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução de Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01/Jun./2019.

BRASIL ECONÔMICO. No Brasil, desigualdade para de cair após 15 anos e número de pobres cresce 11%. Economia IG. 26 nov. 2018. Disponível em: https://economia.ig.com.br/2018-11-26/desigualdade-social-no-brasil.html. Acesso em 12/Mai./2019.

BRASIL. O GLOBO. Marco Aurélio pede ao MPF investigação por descumprimento de ordem judicial: Ministro do STF defende afastamento de Renan Calheiros. 07 dez. 2016. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/12/marco-aurelio-pede-ao-mpf-investigacao-por-descumprimento-de-ordem-judicial.html. Acesso em 01/Jun./2019.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. ADI 2034/ DF - DISTRITO FEDERAL Relator Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 20/06/2018. DJe 24 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.105-8/DF e ADI nº 3.128-7/DF, Relator Min. Cezar Peluso, Diário da Justiça de 18 de fevereiro de 2005.
BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 4733 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE INJUNÇÃO. Relator(a): Min. EDSON FACHIN. Disponível em http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%284733%2ENUME%2E+OU+4733%2EDMS%2E%29%29+-NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y873djqf. Acesso em 30/Mai./2019.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Concluído julgamento de ações sobre novo Código Florestal. 28 fev. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370937. Acesso em 01/Jun./2019.
CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre/RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
CARTA CAPITAL. Quase metade da população mundial vive abaixo da linha da pobreza. Política. 18 out. 2018. Disponível em https://www.cartacapital.com.br/politica/quase-metade-da-populacao-mundial-vive-abaixo-da-linha-da-pobreza/. Acesso em 12/Mai./2019.
CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
DINIZ, Advocacia Scoty. A atual Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação de Poderes. Disponível em https://juridicocerto.com/p/advocacia-diniz5/artigos/a-atual-interpretacao-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-efeitos-do-mandado-de-injuncao-e-o-principio-da-separacao-de-poderes-3552. Acesso em 23/Jun/2019.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Artigo publicado no livro Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. Organizadores Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodriguez. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.
GRILO, Ludmila Lins. O Brasil e a leviandade jurisprudencial: o desprezo aos precedentes e à segurança jurídica. Disponível em: http://sensoincomum.org/2018/12/22/brasil-leviandade-jurisprudencial-precedentes/. Acesso em 01/Jun./2019.
HAN, Byung-Chul. Sociedade do cansaço. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2a ed. ampliada - Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.
HARARI, Yuval Noah. Sapiens - Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantonio - 19a ed - Porto Alegre: L&PM, 2017.

HOUAISS, Antônio. Grande Dicionário Houaiss. Disponível em https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#3. Acesso em 12/Mai.2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 1997.

IBOPE. Confiança do brasileiro nas instituições é a mais baixa desde 2009. Disponível em http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/confianca-do-brasileiro-nas-instituicoes-e-a-mais-baixa-desde-2009/. Acesso em 12/Mai./2019.

INFORME 2018 LATINOBARÔMETRO. Disponível em www.latinobarômetro.org/. Acesso em 12/Mai./2019

LINDGREN ALVES, José Augusto Lindgren. É preciso salvar os direitos humanos!. Lua Nova, São Paulo , n. 86, p. 51-88, 2012 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452012000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23/Mai./2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos do Direito. Tradução de Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades. Acesso em 12/Mai./2019.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto.Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 1ª. ed. 2016. E-book (355 p.).

SOUZA, André de. Divergência entre turmas do STF na hora de conceder habeas corpus deve continuar:Ministros avaliam que decisão do plenário quanto a condenados em primeira instância não vai unificar entendimento. 12 abr. 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/divergencia-entre-turmas-do-stf-na-hora-de-conceder-habeas-corpus-deve-continuar-22582479. Acesso em 30/Mai./2019.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? 4a ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

TELLER JUNIOR, Gofredo da Silva. (2005). A democracia participativa. São Paulo: Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 100, 171-188. Disponível em: e http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67669. Acesso em 27/Mai./2019.

WALUCHOW, Wilfrid J. Positivismo jurídico incluyente. Madri/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

Tutela Constitucional do Consumidor no Brasil: "o Estado Promoverá, na Forma da Lei, a Defesa do Consumidor"[1]

José Geraldo Brito FILOMENO[2]

• **RESUMO**: O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, além de ser uma lei mais principiológica do que de um conjunto de normas comportamentais, tem sua gênese na Constituição Federal de 1988. Pareceu aos seus autores que essa providência seria essencial, na medida em que acabou sendo inserido exatamente no seu artigo 5º que, como se sabe, tratada de direitos e garantias fundamentais das pessoas, dentre as cláusulas pétreas ou imutáveis. Mas a carta constitucional de 1988 igualmente faz menções expressas aos direitos dos consumidores como personagens vitais para a ordem econômica, bem como no sentido de bem serem informados acerca de tributos que são embutidos nos produtos e serviços e preservação de seus interesses nos serviços públicos essenciais. Por fim, em norma programática e de eficácia já exaurida, a assim chamada "constituição cidadã" previra a própria elaboração do código em questão. Eis pois, o

[1] 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, e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

[2] Membro aposentado do Ministério Público Paulista, é atualmente advogado, consultor jurídico professor especialista por notório saber em Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito da USP (1991), membro da Academia Paulista de Direito e consultor da Comissão Permanente de Defesa do Consumidor da OAB-SP. É ainda professor em nível de pós-graduação nessa disciplina na Escola Paulista da Magistratura e no COGEAE – Coordenação Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-SP. Foi Procurador Geral de Justiça do Estado de S. Paulo (2000-2002) e o primeiro Promotor de Justiça do país a exercer as funções de Curadoria Especializada em Direito do Consumidor (1983), tendo instituído as Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor e o seu Centro de Apoio Operacional. Na qualidade de membro efetivo do extinto Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, foi vice-presidente e relator-geral da sua comissão especial de juristas que elaborou o anteprojeto do vigente Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11-9-1990).

objeto principal deste trabalho: demonstrar a luta pela instituição de uma lei e de um política nacional de defesa do consumidor, sua evolução e, principalmente, sua constitucionalização

- **PALAVRAS-CHAVES**: Constitucionalização – Direitos do Consumidor – Normas Fundamentais – Pilar da Ordem Econômica

- **SUMÁRIO**: **1.** Introdução. 1.1 busca pela sistematização; 1.2 tutela supra estatal. 2. Nossa Participação no Sistema Estadual de Defesa do Consumidor. 2.1 trabalhos iniciais no PROCON-SP; 2.2 conclusões da tese. 3. Constitucionalização da Tutela do Consumidor. 3.1 a gênese da tutela do consumidor na constituição de 1988; 3.2 propostas de constitucionalização da defesa do consumidor; 3.3 o código de defesa do consumidor. 4. Os Fundamentos da Tutela Constitucional do Consumidor. 4.1 na doutrina; 4.2 fruto precípuo do mandamento constitucional; 4.3 frutos secundários decorrente do mandamento constitucional. 5. Outros Dispositivos Introduzidos na Constituição sobre Direitos dos Consumidores. 5.1 art. 150, § 5º; 5.2 art. 170, inc. V; 5.3 art. 175, inc. II. 6. Manifestações Jurisprudenciais. Conclusões. Referências.

1. Introdução

A tutela institucional do consumidor em nosso país, a rigor, começou bem antes do advento da hoje trintenária Carta Constitucional de 1988. Ou seja, e mais precisamente, em 1976, quando foi instituído o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor pelo então governador paulista Paulo Egydio Martins. Ainda de forma embrionária e experimental, esse grupo de servidores públicos, requisitados de diversos órgãos da Administração Pública do Estado de São Paulo (e.g. engenheiras agrônoma e de alimentos, bioquímico, economistas, bacharéis em direito e professores da rede pública). Em face do sucesso obtido e confiança angariada junto à população em pouco tempo, o PROCON, como o mesmo grupo passou a ser designado desde então, foi formalmente instituído por lei estadual, como o braço executivo do chamado "sistema estadual de defesa do consumidor", ao lado do "conselho estadual de defesa do consumidor"[3].

[3] Cf. Lei Estadual (SP) nº 1.903, de 1978 e *idem* nº 9.192/1994.

Essa defesa, todavia, era feita de forma empírica e holística, já que não havia um instrumento legislativo próprio. Ou seja, uma lei precípua de defesa do consumidor, ao contrário do que já existia em países da América Latina (México e Venezuela) e da Europa, além de Estados norte-americanos. Recepcionada uma reclamação de um dado consumidor, o atendente do PROCON logo procurava uma solução conciliatória baseando-se na experiência prática e na legislação que mais se adequava à situação apresentada.

Além disso, pesquisas de mercado e preços eram feitas em campo, assim como visitas a escolas e distribuição de cartilhas com conselhos pró-consumo correto e econômico.

1.1 Busca pela Sistematização. A Sistematização de um Arcabouço Legislativo Próprio, portanto, passou a ser uma Ardorosa Aspiração de todos quantos se Interessassem por tão Instigante Tema.

Conforme debates hauridos no âmbito das entidades de defesa do consumidor reunidas em nível nacional, todavia, já a partir de 1984, buscava-se um caminho que, inexoravelmente, passava pela "constitucionalização da tutela do consumidor".

Ou seja, entendeu-se, de forma uníssona, que não bastaria simplesmente uma lei específica de defesa ou proteção do consumidor, mas antes a constitucionalização dessa matéria. Isto é: já que se preparava uma nova constituição, em 1987, com diversos pleitos formulados pela sociedade civil em temas candentes como, por exemplo, a tutela do meio ambiente, das minorias, da ordem econômica e social e outros bens indisponíveis, deslumbrou-se desde logo a proteção ou defesa do consumidor como um tema assaz relevante.

Aliás, em sua festejada obra Teoria do Direito e do Estado, o saudoso professor Miguel Reale[4] assim se manifestava acerca do bem-comum a ser buscado pela sociedade política:

> O Estado deve sempre ter em vista o interesse geral dos súditos, deve ser sempre uma síntese dos interesses tanto dos indivíduos coo dos grupos particulares. Se considerarmos,

[4] REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1984, págs. 320-321.

> por exemplo, os vários grupos organizados para a produção e circulação das riquezas, necessário é reconhecer que o Estado não se confunde, nem pode se confundir, com nenhum deles, em particular, porquanto cabe ao governo decidir segundo o bem comum o qual, nessa hipótese, se identifica com o interesse geral dos consumidores. A autoridade do estado deve manifestar-se no sentido da generalidade daqueles interesses representando a totalidade do povo.

Se assim é, nada mais natural que a defesa ou proteção ao consumidor não seja apenas e tão-somente um pressuposto da ordem econômica, mas ao contrário, o fim por ela própria visado.

1.2 Tutela supra estatal. Além dos anseios manifestados pelas entidades de defesa e proteção ao consumidor, em 1985 sobreveio a Resolução ONU Nª 39/248, de 10-4-1985, atualizada em 2015,[5] mediante a qual os Estados filiados foram incentivados a promoverem a defesa e proteção dos seus consumidores, a partir de princípios fundamentais ali elencados, respeitando-se, porém, as peculiaridades de cada um.

E, já inspirada pela referida resolução, a IOCU (International Organization of Consumers´ Unions), hoje IC (Consumers´ International), em conferência realizada em Montevidéu, em dezembro de 1987, que congregou os países da América Latina e Caribe, elaborou um anteprojeto de lei-tipo. Ou seja, um arcabouço ou modelo básico de lei que poderia ser elaboradas pelos respectivos países. Nosso código de defesa do consumidor, aliás, aproveitou tanto a resolução acima referida como a lei-tipo, bem como quatorze outras leis já existentes no mundo sobre essa matéria.[6]

2. Nossa Participação no Sistema Estadual de Defesa do Consumidor

2.1. Trabalhos iniciais no PROCON-SP. Em 1983 fomos designado pelo então Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Paulo Salvador Frontini, para participarmos de uma reunião do já mencionado Conselho Estadual de Defesa do Consumidor, presidida pelo governador André Franco Montoro. A ideia era de que o Ministério Público se dedicasse também a essa matéria, em

[5] Cf. nosso Direitos do Consumidor. São Paulo: Atlas, 15ª edição, 2018, págs. 489-502.

[6] Cf. ainda nosso Direitos ..., págs. 502-506.

> razão da Resolução nº 01, de 1º-10-1982 do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça[7], que recomendou às Procuradorias Gerais de Justiça a criação e consequente implementação de organismos destinados a proteger o consumidor, o meio ambiente e as vítimas de crimes. Ouvindo atentamente os debates então feridos na mencionada reunião do Conselho Estadual de Defesa do Consumidor, fizemos extenso relatório à chefia do Ministério Público, propondo uma metodologia de trabalho. Isto é, bastante semelhante ao que já se fazia em atendimento ao público nas diversas comarcas, com atividades de mediação de conflitos de diversas naturezas, além da requisição de instauração de inquéritos policiais visando à apuração de delitos contra a economia popular, saúde pública, fraudes no comércio e todos quantos chegassem ao conhecimento do respectivo Promotor de Justiça.

Coube-nos, portanto, atuarmos desde junho de 1983, sem prejuízo de nossa atuação como então 2º Promotor de Justiça Distrital do Ipiranga, na Capital do Estado, trabalhar na sede do PROCON-SP.

Já em 1987, após quatro anos já de atuação nesses misteres, e já como coordenador das Promotorias de Justiça do Consumidor de nosso Estado, resolvemos elaborar uma tese, em parceria com os então Promotores de Justiça Drs. Cláudio Eugênio Reis Bressane e Edson José Rafael, cujo tema foi exatamente Consumidor, Ministério Público e a Constituição, ao ensejo da realização do VII Congresso Nacional do Ministério Público, em Belo Horizonte, M.G.[8]

Referida tese, contudo, já levara em consideração propostas tiradas ao final do VI Encontro Nacional das Entidades de Defesa do Consumidor, realizado em outubro de 1985, em Curitiba, P.R., propostas essas que foram levadas ao conhecimento do senador Afonso Arinos de Mello Franco que coordenava os trabalhos iniciais da Assembleia Nacional Constituinte (vide considerações adiante, no subitem 3.2).

---

[7] II Conferência Nacional de Procuradores Gerais de Justiça, realizada em Florianópolis S.C., em outubro de 1982, tendo como tema geral "A Dimensão Social do Ministério Público. Cf. nosso Direitos do Consumidor, já mencionado em notas anteriores, pág. 147.

[8] Cf. Anais do VII Congresso Nacional do Ministério Público, Belo Horizonte, M.G., 22-25 de abril de 1987, págs. 181-191.

Em face de sua amplitude, nossa tese concordava com a "Comissão Afonso Arinos", no sentido de uma inserção mais enxuta a respeito da constitucionalização da defesa do consumidor, o que seria o artigo 36 do esboço então elaborado, e a saber:

> Art. 36 – Todos têm direito a meio ambiente sadio e em equilíbrio ecológico, à melhoria da qualidade de vida à preservação da paisagem e da identidade histórica da coletividade e da pessoa.
> § 1º - Garante-se ao consumidor a qualidade dos bens e serviços, a fiscalização da oferta, dos preços e da veracidade da propaganda.
> § 2º - É assegurada a legitimação do Ministério Público de pessoa jurídica qualificada em lei e de qualquer do povo, para ação civil pública, visando à proteção dos interesses sociais a que se refere o presente artigo.

Nossa tese havia sugerido, entretanto, um adendo ao então projetado § 2º do art. 36 do esboço da "Comissão Afonso Arinos", de teor seguinte:

> Art. 36 (...)
> (...)
> § 2º - É assegurada a legitimação do Ministério Público e de qualquer pessoa jurídica qualificada em lei para a ação pública visando à proteção dos interesses difusos a que se refere o presente artigo, devendo o servidor público e podendo qualquer do povo proceder a representação nesse sentido, contra os infratores dos mesmos interesses.

Ao mesmo tempo, repudiamos proposta inserida no mesmo esboço da "Comissão Afonso Arinos" no sentido de se introduzir em nossa Constituição a figura do "defensor do povo", à semelhança do ocorre em países da América Latina (no Peru, por exemplo), e à figura do ombudsman escandinavo.

Isto porque entendíamos que o Ministério Público já abarcava essas funções, além de outras de fiscal da lei e titular da ação penal.[9]

[9] Com efeito, o art. 56 do mesmo esboço estabelecia que: "É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de

2.2 Conclusões da Tese. Embora ao final tenhamos concordado com a redação ampla das entidades de defesa do consumidor, com vistas a tornar nosso lobby --- no bom sentido do termo --- mais forte, permitimo-nos tirar as conclusões seguintes da mencionada tese. E, apesar disso tudo, porém, o que prevaleceu, basicamente, foi a obrigatoriedade da tutela do consumidor contida no inciso XXXII do art. 5º da Carta de 1988. Texto conciso mas bastante significativo.

Foram as seguintes as conclusões a que havíamos chegado em 1987, com especial ênfase, como curial, na "constitucionalização" da tutela consumerista e certamente nas atribuições do Ministério Público. Senão, vejamos.

> 1ª. Aos direitos conferidos universalmente aos consumidores, conforme resolução nº 39/248 da ONU correspondem igualmente deveres.
> 2ª. A defesa dos Direitos do Consumidor deve ser efetuada em três campos distintos, a saber: administrativo, civil e criminal.
> 3ª. Derivando os Direitos do Consumidor da Resolução Universal de Órgão Supra Estatal de que o Brasil é signatário, merecem tratamento constitucional.
> 4ª. Tratando-se, ademais, de direitos indisponíveis, quando difusamente considerados, sua tutela, embora não exclusiva por parte do Ministério Público, neste encontra seu mais legítimo titular sendo pois absolutamente desnecessário a "importação" de modelos alienígenas (Ombudsman, Defensor del Pueblo e similares), suprimindo-se, por inteiro, o artigo 56, seus dois parágrafos e três incisos do anteprojeto constitucional da "Comissão Afonso Arinos".
> 5ª. Ainda considerando as sugestões ofertadas pela "Comissão Afonso Arinos" notadamente em seu artigo 36, sugere-se para o parágrafo 2º, no que concerne aos Direitos do Consumidor, a seguinte redação: "Artigo 36 – Todos têm direito a meio ambiente sadio e em equilíbrio ecológico, à melhoria da qualidade de vida, à preservação da paisagem e de identidade histórica da coletividade e da pessoa [sic]. Parágrafo 1º - Garante-se ao consumidor a qualidade dos bens e serviços, e

qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medias necessárias à sua correção ou punição".

> fiscalização da oferta, dos preços e da veracidade da propaganda [sic]. Parágrafo 2º - É assegurada a legitimação do Ministério Público e de qualquer pessoa jurídica qualificada em lei para a ação civil pública visando à proteção dos interesses difusos a que se refere o presente artigo devendo o servidor público e podendo qualquer do povo proceder a representação nesse sentido, contra os infratores do mesmo interesse.
> 6ª. É imprescindível a criação de Procuradorias (âmbito federal) e Promotorias (âmbito estadual) Especializadas na Proteção ou Defesa do Consumidor, dotando e aparelhando melhor o Ministério Público para bem desempenhar tão nobre função.

Impende salientar que todas as conclusões em testilha tiveram sua realização: a elaboração do Código de Defesa do Consumidor foi efetivada e contém, de fato, as três tutelas referidas na segunda delas. Ou sejak a tutela do consumidor foi indelevelmente insculpida na Carta de 1988, e foi determinada a instituição de Procuradorias da República e Promotorias de Justiça do Consumidor.[10]

3. Constitucionaliza ção da Tutela do Consumidor

3.1 A Gênese da Tutela do Consumidor na Constituição de 1988. O artigo 5º da CF/1988 elenca uma série pormenorizada de direitos e deveres individuais e coletivos, como reflexo das conquistas democráticas após longo período político de exceção. Esse dispositivo elenca um rol bastante extenso desses direitos e deveres, além de suas respectivas garantias (e.g., o habeas corpus, para tornar concretos os direitos à liberdade individual, o mandado de segurança, para direitos individuais líquidos e certos não cobertos pelo primeiro, o habeas data,

[10] Cf. a Lei Federal nº 8.625, de 12-2-193, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, prevendo, expressamente, seus artigos 25 e 26 as funções em questão, bem como a Lei Complementar Estadual (SP) nº 734, de 26-11-1993, que dispôs de igual modo as referidas funções, dentre as quais se destaca a legitimidade para a instauração de inquéritos civis para a tutela não apenas do consumidor, como também do patrimônio público e social, o meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e outros interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis (artigos 103 a 114 da lei paulista). Saliente-se igualmente, que referidos diplomas legais refletem o artigo 129, incisos II, III e VI além de seu § 1º.

protegendo o direito à obtenção de informações e dados pessoais, o mandado de injunção, no tocante a exigir a concretização impositiva de um direito previsto constitucionalmente mas não regulamentado por lei infraconstitucional, o devido processo legal e a ampla defesa, no campo processual etc.).

Além disso referido artigo ainda contém dispositivo assaz aberto. Ou seja, o seu § 2º, segundo o qual os referidos direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

E, dentre as dezenas de direitos e garantias, figura a obrigação imposta ao Estado brasileiro de promover a defesa do consumidor, na forma da lei, nos termos expressos do inciso XXXII do artigo 5º sob análise.

Por outro lado, referido dispositivo não pode ser analisado dissociado do art. 48 das Disposições Finais da Constituição de 1988.

Mas não é só. Outros dispositivos afetando expressamente a área dos direitos do consumidor encontram-se no corpo do texto constitucional e merecerão análise em passo oportuno, a saber: o § 5º do art. 150 e o inciso V do art. 170.

Com efeito, quiseram os elaboradores do texto constitucional não apenas impor ao Estado a promoção dos direitos do consumidor, como também o obrigaram, por meio da atividade legislativa ordinária, no prazo de 120 a contar de sua promulgação, a elaborar um código de defesa do consumidor.

3.2 Propostas de Constitucionalização da Defesa do Consumidor. Ao cabo do VI Encontro Nacional das Entidades de Defesa do Consumidor, realizado na cidade do Rio de Janeiro em outubro de 1985, foi apresentada uma proposta, aprovada por aclamação de seus participantes, no sentido de se incluir no texto constitucional então vigente (Emenda Constitucional nº 01, de 1969), ao menos um dispositivo que cominasse ao Governo Federal o dever de proteger os consumidores, bem como previsse os seus direitos fundamentais.[11]

Não tendo vingado tal sugestão, de há muito almejada pelas entidades

[11] Cf. nosso Direitos do Consumidor: Atlas, São Paulo, 15ª edição, 2018, pág. 11.

envolvidas com a defesa e proteção do consumidor, nova oportunidade surgiu ao ensejo da instalação da Assembleia Nacional Constituinte.

Destarte, ao término do VII Encontro Nacional das Entidades de Defesa do Consumidor, realizado estrategicamente em Brasília, em maio de 1987, conforme já por nós assinalado em linhas anteriores, foi elaborada alentada proposta, protocolizada em 8-5-1987 junto à Secretaria da referida Assembleia Constituinte, cognominada de "Comissão Afonso Arinos", e registrada sob nº 2.875. Foi igualmente composta uma comissão, gentilmente recebida em audiência pelo saudoso senador em questão, ao qual foi apresentada de viva voz a proposta do Movimento Consumerista Brasileiro.

Entretanto, na ânsia de inscrever-se definitivamente de maneira indelével na então projetada nova constituição os direitos do consumidor, os redatores apresentaram sua proposta, exageradamente densa e extensa, incluindo-se também a tutela ambiental. Eis a redação então proposta:

> Art. 36 – Todos têm direito a meio ambiente sadio e em equilíbrio ecológico, à melhoria da qualidade de vida, à preservação da paisagem e da identidade histórica da coletividade e da pessoa. § 1º - Garante-se ao consumidor o direito à escolha, à qualidade e segurança dos bens e serviços, à proteção da saúde, a educação e informação, bem como ao ressarcimento dos danos. § 2º - A publicidade é disciplinada por lei, ficando proibida a que induza o consumidor à aquisição de bens e serviços de forma dolosa, enganosa, indireta e subliminar. § 3º - É assegurada a legitimação do Ministério Público e de qualquer do povo proceder a representação nesse sentido contra os infratores dos mesmos interesses. § 4º - É assegurada aos consumidores o direito de organização, devendo as pessoas jurídicas referidas no parágrafo anterior serem ouvidas perante os poderes públicos a respeito das matérias que versem sobre a defesa do consumidor (...) Art. 74 – Integram a competência comum da União Federal, dos Estados e dos Municípios as seguintes atribuições: (...) VII – garantir o acesso ao consumo.[12]

Ao ouvir, um tanto perplexo, proposta tão longa, com bom humor ponderou

[12] *Idem* acima, pág. 11.

o senador Afonso Arinos aos integrantes da comissão que a proposta era um verdadeiro "mini código de defesa do consumidor". E ponderou se não seria o caso de se aguardar uma futura oportunidade para editá-lo. E sabiamente concluiu ao indagar dos presentes sobre se não seria o caso de apenas se inscrever no texto constitucional a obrigação de o Estado promover a defesa do consumidor.

Todos nós da comissão saímos extremamente esperançosos desse memorável encontro, muito embora o texto tenha sido glosado, compreensivelmente e por razões óbvias, uma vez que obtivemos a promessa de que a defesa e os direitos do consumidor seriam, sim, previstos expressamente no texto constitucional, mas de forma mais sucinta. E assim foi feito.

Ou seja, os direitos do consumidor não apenas foram insculpidos na Constituição como também se transformaram em cláusula pétrea, insuscetível de emendas ou supressão, conforme estatui o seu art. 60, § 4º, inc. IV.

3.3 O Código de Defesa do Consumidor. Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, conforme lembra a saudosa Professora Ada Pellegrini Grinover, o então presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor - CNDC, Flávio Bierrenbach, constituiu comissão, no âmbito do referido Conselho, com o objetivo de apresentar anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, previsto, com essa denominação, pelos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

Essa comissão foi composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover (coordenadora), Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari. Durante os trabalhados de elaboração do anteprojeto a coordenação foi dividida com José Geraldo Brito Filomeno, e a Comissão contou com a assessoria de Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodré, Mariângela Sarrubbo, Nelson Nery Júnior e Régis Rodrigues Bonvicino.

Também contribuíram com valiosos subsídios diversos promotores de Justiça de São Paulo. A Comissão ainda levou em consideração trabalhos anteriores do CNDC, que havia contado com a colaboração de Fábio Konder Comparato, Waldemar Mariz de Oliveira Júnior e Cândido Dinamarco.[13]

[13] Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini. A Professora da USP. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1ª edição, 2010, ps. 40-41. E para mais detalhes a respeito dos trabalhos da comissão, confiram-se as páginas seguintes da referida obra. Confira-se, também, GRINOVER, Ada

Embora o prazo de 120 dias estabelecido pelo art. 48 das Disposições Finais e Transitórias da Constituição de 1988 para que se elaborasse um código de defesa do consumidor houvesse sido excedido (ou seja, 5 de fevereiro de 1989, sabendo-se que a promulgação se deu em 5-10-1988), a Lei nº 8.078 foi efetivamente sancionada em 11-9-1990.

Isto se deveu a um extenso e intensivo trabalho desenvolvido pelos membros da referida comissão elaboradora, consistente em viajar pelo país no sentido de explicar à população, aos parlamentares e aos empresários, de modo geral, o alcance e os benefícios da projetada lei. Além disso, embora o anteprojeto tenha sido publicado formalmente no Diário Oficial da União Federal em caderno especial no dia 4 de janeiro de 1989, ainda recebeu inúmeras contribuições, muitas acolhidas, de todas os rincões do país.

Trata-se, em última análise, de uma "lei que pegou", ao contrário de muitas outras no nosso ordenamento jurídico, e que é considerada até hoje a mais moderna do mundo em sua especialidade.

4. Os Fundamentos da Tutela Constitucional do Consumidor.

4.1 Na Doutrina. No entendimento de José Afonso da Silva,[14] ao comentar os dois dispositivos em pauta, ou seja, o inciso XXXII do art. 5º do corpo principal da Constituição de 1988, e o art. 48 de suas disposições finais e transitórias, primeiramente com relação à natureza do direito do consumidor, o constituinte inseriu a defesa do consumidor dentre os direitos e garantias individuais e coletivos. Não se trataria, segundo ele, de direito individual, podendo ser concebido como direito coletivo. Mas, ainda mais relevante do que esse aspecto, é sua inserção dentre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais.

Conjugue-se isso com a consideração do art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado,

Pellegrini *et alii.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 12ª edição, 2018, págs. 01 a 09.

[14] SILVA, José Afonso da. Comentário Textual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 7ª edição, 2010, págs. 129-130.

tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista. Isso abre naturalmente larga brecha na economia de mercado, que se esteia, em boa parte, na liberdade de consumo, que é a outra face da liberdade do tráfico mercantil fundada na pretensa lei da oferta e da procura.

A defesa dos consumidores responde a um duplo tipo de razões: em primeiro lugar, razões econômicas derivadas das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte, o atual tráfico mercantil; e em segundo lugar, critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional ao estado de coisas que hoje vivemos, imersos que estamos na chamada "sociedade de consumo", em que o "ter", mais do que o "ser", é a ambição de uma grande maioria das pessoas que se satisfaz mediante o consumo.

Quanto ao disposto pelo art. 48 das Disposições Finais e Transitórias, reconhece que a promoção da defesa do consumidor adquiriu status constitucional. A Constituição só a estabeleceu a previsão esquemática do direito do consumidor, por meio da obrigação estatal de prover sua defesa. Ela criou uma regra, entre os direitos e garantias individuais e coletivos, de eficácia limitada, porque sua aplicabilidade ficou na dependência de lei ordinária que, no entanto, já foi promulgada --- com que a norma se tornou eficaz e aplicável na forma da lei ---, que é o Código de Defesa do Consumidor, estabelecido pela Lei 8.078/1990. Cuida-se, portanto, a nosso sentir, de dispositivo programático de duração temporária e de eficácia exaurida, diante da promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

Kildare Gonçalves Carvalho ao se manifestar sobre essas questões, destaca o seu conteúdo de natureza econômica, de interesse coletivo, mas também individual.

Ou seja, há autores que reconhecem a existência, na Constituição, além dos direitos sociais, de direitos econômicos que, contidos em normas de conteúdo econômico, visam proporcionar, por meio de uma política econômica, v.g., a que trata do planejamento de metas e de financiamento para a consecução do pleno emprego (direito econômico), a realização dos demais direitos humanos, no caso, o oferecimento do salário mínimo (direito social) e o suprimento das necessidades humanas, conferindo ao homem uma vida digna (direito individual). Os direitos econômicos envolvem, desse modo, normas protetoras de interesses individuais, coletivos e difusos.

Nesse sentido, posiciona-se José Luiz Quadros de Magalhães, que classifica os direitos econômicos em: I – direito ao meio ambiente; II – direito do consu-

midor; III – função social da propriedade rural e urbana; IV – transporte (como meio de circulação de mercadorias); V – pleno emprego (direito ao trabalho); VI – outras normas concretizadoras de direitos sociais, individuais e políticos.[15]

Alexandre Issa Kimura, ao comentar o inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal, apenas elenca a legislação que nela se basearia, a começar pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), sua vigente regulamentação (Decreto Federal nº 2.181/1997) e a anterior (Decreto Federal nº 861/1993), a lei de crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (Lei nº 8.137/1990) e outras.[16]

4.2 Fruto Precípuo do Mandamento Constitucional. Entretanto, conforme vimos ponderando[17], o que resultou de forma concreta e definitiva dos dois mandamentos constitucionais ora sob comento, foi o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Código esse, todavia, que deve ser encarado como um "microssistema jurídico", ao mesmo tempo "multi" e "interdisciplinar", a teor do seu próprio art. 7º, caput, que diz claramente que:

> Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Isto quer dizer, em suma, que o Código de Defesa do Consumidor, concebido à luz da própria Constituição de 1988, é uma lei especial, conquanto de caráter geral e, acima de tudo, principiológico inalterável. Isto quer dizer que ele não apenas convive com outros diplomas legais, desde

[15] CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo: Del Rey, Belo Horizonte, 10ª edição, 2004, pág. 379.

[16] KIMURA, Alexandre Issa. Constituição Federal de 1988: apontamentos doutrinários e jurisprudenciais. Juarez de Oliveira: São Paulo, 1ª edição, 2001, pág. 31.

[17] Cf. Direitos do Consumidor já citado e nos Comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, *idem.*

que compatíveis com sua principiologia, como também tem suscitado a edição de outras normas --- quer de caráter administrativo, civil, processual ou penal ---, com vistas a tornarem mais evidentes e claros os direitos de que os consumidores são detentores.

4.3 Frutos Secundários Decorrentes do Mandamento Constitucional. Com efeito, em nossa obra já citada, apenas à guisa de exemplificação, mais especificamente ao cuidarmos do tratamento constitucional com relação à tutela do consumidor,[18] enumeramos dezenas de diplomas legais que, de uma forma ou de outra, cuidam dos respectivos direitos. Também em outra obra que coordenamos,[19] cuidamos exatamente da questão da amplitude dos direitos do consumidor, ao falarmos da sua tutela administrativa e da necessidade ou não de regulamentação do Código de Defesa do Consumidor.

5. Outros Dispositivos Introduzidos na Constituição sobre Direitos do Consumidor.

5.1 Art. 150, § 5º. Ao cuidar das limitações da prerrogativa de impor tributos do Poder Público nos três níveis de governo, estabelece que "a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços".

Mediante iniciativa popular, capitaneada pela Associação Comercial de São Paulo, com o seu indefectível "Impostômetro" instalado em enorme painel eletrônico no histórico Pátio do Colégio dos Jesuítas, computando segundo a segundo os impostos pagos pelo cidadão (na casa dos trilhões de reais), sobreveio a Lei Federal nº 12.741, de 8-12-2012.

Referido diploma legal dispôs exatamente sobre as "medidas de esclarecimento ao consumidor, de que trata o § 5º do art.150 da Constituição Federal, altera o inciso III do art. 6º e o inciso IV do art. 106 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor".

[18] Direitos do Consumidor, págs. 07-11.

[19] Tutela Administrativa do Consumidor: atuação dos PROCON´s, legislação, doutrina e jurisprudência: São Paulo. Atlas, 1ª edição, 2014, págs. 47-84.

Até o presente, contudo, poucas empresas têm cumprido esse mandamento legal como, por exemplo, as de fornecimento de energia elétrica, gás encanado, telefonia e águas e esgotos, além de estacionamentos de veículos e algumas redes de supermercados.

Resta muito a fazer, portanto, nesse aspecto sem dúvida relevante. Haja vista os episódios recentes concernentes à greve dos caminhoneiros, demonstrando-se, por exemplo, que mais da metade do preço dos combustíveis --- 54% --- deve-se à cobrança dos diversos tributos sobre eles incidentes.

5.2 Art. 170, inc. V. Ao dispor sobre a ordem econômica adotada pelo país, a Constituição Federal estabelece que esta é "fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa [e] tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

E, ao firmar esse propósito, coloca alguns pilares de sua sustentação, dentre as quais a "defesa do consumidor".

Entendemos, contudo, sobretudo à luz dos ensinamentos colacionado linhas atrás do eminente e saudoso professor Miguel Reale que, fundando-se a ordem econômica naqueles valores, visa, em última análise, a propiciar o bem comum dos cidadãos, seus destinatário que, na verdade, são todos consumidores de tudo quanto é colocado no mercado.

Donde nos ser permitido concluir que, na verdade, os direitos do consumidor e sua defesa não são meros pressupostos da ordem econômica. Antes, isto sim, são seu objetivo e finalidade precípuos. Até porque, sem consumidores --- destinatários finais de tudo quanto é produzido no mercado de consumo ---, este jamais existiria.

5.3 Art. 175, inc. II. Ao tratar, por outro lado, da concessão ou permissão dos serviços públicos, a Constituição impõe que a lei que as venha a regular, disponha expressamente sobre os "direitos dos usuários". Ou seja, e claramente: os seus consumidores.

Como consequência, e exemplificativamente, a Lei Federal nº 8.987, de 13-2-1995, dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no referido art. 175 da Constituição Federal, sendo conhecida como "lei geral de concessões e permissões".

E com base em seus princípios, deu lugar também a leis específicas, que cuidam de vários setores da economia em que tais serviços concedidos ou permitidos são prestados.

Assim, por exemplo, em termos da regulamentação dos serviços públicos essenciais objeto de contratos de concessão destacam-se: a Lei Federal nº 9.472, de 16-7-1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento do órgão regulador – a ANATEL – e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8/1995; a Lei Federal nº 9.478, de 6-8-1997, cuida da política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a ANP – Agência Nacional do Petróleo; já a Lei Federal nº 9.247, 26-12-1996, instituiu a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e disciplinou o regime de concessões de serviços públicos de geração, distribuição e fornecimento de energia elétrica, e outras, ainda, relativas aos serviços de transportes terrestres, aéreos etc.[20]

Além disso, há uma gama considerável de legislação também infraconstitucional que demandaria, assim como as autarquias acima mencionadas e outras, uma melhor e mais eficaz implementação.

Assim, por exemplo: Lei Federal º 10.962, de 11-10-2004, que dispõe sobre as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor, regulamentada pelo Decreto nº 5.903, de 20-9-2006; Lei Federal nº 12.007, de 29-7-2009, que obriga as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos ou privados a emitir e encaminhar ao consumidor declaração de quitação anual de débitos, evitando-se o acúmulo de papeis e recibos; a Lei Federal nº 12.741, de 8-12-2012, já aqui mencionada e derivada diretamente do mandamento constitucional contido no inciso § 5º do art. 150 da Constituição de 1988; leis estaduais, como em São Paulo (Lei nº 13.747, de 7-10-2009) e no Rio de Janeiro (Lei nº 3.669, de 2001), que obrigam os fornecedores de bens e serviços a fixarem data e horário para sua entrega e execução, respectivamente etc.[21]

Destaque especial merece o Decreto Federal nº 7.962, de 15-3-2013, que disciplina o comércio eletrônico --- na verdade "por meio eletrônico", já que há outros até mais tradicionais preexistiam ---, com

[20] Cf. também neste ponto nosso Direitos ..., pág. 9.

[21] Para maiores detalhes, confira-se nosso artigo A Tutela Administrativa do Consumidor: necessidade ou não de regulamentação, em obra coletiva por nós organizada intitulada Tutela Administrativa do Consumidor: atuação dos PROCON´s, legislação, doutrina e jurisprudência: São Paulo, Atlas, 2014, págs. 47-84.

enfoque nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Ou seja, no que diz respeito, respectivamente: a todas as informações que devem ser prestadas aos potenciais consumidores ao acionarem a internet para que possam fazer uma boa escolha dos produtos anunciados; os cuidados que devem ter no que diz respeito aos contratos virtuais que são firmados mediante um simples clique no computador, tablet ou telefone celular; e, finalmente, a disponibilização de canais para que os vendedores possam atender às reclamações sobre atraso nas entregas e, inclusive, defeitos ou vícios presentes nos produtos recebidos pelos consumidores.

Impende salientar neste passo --- já que hoje uma boa parte das compras são efetuadas via eletrônica ---, é o chamado "direito de arrependimento", previsto pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. Embora evidentemente esse dispositivo, elaborado há 30 anos, quando se iniciaram os trabalhos para a elaboração do anteprojeto, não tenha podido prever de forma expressa esse sem dúvida relevante meio de comunicação, de comércio e até estratégico, já prenunciada que "o consumidor, pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias, a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio". Nada mais fora, com efeito, do que a venda feita fora do estabelecimento físico do fornecedor-vendedor.

6. Manifestações Jurisprudenciais.

Não foram encontrados arestos específicos sobre a interpretação do principal dispositivo constitucional sob comento, ou seja, o inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, algumas decisões remetem à legislação infraconstitucional a resolução de conflitos das relações de consumo, caso não haja repercussão geral. Isto porque, segundo um dos acórdãos abaixo colacionados, não seria o caso de conhecimento de recursos extraordinários apenas e tão-somente porque, ainda que reflexamente, neles houvesse um aspecto de cunho constitucional a ser dirimido. Senão, vejamos.

> EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS DIFUSOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA. COMPROVAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. CÓDIGO DE

DEFESA DO CONSUMIDOR. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, "a", da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo interno conhecido e não provido (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 834.619-RS, relatora ministra Rosa Weber, julgamento de 17-11-2017, 1ª Turma do STF, DJ de 28-11-2017).

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a ausência de repercussão geral da questão relativa a danos materiais e morais decorrentes da relação de concessionária de serviço público e consumidores, por ausência de questão constitucional. (AI 839.695, Rel. Min. Cezar Peluso) 2. Embargos de declaração recebidos como agravo interno a que se nega provimento (Embargos Declaratórios em Recurso Extraordinário com Agravo nº925.625-SP, relator ministro Roberto Barroso, julgamento de 30-6-2017, 1ª Turma do STF, DJ de 7-8-2017).[22]

[22] Vejam-se também, no mesmo sentido: AI 860.489-RJ (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento, relator Ministro Alexandre de Moraes, 1ª Turma do STF, j. de 22-9-2017); ARE 1.026.858-SP (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo, relator Ministra Rosa Weber, 1ª Turma do STF, j. de 23-6-2017); RE 892.961-SP (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo, relator Ministro Presidente, pleno, j. de 14-8-2015); ARE 697.312-BA (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo, relator Ministro Presidente, pleno, j. de 25-10-2012)), ARE 818.231-MS (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com agravo, relator Ministro Dias Toffoli, j. de 17-11-2015), ARE

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. SEGURO DE VIDA COLETIVO. CLÁUSULA DE NÃO RENOVAÇÃO. ABUSIVIDADE INEXISTENTE. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NO CONJUNTO PROBATÓRIO E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. SÚMULAS NS. 279 E 454 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (ARE nº 926.159-DF, relatora ministra Carmen Lúcia, julgamento de 15-12-2015, 2ª Turma do STF, DJ de 1º-2-2016).
>
> EMENTA: CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. FAIXA ETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS: SÚMULAS NS. 279 E 454 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. ACÓRDÃO SUFICIENTE E ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADO. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (ARE nº 926.135-SP, relatora ministra Carmen Lúcia, julgamento de 15-12-2015, 2ª Turma do STF, DJ de 1]-2-2016).

Sem embargo e o respeito devido às referidas decisões retro colacionadas, contudo, é de se convir que há uma sutil diferença entre um recurso extraordinário que, pura e simplesmente, alega o descumprimento de dispositivo específico previsto na constituição e outro, em que se alega a negativa de aplicação de uma norma jurídica oriunda de um preceito fundamental, como no caso, por exemplo, de uma cláusula abusiva constante de compromisso de compra e venda que fere dispositivos do Código do Consumidor e, consequentemente o direito fundamental do inc. XXXII do art. 5º da C.F.

Embora, evidentemente, a chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentado pela Lei nº 8.882, de 3-12-1999, se refira a ato lesivo emanado do Poder Público, e não a atos de civis, entendemos válido, por analogia, argumentar o seguinte exposto, com base, ainda, nas lições do professor José Afonso da Silva a esse respeito.[23]

881.776-SP (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, relator Ministro Dias Toffoli, j. de 14-12-2015) e outros.

[23] Ob. cit., pág. 566.

Ou seja, no sentido de que, no que diz respeito à arguição de descumprimento de preceito fundamental, tem-se em vista preceitos fundamentais Isto é, aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo constitucional. São aqueles que conferem identidade à Constituição. Diferenciam-se dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude dos valores que encampam e de sua relevância para o desenvolvimento ulterior de todo o Direito. O descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) pode dar-se de diversas maneiras. Certamente que a inconstitucionalidade de leis e atos normativos constitui uma forma de descumprimento da Constituição ou de qualquer de seus princípios ou preceitos.

Todavia, acentua o emérito professor constitucionalista, que o seu descumprimento não se confunde com a pura inconstitucionalidade. Se o constituinte utilizou termos diversos é porque devem referir-se a fenômenos também diferentes. Primeiro porque o descumprimento, para o fim de arguição prevista no § 1º do art. 102 da CF e na Lei 9.882, de 3-12-1999, refere-se à violação de preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, enquanto a inconstitucionalidade constitui uma forma de violação de qualquer preceito ou princípio constitucional. A lei só admite o descumprimento de preceito fundamental por atos do Poder Público.

Conclusões

Em face de todo o exposto, conclui-se que a decisão do constituinte de 1988 foi notavelmente perspicaz ao elevar os direitos do consumidor --- destinatário final de todos os bens e serviços proporcionados pelas atividades econômicas ---, a nível constitucional. Importante ressaltar, nesse aspecto que, fundando-se tais direitos no núcleo pétreo da carta constitucional que cuida de garantias e direitos fundamentais, têm foro de prerrogativas sólidas e imutáveis.

Dessa ordem de determinação emanou, primeiramente, o principal diploma legal da tutela desses direitos, ou seja, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e, posteriormente, uma gama considerável de legislação que orbita em torno do mesmo, de molde a suplementá-lo. Insta fazer com que os órgãos incumbidos de sua efetivação e implementação, contudo, ajam com maior empenho e dedicação.

Até porque, na aguda observação de Montesquieu “quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois leis há por toda a parte”.

Nesse particular temos uma visão crítica que nos parece significativa. Com efeito, os PROCON´s, na verdade, a começar pelo de São Paulo, em 1976, foram concebidos como órgãos públicos de tutela do consumidor, individual e coletivamente considerado, atendendo as suas reclamação, intermediando conflitos de interesses entre ele e fornecedor, e até ingressando com ações coletivas de interesse difuso, além de exercerem atividades no sentido de informa-lo, conscientizá-lo, promover eventos de esclarecimentos e educação para o consumo saudável e ambientalmente sustentável, promover publicações instrutivas e outros misteres nesse sentido.

Foi-lhes confiada, porém, tarefa das mais difíceis e complexas, consistente na fiscalização e imposição de sanções administrativas com relação a infrações instituídas pela regulamentação do Código de Defesa do Consumidor (i.e., o Decreto Federal nº 2.181/1997). Tarefa essa que caberia, entretanto, à SUNAB – Superintendência Nacional do Abastecimento e Preços. Isto porque, tendo perdido funções em decorrência do fim dos tabelamentos de preços após o chamado "Plano Real", seria o órgão ideal, até pelas experiência hauridas na fiscalização de mercado, para aquelas tarefas. Acabou sendo extinto, porém, pelo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1997, muito embora tenhamos sido convidados para ministrar cursos de Direito do Consumidor para todos os seus ex-agentes, no mesmo ano, sob a promessa de que seriam aproveitados para as tarefas por nós idealizadas.

Tratando-se nosso Código de Defesa do Consumidor, ademais disso, de uma lei essencialmente principiológica, o Código de Defesa do Consumidor não está e ensejar qualquer modificação, já que se harmoniza com outras normas existentes no ordenamento jurídico nacional, devendo detalhes da tutela por ele ensejada ser tratados em legislação específica.

Em termos da apreciação e recursos extraordinários, quando se alegar a violação, sobretudo, o disposto no inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, entendemos que, para fins de prevalência do preceito contido nessa norma ora sob comento, dever-se-ia sempre argumentar nas razões do recurso extraordinário que, tendo os Tribunais de Apelação ou mesmo o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pura e simplesmente ignorado dispositivos relevantes do Código de Defesa do Consumidor, violaram preceito fundamental de garantias do cidadão consumidor, o que torna a referida decisão nula.

Além disso, dever-se-ia dar ênfase à outra tese de negativa de prestação jurisdicional. Até porque, não se trata propriamente de contrariar-

-se as Súmulas nºs. 279 e 454, invariavelmente invocadas como fundamento para se repelirem recursos extraordinários no âmbito do Direito do Consumidor. Ou seja, não se cuida nem de simplesmente se reexaminar prova na suprema instância, nem simples interpretação de cláusula contratual. Mas, isto sim, de se arguir do descumprimento de preceito constitucional que acolhe o direito do consumidor no sentido de ver analisado seu pleito à luz de cláusula pétrea, em primeiro lugar. E, em segundo, direito básico de não se submeter a cláusulas abusivas, reputadas nulas de pleno direito à luz do Código de Defesa do Consumidor (cf. art. 51 da Lei nº 8.078, de 11-9-1990), lei de ordem pública e interesse social (idem, art. 1º).

Por fim, salientamos que se cuida de uma lei moderna e revolucionária, sobretudo, em termos da tutela coletiva dos direitos que encerra. Tanto isso é verdade que muitos países da América Latina que ainda não dispunham de leis específicas, tomaram-no como paradigma.

FILOMENO, J. G. B., The Consumer Constitutional Protection in Brazil: “the State will provide, according to the law, the consumer´s defense. *Justitia*, São Paulo, v. Especial, p. 241/264, Set 2019.

- **ABSTRACT:** The Brazilian Consumer´s Defense Code, besides being a more principiological law rather than an ensemble of behavior rules, has its origin within the 1988 Federal Constitution. It has seemed to its authors that such provision would be essential, to such an extent that it has ended up by being inserted exactly in its article 5th. which, as one knows, deals with the peoples´ fundamental rights and guarantees, among the solid and immutable rules. But the 1988 constitutional bill also makes explicit addresses towards consumers´ rights as vital players regarding the economical order, as well as towards the sense of being well informed about taxes that are levied on products and services and the preservation of their interests regarding public essential services At last, in a programmatic rule having already reached its goal, the so-called “citizens´ constitution” had determined the elaboration of the aforesaid code. This is, therefore, the objective of this paper work: that is, to report the strife in the elaboretion of a national law for consumer protection and its enforcement policies, their evolution and, above all, its constitutionalization.

- **KEYWORDS:** Constitutionalization – Consumer´s Rights – Fundamental Laws – Pilar of Economical Order

Referências

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo: Del Rey, Belo Horizonte, 10ª edição, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Direitos do Consumidor: Atlas, São Paulo, 15ª edição, 2018.

_____(Coordenação Geral e Articulista). Tutela Administrativa do Consumidor: atuação dos PROCON´s, legislação, doutrina e jurisprudência: Atlas, São Paulo, 1ª edição, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Professora da USP: Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1ª edição, 2010.

_____ et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto: Forense, Rio de Janeiro, 12ª edição, 2018.

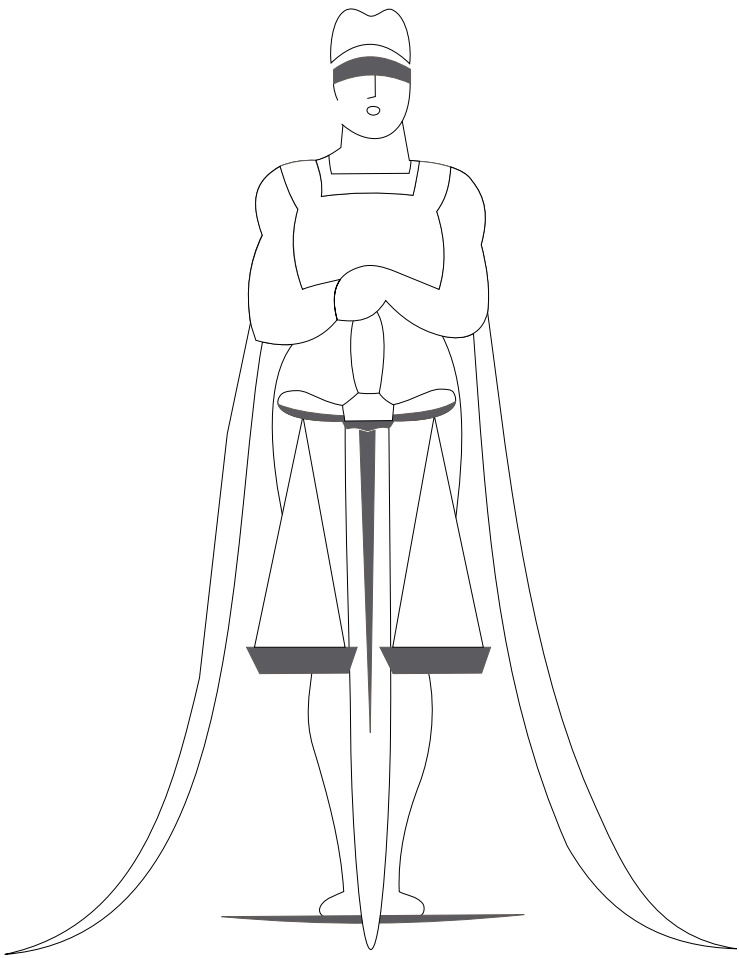
KIMURA, Alexandre Issa. Constituição Federal de 1988: apontamentos doutrinários e jurisprudenciais: Juarez de Oliveira, São Paulo, 1ª edição, 2001.

REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado: Saraiva, São Paulo, 1984, 1ª edição.

SILVA, José Afonso da. Comentário Textual à Constituição: Malheiros, São Paulo, 7ª edição, 2010.

DOUTRINA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE PUBLIC PROSECUTOR´S OFFICE DOCTRINE



30 anos da Constituição Federal de 1988 e os Novos Desafios do Ministério Público no Brasil

Eduardo CAMBI[1]
Marcos Vargas FOGAÇA[2]

- **SUMÁRIO:** Introdução; 1. Breve escorço histórico do Ministério Público no Brasil; 2. O perfil do Ministério Público na Constituição de 1988; 3. A importância da criação do Conselho Nacional do Ministério Público; 4. Modelos de atuação funcional do Ministério Público; 5. A tentativa de diminuição do poder de investigação criminal do Ministério Público; Conclusões; Referências.

- **RESUMO:** O Ministério Público brasileiro passou por significativas transformações com a Constituição Federal de 1988. Ao longo das três décadas dessa Constituição, tem surgido novos modelos de atuação institucional que precisam ser aperfeiçoados para que o Ministério Público se torne mais eficiente e resolutivo.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal/1988; Ministério Público; Resolutividade.

[1] Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. E-mail: eduardocambi@hotmail.com.

[2] Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Advogado. E-mail: mvfmarcos@hotmail.com.

Introdução

Com a Constituição Federal de 1988 o Ministério Público adquiriu a função de defesa dos direitos mais caros à sociedade, tornando os desafios enormes, a exigir esforços de todos os ramos e unidades do Ministério Público na condução estratégica de sua forma de atuação. A instituição, antes ligada ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, agora, desatrelada dos demais Poderes, com independência, vem construindo uma identidade e forma de atuação própria, na promoção dos direitos e garantias fundamentais, embora ainda encontre resistência em seu exercício diante de casos que põem em xeque membros e órgãos da República.

A importância do Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, torna necessária a permanente reflexão acerca da independência funcional da instituição, a fim aprimorar seus métodos de trabalho, de modo a melhorar os resultados na aplicação das normas jurídicas, no combate à corrupção, na diminuição da impunidade, na redução das desigualdades econômicas, na erradicação da pobreza e na efetivação da cidadania.

Nessa perspectiva, o presente texto procura refletir sobre os caminhos percorridos pelo Ministério Público após a Constituição Federal de 1988 e os desafios enfrentados. Afinal, novas formas de atuação dos seus membros e dos modelos de atuação emergiram de suas atribuições constitucionais, um órgão de controle e planejamento da instituição foi criado, o Conselho Nacional do Ministério Público, bem como o vigor de sua autonomia funcional para, se entender necessário, conduzir a investigação criminal, deu origem a contraforças de poder, em busca da retirada de sua atribuição investigatória. Tais temas são se suma importância para uma melhor compreensão do Ministério Público na nova ordem constitucional.

1. Breve Escorço Histórico do Ministério Público no Brasil

O Ministério Público se desenvolveu concomitantemente à consolidação do Estado Democrático de Direito, no Brasil, e à medida que a própria sociedade evoluía a instituição se fortalecia e avançava em suas atribuições e garantias.

De início, é perceptível a relação direta da abrangência (maior ou menor) da independência institucional do Ministério Público com a concentração da força política dominante e a intensidade da participação popular na decisão política fundamental, especialmente espelhada nas Constituições vigentes e na regulamentação das liberdades públicas.

A Constituição de 1824, apesar de não fazer menção direta à figura do Ministério Público, conferiu ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional o dever de acusação criminal, em seu art. 48, atribuição destinada ao Ministério Público posteriormente. Durante sua vigência adveio o Código Criminal de 1830, cujo art. 312 confiava ao Promotor à acusação para determinados crimes. No mesmo sentido, em 1832, o Código do Processo Criminal designou diversas atribuições ao Promotor Público e, dentre elas, a de denunciar certos crimes e intentar queixa, quando o ofendido fosse pessoa miserável, nos termos dos art. 73 e 74. Essas regras foram os primeiros contornos das atribuições do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar disso, tão somente com o Decreto 848 de 1880, o Ministério Público foi regulamentado enquanto instituição, prescrevendo, dentre as atribuições do Procurador-Geral da República, funcionar como representante da União e atuar junto ao Supremo Tribunal Federal. Em seguida, a Constituição de 1881 versou sobre as funções do Procurador-Geral da República junto ao Poder Judiciário, uma vez que o Presidente da República o designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal.

Na Constituição de 1934, promulgada sob uma perspectiva de democracia social, o Ministério Público se posicionou fora dos Poderes constituídos, sem vinculação com o Judiciário, adquirindo *status* constitucional e estrutura própria, enquanto órgão de cooperação nas atividades governamentais, de acordo com o artigo 95 e seguintes.

No entanto, o retrocesso democrático ocorrido com o advento da Ditadura de Vargas atingiu o Ministério Público no seu acondicionamento na Constituição de 1937, onde recebeu tratamento vago e esparso, com disposição topológica sobre o Procurador-Geral da República no capítulo destinado ao Poder Judiciário. Além disso, tal Constituição estabeleceu a possibilidade de a lei cometer ao Ministério Público dos Estados a função de representar a Fazenda Federal na cobrança da dívida ativa da União. Novamente, o Ministério Público estava atrelado a um Poder do Estado, deixando de ser uma instituição independente.

A redemocratização do país só adveio com a Constituição de 1946, momento em que o Ministério Público foi tratado em título próprio, distinto dos demais Poderes. Essa Constituição cuidou da organização da carreira e das garantias de seus membros. Porém, a União ainda era representada pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local, nos termos do art. 126, parágrafo único.

A Constituição de 1967, não obstante tenha mantido a disposição sobre a organização da carreira e as garantias institucionais de seus membros, além de conservar a representação da União pelos Procuradores da República, alocou a seção destinada ao Ministério Público junto ao capítulo destinado Poder Judiciário, retrocedendo novamente à Constituição anterior que lhe dava disposição própria e especial.

Por sua vez, a Emenda Constituição nº 1 de 1969 fixou a seção destinada à instituição no capítulo referente ao Poder Executivo, mantendo-o atrelado a um dos Poderes, o que diminuiu, ainda mais, a autonomia institucional do Ministério Público.

Embora a ditadura militar de 1964-1985 tenha limitado a independência funcional e a autonomia dos membros Ministério Público, a instituição se fortaleceu no período e exerceu importante papel junto aos órgãos governamentais, especialmente com o advento do Código de Processo Civil de 1973 e da Lei de Ação Civil Pública de 1985, cujo reflexo positivo foi respaldado na Assembleia Constituinte[3].

Com efeito, há relação entre a origem ou positivação da Constituição com a regulamentação do Ministério Público. Em se tratando de uma Constituição democrática, com participação popular, representada por uma Assembleia Constituinte, foi, historicamente, maior a estruturação e autonomia da instituição, bem como as garantias de seus integrantes. Por outro lado, em se tratando das Constituições não democráticas, outorgadas ou impostas pela força política dominante, as funções atribuídas ao Ministério Público brasileiro foram mais restritas.

Esse breve escorço histórico acerca da disposição do Ministério Público nas Constituições brasileiras se faz necessário para obter parâmetro comparativo e exaltar a importância do novo modelo institucional desenhado na Constituição da República de 1988.

2. O Perfil do Ministério Público na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova ordem constitucional, com maior legitimidade popular. Instituiu um Estado Democrático de Direito, responsável pela defesa de valores supremos eleitos pelo constituinte.

[3] AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal*. Brasília: ESMPU, 2010. p. 15.

Para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dentre outros direitos difusos e coletivos, conferiu ao Ministério Público - como instituição permanente, essencial à defesa da ordem jurídica - o dever de efetivação das promessas constitucionais[4].

Para tanto, fazia-se necessária uma figura institucional autônoma, com autogoverno e desatrelada dos demais Poderes, que atuasse com independência entre interesses que se opõem, sem favorecer um em detrimento de outro. Destarte, o Ministério Público recebeu disposição própria na Constituição, alocado entre as funções essenciais à Justiça (Seção I do Capítulo IV do Título IV).

O art. 127, §1º, da Constituição Federal de 1988 estabeleceu determinados princípios institucionais ao Ministério Público: a) o da unidade, a fim de a instituição ser vista como única e com divisões meramente organizacionais; b) o da indivisibilidade, que demonstra a prática de atos pelo Ministério Público enquanto instituição e não pela pessoa do Promotor/Procurador de Justiça ou do Procurador da República; c) e o da independência funcional, que lhe conferiu autonomia no exercício de suas atribuições, sem se submeter a qualquer controle hierárquico no exercício de sua atividade; hierarquia esta restrita ao âmbito administrativo[5].

O Ministério Público deixou de representar judicialmente a União, designando a Advocacia-Geral da União para o exercício de tal mister. Além disso, a CF/88 vedou, expressamente, nos termos do art. 129, inciso IX, a representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas pelo Ministério Público.

Ademais, a Constituição vigente designou novas funções ao Ministério Público e manteve algumas já existentes, dentre estas últimas, a de promover, privativamente, a ação penal pública. No entanto, internamente, e mesmo antes da Constituição de 1988, a atuação funcional de seus membros já ia além das meras competências formais definidas pela ordem jurídica, desvinculando-se a figura do Ministério Público de um mero órgão acessório do Poder Judiciário, limitada à acusação.

---

[4] SADEK, Maria Tereza. Cidadania e Ministério Público. *Justiça e Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro, v. 1, 2009. p. 09.

[5] Cfr. MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 731, jan. 2013/abr. 2013.

Portanto, a Constituição brasileira de 1988 funcionou como mola propulsora da reformulação da atuação e do aparato constitucional ao exercício funcional do Ministério Público, que vai além de um mero agente processual, desfocado de sua base legitimadora, ou seja, a sociedade e seus diferentes anseios e dificuldades[6].

Até então a figura do Ministério Público estava arraigada às atribuições restritas, especialmente ao âmbito criminal, com destaque para a função acusatória (arts. 100 do CP e 24 do CPP). No que tange à esfera cível, os agentes ministeriais funcionavam como "fiscais da lei" (*custos legis*), com caráter de pareceristas (art. 83 do CPC/73), até ser instituído o inquérito civil e regulamentada, de forma progressiva e mais abrangente, a ação civil pública (Leis 7.347/85, 8.069/90, 8.078/90, 8.429/92 etc.).

Assim, a partir da Constituição da República de 1988 o Ministério Público assumiu poderes-deveres tão ou mais relevantes no Estado Democrático de Direito, como agente político, produtor social e fomentador-efetivador de políticas públicas[7]. Nesse contexto, salientam-se as seguintes atribuições: zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, valendo-se das medidas necessárias a sua garantia; 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; expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los; realizar o controle externo da atividade policial; exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, CF/88).

Diante do alargamento das funções destinadas ao Ministério Público pela Constituição de 1988, surgiu a necessidade de reestruturar sua forma de atuação institucional, a fim de potencializar o exercício

---

[6] BUCHMANN, Willian. Ministério Público, participação social e políticas públicas. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013. p. 693.

[7] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* São Paulo: Almedina, 2016. p. 643.

de suas atribuições, uma vez que se trata de uma Constituição que se pretende normativa, com concretização de seu conteúdo constitucional, requerendo uma postura diferenciada diante da realidade social.

3. A Importância da Criação do Conselho Nacional do Ministério Público

O modelo atual de Ministério Público também completa 30 anos de existência, tal qual a Constituição Federal, sendo sua roupagem e estrutura institucional renovada aos longos dos anos, tendo em conta seus erros, omissões e conquistas, comuns a qualquer instituição.

Dentro dessa perspectiva evolutiva, em harmonia ao sistema de freios e contrapesos dos órgãos constitucionais, por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004, foi criado o Conselho Nacional do Ministério Público, com a função de exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Como todo órgão constitucional, o Ministério Público também deve ser controlado, a fim de dar transparência as suas ações e propiciar uma sociedade mais cidadã e democrática, sem favoritismos ou perseguições. Desta forma, surge o CNMP, para além de servir de instrumento de controle administrativo, financeiro e disciplinar, sobretudo, estruturar o Ministério Público em âmbito nacional[8].

Sua formação é representada por 14 membros de diversos setores da sociedade (membros de todos os ramos do Ministério Público, juízes de direito, advogados e cidadãos), de modo que seja uma instituição aberta e plural, em que o controle possa ser balizado por diversas perspectivas, institucionais e de pessoal. Além disso, tal composição permite que o Conselho Nacional do Ministério Público possa atuar em sintonia com o Judiciário e a Advocacia, a fim de que unidos possam defender a sociedade da melhor maneira possível, com organização e planejamento estratégicos. Daí decorre a importância de sua diversidade representativa.

O artigo 130-A, § 2º, incisos I a IV, da CF/88, traz as atribuições do Conselho Nacional de Justiça.

[8] CAVALCANTI, Felipe Locke. O papel do CNMP e os desafios da instituição MP. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 75. p. 137.

Vale destacar a função de zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências. Isto permite ao CNMP orientar sua forma de atuação nacional, com planejamento e desenvolvimento de ações estratégicas, a exemplo do que faz a Recomendação 54, de 28 de março de 2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público[9], em busca da resolução de litígios, preferencialmente, sem a necessidade de um processo judicial, tendo em vista o menor tempo e custo social ao interesse da sociedade, assegurando a máxima efetividade possível por meio de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. Além disso, pode regulamentar a forma de atuação nacional da instituição, a exemplo do que fez a Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, do CNMP, que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Por meio de recomendações administrativas, o CNMP pode sugerir medidas a serem tomadas pelos ramos do Ministério Público e seus membros diante de certas circunstâncias, que embora não sejam vinculantes possuem força moral para o seu cumprimento, uma vez que é indicativo de que tal medida faz parte do planejamento estratégico nacional, de modo que haja harmonização da gestão de todos os ramos do MP. Tal estratégia permite a análise de indicadores de efetividade em eventuais correições, para enxergar tendências e corrigir o planejamento de atuação. Do mesmo modo, o poder regulamentar permite a punição e a correção administrativa dos membros do Ministério Público que não seguirem as normativas institucionais, prejudicando a defesa do interesse público.

Compete ao CNMP, também, zelar pela observância do art. 37 da CF/88 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas. A possibilidade de o CNMP realizar o controle de legalidade e legitimidade de atos administrativos prati-

[9] CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Ministério Público Resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional. *Revista dos Tribunais*, vol. 982, ago./2017, p. 107-134.

cados por membros ou órgãos de qualquer ramo do Ministério Público traz uma maior fiscalização e transparência à entidade. Não significa dar poderes jurisdicionais ao Conselho, tal qual o controle de constitucionalidade de lei, mesmo que no caso concreto, uma vez que sua função de controle se limitaria aos atos administrativos praticados[10]. Como órgão constitucional, o Ministério Público deve além de zelar pela ordem pública, ter uma atuação escorreita aos ditames legais.

Esta previsão permite ao CNMP averiguar fatos omissos de investigação dentro de algum ramo do Ministério Público. Embora continue sendo possível que o Ministério Público da situação investigue tal fato, dentro do seu controle interno, abre-se a possibilidade de que uma instituição nacional de controle adote as providenciarias necessárias a manutenção da ordem jurídica dos atos administrativos praticados.

Além disso, o CNMP pode receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa. Ademais, o CNMP pode rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano.

Estas atribuições permitem ao CNMP atuar como órgão de controle externo da atividade disciplinar e correcional do Ministério Público, conhecendo de reclamações contra membros e órgãos do MP e seus serviços auxiliares, como forma de fiscalizar os diversos ramos do Ministério Público, inibindo a omissão fiscalizatória a determinados casos. Por exemplo, eventual arquivamento de procedimento disciplinar na origem permite ao CNMP revisar o arquivamento, mediante a abertura de novo Processo Administrativo Disciplinar (PAD), desde que respeitadas as garantias legais do investigado.

Também, em consonância a ideia de planejamento e gestão do Minis-

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *MS 27.744*, rel. min. Luiz Fux, j. 6 maio 2014.

tério Público em nível nacional, compete ao CNMP elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias a situação do Ministério Público no país e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem do Presidente da República por ocasião da abertura da sessão legislativa. Isto corrobora a ideia de que a atuação institucional deve ser objetiva e visar resultados, os quais podem ser demonstrados em indicadores de gestão do Ministério Público, o que possibilita o monitoramento da instituição e visualização dos caminhos para reagir a determinadas situações que se inserem dentre suas atribuições.

A utilização de indicadores de desempenho pelo CNMP demonstra sua preocupação com o processo de *accountability* (responsabilização), uma vez que tem seu gerenciamento voltado aos resultados da instituição, em comparativo as metas preestabelecidas. Dentre estes indicadores, pode-se mencionar: a transparência e credibilidade da instituição frente à sociedade; o estabelecimento de condutas uniformes que potencializam a atividade da instituição; o aperfeiçoamento dos sistemas de admissão e capacitação de seus membros e servidores; um maior controle disciplinar, mediante a redução dos casos de prescrição de procedimentos administrativos; a facilitação do acesso da população às informações do Ministério Público; a informatização dos processos; a modernização da estrutura física e tecnológica, dentre outros.

Assim, o Conselho Nacional do Ministério Público exerce importante papel na manutenção da independência funcional do Ministério Público, enquanto órgão de controle da atividade-fim dos membros do Ministério Público. Não deve haver qualquer favorecimento ou truculência na atuação de seus membros, sendo passíveis de correção e disciplina, como em qualquer outra instituição republicana, o que é reforçado pela criação do CNMP. Em busca de gestão nacional da instituição, desponta sua atividade regulamentar, que confere planejamento estratégico às atuações e estabelece metas a serem alcançadas. Não se trata mais de dar objetivos constitucionais a serem perseguidos pela instituição sem ter mecanismos de gestão deste papel.

4. Modelos de Atuação Funcional do Ministério Público

Com a consagração e potencialização do Ministério Público na Constituição de 1988, surgem dois modelos de atuação funcional: o Ministério Público Demandista e o Ministério Público Resolutivo, que em certos pontos

se encaixam e se confundem com as formas de atuação de seus membros (membros de Gabinete e de Fato), tudo a depender da existência de um plano estratégico de atuação ou da inexistência dele.

O Ministério Público Demandista tem atuação restrita ao Poder Judiciário, em que todas suas atribuições podem ser resolvidas por meio de um processo judicial, reduzindo a atuação do membro do Ministério Público a um mero agente processual.

Nesse contexto, na esfera criminal, a atuação do Ministério Público restringe-se ao ajuizamento de ações penais e ao controle externo da atividade policial, bem como o acompanhamento da instrução processual. Esse modelo impõe limites ao perfil do promotor de direitos e pacificador social, ao limitar a análise individualizada de cada ilícito penal a que deve se atribuir uma sanção, o que dificulta o exame do crime enquanto fenômeno social. O Ministério Público Demandista trabalha de forma atomista, caso a caso, desconsiderando a possibilidade de formação grupos de apoio e equipes de trabalho[11]. Além disso, tem uma fiscalização à distância da atividade policial, sem nenhum canal de comunicação direto com a Polícia Judiciária, para além de cotas e ofícios limitados ao inquérito policial.

Já o Ministério Público Demandista, na esfera cível, também se concentra em um perfil de agente processual, como autor de ações civis públicas e "fiscal da lei" (parecerista), nos processos em que o bem da vida reclama a atuação do Ministério Público como *custos iuris* (art. 178, CPC/15 e Recomendação nº 34/2016 do CNMP). A utilização de procedimentos administrativos extrajudiciais, como a notícia de fato, o procedimento preparatório e o inquérito civil, são utilizados tão somente para coletar provas necessárias à propositura de uma medida judicial, sem fomentar práticas negociadas (conciliação e mediação), a fim de encontrar uma solução no plano extrajudicial que seja mais rápida e efetiva. Ademais, a atuação do Ministério Público Demandista junto à sociedade civil, como na fiscalização de entidades não governamentais e órgãos públicos, por meio de visitas e diligências, limita-se a medidas repressivas a determinados problemas que lhe são denunciados.

Por outro lado, o Ministério Público Resolutivo é aquele que põe a prova o princípio da independência funcional, que toma iniciativa em sua atuação,

[11] GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 1, 2001. p. 28.

que atua de forma preventiva e não se restringe ao campo processual. É proativo e antecede ao problema, mediante um conjunto de iniciativas junto à formulação de políticas públicas, e não somente em sua fiscalização, após uma maior interação com as entidades civis e governamentais, conselhos de direitos e autoridades públicas[12].

Por exemplo, o Ministério Público do Rio Grande do Norte recebeu o Prêmio CNMP 2016 na categoria indução de políticas públicas com o projeto Nascer com Dignidade[13]. Tal iniciativa visava reduzir a mortalidade materna e infantil, em razão dos óbitos de recém-nascidos e maternos decorrerem de causas evitáveis, relacionadas em sua maioria à falta de atenção adequada à mulher, durante a gestação, no parto e também ao feto e ao bebê. Com o intuito de assegurar um pré-natal de mais qualidade e um parto mais humano e seguro, bem como reestruturar os serviços de atenção ao pré-natal e ao parto, o MPRN mobilizou 56 Promotorias de Justiça, fez 391 visitas de inspeção em Unidades Básicas de Saúde e maternidades públicas, celebrou 10 Termos de Ajustamento de Conduta, redigiu 54 Recomendações Administrativas, organizou 9 audiências públicas e ajuizou 11 ações civis públicas.

O Ministério Público Resolutivo pode melhor identificar as demandas coletivas por meio da participação na comunidade (em reuniões com os Conselhos de Direitos, em visitas a estabelecimentos hospitalares, com o desenvolvimento de projetos sociais etc.) e mediante a realização de um atendimento ao público organizado, para filtrar os aspectos comuns a determinados grupos de interesses sociais relevantes.

A atuação resolutiva do Ministério Público prestigia a ação colaborativa e em rede, buscando o labor conjunto ou compartilhado de Promotorias/

---

[12] Pelo art. 1º, § 1º, da Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017, *"entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro, no âmbito das suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações"*.

[13] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Prêmio CNMP 2016: Ministério Público, um projeto, muitas conquistas: projetos premiados.* Brasília: CNMP, 2016. p. 19.

Procuradorias de Justiça. Aliás, a *cooperação* entre unidades especializadas, em áreas afins, permite que a matéria seja analisada sob os mais variados ângulos e aspectos, o que facilita a definição de estratégias de ação institucional, a divisão de tarefas e o compartilhamento de responsabilidades, com a atuação processual e extraprocessual mais rápida, completa e melhor fundamentada, o que torna o Ministério Público mais eficiente[14]. Com efeito, supera-se a ideia de que a atribuição de certa Promotoria está vinculada, necessariamente, a uma "Vara" Judicial, já que um determinado problema, em razão da sua complexidade e interdisciplinaridade, para ser melhor resolvido, pode e deve ser solucionado por duas ou mais Promotorias, em conjunto. Desse modo, é possível suplantar a concepção "tradicional" de atribuição ministerial, para se buscar "atribuições sistêmicas, conjuntas ou compartilhadas", a fim de promover convergências estruturais, otimizando os recursos humanos, reduzindo custos e duplicidade de trabalho, o que torna mais resolutiva a atuação do Ministério Público.

Na esfera penal, o Ministério Público Resolutivo não atua tão somente na propositura de ações penais, baseadas nas investigações conduzidas pela Polícia Judiciária. Tem uma visão abrangente do fenômeno da criminalidade - baseada em dados estatísticos, indicadores sociais, informações coletadas junto a entidades científicas, governamentais ou não, e aferidas no contato com conselhos de direitos e entidades públicas - conduzindo sua atuação mediante práticas preventivas junto à sociedade civil, por meio da comunicação dialógica com instituições não governamentais e participação no ciclo de políticas públicas implantadas pelos órgãos governamentais.

Por exemplo, a atuação do Ministério Público Resolutivo, enquanto agente político fomentador de políticas públicas na esfera criminal, pode ser visualizada na atuação dos membros do Ministério Público junto à divulgação e a ampliação do Método APAC - Associação de Proteção e Assistência aos condenados, entidade dedicada à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade – em busca de melhoria do sistema penitenciário brasileiro. O Ministério Público tem sido um dos canais de comunicação entre a sociedade civil e os órgãos governamentais, a fim

[14] DIGIÁCOMO, Murillo José. O Ministério Público e a utopia. In: *Direito e justiça. Estudos em homenagem a Gilberto Giacoia.* Org. Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf. Curitiba: Ministério Público, 2016. p. 109-110.

de difundir o método, de modo que seus membros não atuam tão somente como fiscal da execução penal, mas como agentes transformadores de sua melhoria, remediando um problema latente no Estado brasileiro[15].

Desse modo, o Ministério Público Resolutivo não apenas se contenta em ser o titular privativo da ação penal, mas procura ser agente indutor e transformador da política criminal, sendo protagonista e fomentador de políticas públicas na área de segurança pública[16].

Nesse contexto, o Ministério Público Resolutivo realiza diagnóstico, fiscaliza e monitora políticas públicas de segurança pública, com o desenvolvimento de diretrizes de prevenção e repressão à criminalidade[17]. Também, toma iniciativa na condução da persecução penal, produzindo provas e fiscalizando a atuação da Polícia Judiciária, bem como age de forma integrada, formando grupos de trabalho e forças-tarefa, com a participação efetiva de Delegados, Promotores/Procuradores de Justiça e Procuradores da República em uma mesma sistemática de trabalho estruturado, planejado e colaborativo, a fim de enfrentar a criminalidade organizada e difusa, de modo a evitar diligências desnecessárias e possibilitar a troca de informações e experiências. Tudo isso permite a tutela coletiva do direito fundamental à segurança pública (arts. 6º e 144 da CF/88), combater a criminalidade não convencional e evitar que o Direito Penal seja utilizado como uma forma de controle social que recai, invariavelmente, sobre a população mais vulnerável.

---

[15] A temática foi abordada no 7º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público, realizado em setembro de 2016.

[16] WALTRICK, Emiliano Antunes Motta. Ministério Público. Investigação criminal, controle externo da atividade policial e seu protagonismo na definição de políticas criminais. *Revista jurídica do MPPR*, vol. 4, agosto/2016, p. 75-76.

[17] A propósito, o documento final do VII Encontro Nacional do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial – ENCEAP, promovido pelo CNMP e realizado nos dias 1 e 2 de agosto de 2017, em Brasília/DF, conclamou a criação de "Promotorias (ou Núcleos) de Tutela Coletiva da Segurança Pública (ou da Atividade Policial), voltadas para os controles concentrado e difuso da atividade policial, sem prejuízo do controle difuso feito pelo promotor natural e do controle da probidade administrativa da atividade-meio, realizado pelas Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público". No Estado do Paraná, a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio da Resolução nº 550, de 31 de janeiro de 2018, instituiu o Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP).

No campo cível, o membro de Fato utiliza os procedimentos administrativos a sua disposição como forma de conduzir e pressionar uma solução rápida e direta das questões que afetam interesses metaindividuais sempre que possa evitar a propositura de uma ação civil pública ou de outra medida voltada à judicialização da demanda. Por meio de notícias de fato, procedimentos preparatórios e inquéritos civis, argumenta e convence a parte requerida a firmar compromissos de ajustamento de conduta e/ou acordos de leniência, que possam inibir a prática ou a continuidade do ilícito ou que conduzam a mais rápida reparação dos danos causados[18]. Além disso, em caso de eventual descumprimento do acordo firmado, em razão de se tratar de um título executivo extrajudicial, supera-se a fase de conhecimento de um processo judicial e parte-se para a sua execução.

Por meio de mecanismos de solução dialogada (negociação, mediação, conciliação, práticas restaurativas e convenções processuais)[19], capazes de

[18] Nesse ponto, cumpre destacar a posição inovadora trazida na Resolução nº 01/2017, de 15 de maio de 2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná, que estabelece parâmetros procedimentais e materiais a serem observados para a celebração de composição, nas modalidades de ajustamento de conduta e acordo de leniência, envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei nº 8.429/92 e aos atos praticados contra a Administração Pública, previstos na Lei 12.846/2013. Em seguida, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao regulamentar a tomada do compromisso de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985), na Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, asseverou, no seu art. 1º, § 1º, ser "cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado".

[19] A Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, do CNMP dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. Por sua vez, o artigo 3º, §3º, do CPC/15 afirma que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por membros do MP, inclusive no curso do processo judicial. Com efeito, mesmo em áreas menos sensíveis às soluções extrajudiciais, como o meio ambiente (*v.g.*, o Enunciado nº 1/2005, da 4.ª Câm. de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal estabelece: *"Intervenções em áreas de preservação permanente. Termo de Ajustamento de Conduta. Impossibilidade de homologação. Enunciado: Termos de Ajustamento de Conduta que violem dispositivo legal não são passíveis de homologação, a exemplo dos que visam a regularizar intervenções em área de preservação permanente"*) e a proteção ao patrimônio público (cuja possibilidade de acordo de leniência está prevista nos arts. 16 e 17 da Lei 12.846/2013 e de mediação,

promover o acesso à justiça deliberativa, o Ministério Público Resolutivo também pode ampliar o diálogo com instituições públicas e privadas ou incentivar a democracia participativa na sociedade civil. Afinal, antes de se judicializar uma política pública, o Ministério Público pode fomentar[20] ou utilizar instrumentos para melhor atender os anseios da comunidade, tal qual a realização de audiências públicas[21], em que se forma um espaço democrático, a fim de que os destinatários das medidas a serem adotadas participem diretamente da construção da solução ao problema e das tomadas de decisão. Assim, o Ministério Público funciona como verdadeiro canal de comunicação entre a sociedade e o Estado[22].

Nesse sentido, como pontua Marcelo Pedroso Goulart, o Ministério Público deve: politizar e desjurisdicionar a sua atuação (rever a atuação demandista), transformando-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual de sua atuação; atuar em redes integradas, de âmbito local, regional, estatal, comunitário e global, habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas[23]; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado; e procurar soluções

até em ações de improbidade administrativa; art. 36, §4º, da Lei 13.140/2015), a legislação e a atuação do Ministério Público (*v.g.*, como ocorre com as implicações dos atos de improbidade administrativa apurados pela Operação Lava Jato, após a colaboração processual de empresários e políticos no âmbito penal; arts. 4º a 7º da Lei 12.850/2013) vêm demonstrando a necessidade de ampliação da utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos pelo Ministério Público. Verificar, dentre outros: VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de processo*, vol. 251, jan./2016, p. 391-426; CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil.* vol. I. Org. Geisa de Assis Rodrigues e Robério Nunes dos Anjos Filho. Brasília: ESMPU, 2016. p. 161.

[20] Nesse sentido, é importante que o Ministério Público protagonize a celebração de convênios e parcerias com outras entidades para ampliação das formas de autocomposição de conflitos, tais como o Tribunal de Justiça (CEJUSC) e as Universidades.

[21] A Resolução nº 82, de 29 de fevereiro de 2012, do Conselho Nacional do Ministério Público regulamenta as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados.

[22] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* cit. p. 644.

[23] CAMBI, Eduardo; GONÇALVES, Leonardo Augusto. Ministério Público social. *Revista de processo*, vol. 177, nov./2009, p. 209-231.

judiciais somente depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas[24].

Tal reformulação do Ministério Público, transpondo-se um modelo Demandista para um paradigma Resolutivo, passa por um planejamento estratégico orientado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, discutido e implementado por cada ramo e unidade do Ministério Público, visando estimular a atuação eficiente dos respectivos membros e a transformação da cultura institucional, voltada para a entrega à sociedade de resultados socialmente relevantes.

Embora a Lei 13.105 de 2015, novo Código de Processo Civil, não tenha efetivamente avançado na profundidade de atuação do Ministério Público na esfera cível, especialmente na defesa de direitos coletivos *lato sensu*, disposta em leis especiais, tal como a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Improbidade Administrativa, dentre outros, pode-se apontar uma simbólica melhoria na tradicional função de interveniente na área cível.

O modelo de Ministério Público implantado pela Constituição de 1988 teve força normativa na elaboração do CPC/15, uma vez que o membro do Ministério Público não teve sua função restrita a de um simples "fiscal da lei" ou parecerista, tal qual previa o artigo 83 do Código de Processo Civil de 1973, mas a de *custos iuris*, privilegiando a defesa do interesse público e social, dos incapazes, além da necessidade de manifestação ministerial sobre questões de litígio coletivo sobre posse de terra urbana (artigo 178, CPC/15)[25].

Por isso, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomen-

[24] GOULART, Marcelo Pedroso. Op. cit. p. 28-29.

[25] Para um maior aprofundamento do Ministério Público no Código de Processo Civil, recomenda-se, dentre outros: ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no novo CPC para o Brasil. *Revista jurídica do MPPR*, vol. 5, ago./dez. 2016, p. 157-198; BERCLAZ, Márcio Soares. MOURA, Millen Castro Medeiros de. O Ministério Público e o processo coletivo no novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. *Coleção Repercussões do Novo CPC.* v. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 457-469; VENTURI, Elton. A voz e a vez do interesse público em juízo: (re) tomando a sério a intervenção *custos legis* do Ministério Público no novo processo civil brasileiro. In: *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. vol. 1. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). Brasília: ESMPU, 2016. p. 261-300.

dação 34, de 05 de abril de 2016, em que se reafirma a necessária remessa dos autos ao Ministério Público, sendo indevida a renúncia (prévia) de vista, pois o juízo de identificação do interesse público, a justificar a atuação do ministerial, é exclusivo do membro do Ministério Público. Além disso, a aludida recomendação, na esteira de um Ministério Público mais resolutivo, determina que os órgãos do Ministério Público, no âmbito de sua autonomia administrativa e funcional, devem priorizar a atuação nos processos civis de acordo com o planejamento das questões institucionais; com a avaliação da relevância social dos temas e processos em que atuem; pela busca da efetividade em suas ações e manifestações; bem como pela limitação do labor em casos sem relevância social, para direcioná-lo na defesa dos interesses da sociedade.

Ademais, é importante destacar a Recomendação 57, de 5 de julho de 2017, pela qual o CNMP regulamentou a atuação dos membros do Ministério Público nos Tribunais. O objetivo desse ato normativo foi destacar o compromisso dos membros da instituição com a sociedade, tornando mais efetivo, proativo e eficaz o trabalho do Ministério Público, para aprimorar a sua atuação tanto nos Tribunais quanto na esfera extrajudicial, com ênfase no fortalecimento da tutela dos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, tal Regulamentação busca, dentre outras medidas, fortalecer o diálogo, a interação e a integração entre os membros do Ministério Público que atuam nas diversas instâncias jurisdicionais (art. 10), otimizar as manifestações do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica para evitar a mera reprodução de pareceres elaborados em primeiro grau de jurisdição (art. 17), bem como disciplinar as manifestações e o comparecimento às sessões dos tribunais (art. 19), incluindo as de conciliação e mediação, a entrega de memoriais, a realização de sustentações orais e a interposição de recursos aos Tribunais Superiores. Portanto, a Recomendação 57/2017 pretende romper com a atuação meramente parecerista dos membros do Ministério Público junto aos Tribunais, para que possam assumir, em razão do princípio da unidade institucional, atribuições conjuntas com os integrantes da carreira em primeiro grau de jurisdição, o que permite, inclusive, a atuação em forças-tarefa, auxiliando o promotor natural tanto na investigação dos fatos quanto na propositura e monitoramento das ações judiciais voltadas à efetivação da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF/88).

5. A Tentativa de Diminuição do Poder de Investigação Criminal do Ministério Público

As atribuições constitucionais destinadas ao Ministério Público envolvem as mais diversas frentes dos problemas da sociedade, embora haja uma identificação histórica do órgão com o combate a criminalidade e questões atinentes à política criminal do país, como puderam ser observadas na parte histórica deste artigo.

Desse modo, com uma maior autonomia do Ministério Público na Constituição Federal de 1988, o seu poder de investigação criminal ganhou ainda mais força, ainda que não tenha previsão expressa e se fundamente na teoria dos poderes implícitos. Baseia-se na ideia de que quando a Constituição confere atribuições finalísticas a determinado órgão, a exemplo da função do Ministério Público de promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, CF/88), haveria uma implícita atribuição de poderes-meio para a realização desta atividade. Em suma, quando a Constituição Federal outorga determinada atividade-fim a um **órgão, também concede os meios necessários para sua realização, respeitados a razoabilidade e a proporcionalidade destes poderes.**

Sob o entendimento da doutrina dos poderes implícitos foi editada a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar 75/1993, e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei Complementar 8.625/1993, permitindo ao Ministério Público a prática de diligências investigatórias criminais, devidamente regulamentadas pela Resolução 13, de 02 de outubro de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público[26], disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal.

Assim, prevalecia o entendimento acerca da possibilidade de o Ministério Público praticar, diretamente, atos de investigação criminal, dividindo tal atribuição com outras esferas organizacionais, como a Polícia Judiciária, o Poder Legislativo, o Tribunal de Contas, dentre outros órgãos.

No entanto, sempre que o Ministério Público colocava em prática seus poderes investigativos em face de determinado membro do Poder Legis-

[26] Esta resolução foi revogada expressamente pela Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, sendo aqui mencionada apenas para melhor compreensão cronológica da regulamentação do tema.

lativo, do Poder Executivo ou da própria Polícia Judiciária, criava-se uma crise interinstitucional e um embate de forças constitucionais em face dos poderes investigativos do Estado. Voltava-se a discutir sobre a autonomia institucional do Ministério Público e seu poder investigativo. Consequentemente, algumas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas em face dos diplomas legais que permitem a investigação criminal pelo Ministério Público, podendo-se citar a ADI 2.943, a ADI 3.836 e a ADI 3.806.

Em meio a tais discussões, diversos escândalos de corrupção e crime organizado, nas mais altas esferas de poder do país, envolveram importantes políticos e deflagraram grandes operações, como a do "Mensalão"[27] e, mais recentemente, a "Lava Jato", o que fez retomar as discussões em torno da diminuição do aparato investigativo do Ministério Público e sua autonomia institucional.

Dentre as ações para diminuir autonomia do Ministério Público no âmbito das investigações criminais, é importante mencionar a Proposta de Emenda Constitucional 37/2011, também chamada de "PEC da Impunidade", que propunha a exclusividade do poder de investigação criminal às polícias federal e civil, do Estado e do Distrito federal, retirando tal atribuição de alguns órgãos, inclusive do Ministério Público.

Patente seu despropósito e colocando em risco a manutenção do Estado Democrático de Direito, a contrariedade a PEC 37 foi uma das bandeiras do movimento "Vem pra rua" do ano de 2013, que levou milhares de manifestantes às vias públicas do país para protestarem contra a corrupção e a aludida PEC, que limitaria os poderes investigativos do Ministério Público e, por consequência, aumentaria o número de casos de corrupção sem a devida investigação. Embora houvesse renomados juristas a favor da proposta, a PEC foi rejeitada pela Câmara dos Deputados por 430 votos contrários e 9 favoráveis.

Em resposta à manifestação social contra a corrupção, ganhou força projetos legislativos que buscavam justamente combater o crime organizado e a corrupção, originando importantes leis na esfera investigatória, a exemplo

[27] Escândalo de corrupção política, ocorrido entre 2005 e 2006, em que houve e compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional. Foi objeto de investigação pelo Ministério Público e deu origem a Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal, julgada nos anos de 2012 e 2013.

da Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; e a Lei de Combate à Corrupção, Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Outro grande esforço de combate à corrupção foi deflagrada em 2014, a Operação "Lava Jato", que reúne um conjunto de investigações visando apurar esquemas de lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, organização criminosa, associação criminosa, obstrução da justiça, crimes contra o sistema financeiro, dentre outros crimes contra a administração pública, cometido por políticos e empresários, inicialmente envolvendo a empresa estatal Petrobras. Diversos instrumentos de investigação criminal, potencializados por essas leis, foram utilizados na operação, sobretudo, as colaborações premiadas e os acordos de leniência, que ganharam força no cenário jurídico nacional, ocasionando nova resistência e críticas por segmentos mais conservadores e retrógrados a sua utilização.

Importa destacar a modificação de perspectiva das investigações criminais no Brasil, uma vez que a punição dos envolvidos nos crimes investigados pela Lava Jato não tem sido o único objetivo da operação, diante da percepção de que a recuperação do dinheiro público desviado é socialmente mais valioso do que a punição de qualquer agente criminoso. Essa mudança na condução das investigações deu guarida a maior recuperação de dinheiro da história do país, em torno de R$ 11,5 bilhões, originário, em sua maior parte, de acordos de leniência e colaboração premiada firmados com empresas e colaboradores[28]. Como se trata de uma megaoperação envolvendo agentes em diversos Estados, com dinheiro público remetido a paraísos fiscais no exterior, caso não houvesse um planejamento estratégico na condução das investigações e a colaboração do Ministério Público em outros países, o desempenho da Operação Lava Jato não seria o mesmo.

Além disso, no ano de 2015 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o RE 593727, em sede de repercussão geral, reconhecendo a legiti-

[28] Dados retirados do site da operação Lava Jato do Ministério Público Federal, atualizado até o dia 9 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>. Acesso em: 21. fev. 2018.

midade do Ministério Público para promover investigações criminais, por autoridade própria, desde que respeitados parâmetros legais e constitucionais[29]. Esta decisão, embora apenas confirme o entendimento majoritário da doutrina, é de suma importância para a proeminência do Ministério Público na investigação criminal. Diante disso, com o objetivo de tornar as investigações presididas pelo Ministério Público mais céleres, eficientes, desburocratizadas, informadas pelo princípio acusatório e respeitadoras dos direitos fundamentais do investigado, da vítima e das prerrogativas dos advogados, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 181, de 7 de agosto de 2017.

Nesse esforço de combate à corrupção sistêmica e à impunidade de políticos e empresários que se enriquecem com o dinheiro público, é muito importante a manutenção dos precedentes firmados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, como o HC 126.292-SP, que concluíram pela execução provisória da decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, posto que tal entendimento não viola a regra constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, CF/88).

Conclusão

A história do Ministério Público está em compasso com o desenvolvimento da democracia brasileira, com importante papel na formação do país. Em certos momentos foi renegada sua autonomia funcional, colocando-o como simples

[29] Tese fixada pelo STF: "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *RE 593727/MG*, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14 maio 2015.

órgão do Poder do Estado, sem autonomia própria. A Constituição Federal de 1988 funciona como marco inaugurador de uma nova fase do Ministério Público, como instituição permanente e autônoma, desatrelada dos Poderes do Estado e ao histórico modelo patrimonialista brasileiro que, assentado na corrupção sistêmica, protege políticos, altos funcionários públicos e empresários em detrimento da probidade administrativa, do adequado financiamento de políticas públicas e dos direitos fundamentais sociais, da erradicação da pobreza, da diminuição das desigualdades sociais e da promoção da justiça.

No entanto, o caminho para a afirmação do Ministério Público no Estado Democrático de Direito não fica restrita a aspectos formais de reconhecimento constitucional, sem que haja efetiva independência e autonomia, em especial financeira, para a sua atuação na defesa da ordem jurídica.

O Ministério Público deve sempre estar atento as suas omissões, erros e eventuais abusos, como toda instituição humana, para não se tornar um órgão estanque e desatrelado do desenvolvimento da sociedade como um todo. Críticas e embates acerca de suas atribuições farão parte do seu desenvolvimento, porém, eles irão diminuir à medida que a sociedade compreenda suas funções e tenha confiança na escorreita integridade dos seus fins.

Nessa perspectiva surge um modelo institucional contemporâneo, o Ministério Público Resolutivo, construído a partir da atuação de cada ramo, unidade e membro da instituição, com respeito ao planejamento estratégico e à gestão de resultados.

Ademais, a criação do Conselho Nacional do Ministério Público foi importante para o fortalecimento e a integração do Ministério Público brasileiro. Com isso, ganhou os princípios da unidade e da autonomia da instituição, sem prejuízo da ampliação do aspecto disciplinar e correcional, que, com a atuação do CNMP, não fica mais adstrito ao Ministério Público da situação do fato passível de investigação, diminuindo arbitrariedades dos seus membros e colocando-o a par da legalidade inerente a qualquer órgão constitucional.

É certo que existem várias dificuldades na atuação proativa e preventiva do Ministério Público, dentre elas a confiança da população na instituição, que pode ser aumentada por meio de uma maior transparência e abertura dos canais democráticos de defesa dos interesses sociais, bem como a otimização das estruturas físicas e humanas do Ministério Público. Isso depende da priorização de modelos descentralizados e regionais, focados em questões temáticas, que, nem sempre, acompanham a mesma lógica da organização do Poder Judiciário, com ênfase em uma política de melhor identificação

das demandas coletivas e de incentivo à autocomposição. Por outro lado, não se pode minimizar a atuação processual do Ministério Público (audiências, ações judiciais, pareces, dentre outras), que continuará existindo e deve ser prestada com eficiência e qualidade.

A melhoria na qualidade da atuação dos membros do Ministério Público é proporcional ao incremento de políticas institucionais, que dependem do investimento permanente na qualificação e na ampliação do número de membros no Brasil, necessárias para assegurar a expansão das atribuições institucionais de um Ministério Público Resolutivo.

Em períodos de desenvolvimento econômico reduzido, a gestão do Ministério Público precisa ser eficiente, assumindo o desafio de fazer mais com menos recursos. Por isso, mais do que nunca, faz-se necessária a adequação da independência funcional do Ministério Público a um planejamento funcional e estratégico, com a reformulação de sua atuação na esfera cível e penal (visualizando o delito como fenômeno social, que pode ser combatido em diversas frentes, especialmente com caráter preventivo), bem como intensificar as estruturas de investigação e repressão dos ilícitos (por meio da tecnologia da informação, redes de proteção ao patrimônio público, operações integradas com as Polícias e os demais órgãos de controle ou com outros ramos da instituição, otimização/integração da atuação das Promotorias/Procuradorias de Justiça, diálogos com o Poder Judiciário, educação continuada de membros e servidores etc).

CAMBI, E.; FOGAÇA, M. V.; 30 years of the federal constitution of 1988 and the new challenges of the Public Ministry in Brazil. *Justitia*, São Paulo, v. Especial, p. 266/290, Set 2019.

- **ABSTRACT:** The Brazilian Public Prosecutor's Office underwent significant transformations with the Federal Constitution of 1988. Throughout the three decades of this Constitution, new models of institutional action have emerged that need to be improved so that the Public Prosecution Service becomes more efficient and resolutive.

- **KEYWORDS:** Federal Constitution / 1988; Public ministry; Resolutivity.

Referências

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal*. Brasília: ESMPU, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *RE 593727/MG*, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14 maio 2015.

_____. _____. Primeira Turma. *MS 27.744*, rel. min. Luiz Fux, j. 6 maio 2014.

BUCHMANN, Willian. Ministério Público, participação social e políticas públicas. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013.

CAMBI, Eduardo. Princípio da independência funcional e planejamento estratégico do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, vol. 955, maio/2015.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* São Paulo: Almedina, 2016.

_____; GONÇALVES, Leonardo Augusto. Ministério Público social. *Revista de processo*, vol. 177, nov./2009.

_____; FOGAÇA, Marcos Vargas. Ministério Público Resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional. *Revista dos Tribunais*, vol. 982, ago./2017.

CAVALCANTI, Felipe Locke. O papel do CNMP e os desafios da instituição MP. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 75.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Prêmio CNMP 2016: Ministério Público, um projeto, muitas conquistas: projetos premiados.* Brasília: CNMP, 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José. O Ministério Público e a utopia. In: *Direito e justiça. Estudos em homenagem a Gilberto Giacoia.* Org. Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf. Curitiba: Ministério Público, 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório ICJ Brasil*: 1º semestre de 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf? sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 fev. 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 1, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 731, jan. 2013/abr. 2013. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2017.

SADEK, Maria Tereza. Cidadania e Ministério Público. *Justiça e Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro, v. 1, 2009.

WALTRICK, Emiliano Antunes Motta. Ministério Público. Investigação criminal, controle externo da atividade policial e seu protagonismo na definição de políticas criminais. *Revista jurídica do MPPR*, vol. 4, agosto/2016.

O Ministério Público: Origens Históricas, seu Nascedouro no Brasil e sua Posição nas Constituições Pátrias

Ronaldo Batista PINTO
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.
Mestre em Direito pela UNESP.

Introdução

Origens históricas - Buscar-se a origem do Ministério Público traduz-se em tarefa das mais árduas, dada à diversidade de informações que tratam do tema quase que a impedir que se indique, com precisão, a genealogia da Instituição. Tantas são as fontes encontráveis, quer na doutrina nacional, quer na doutrina alienígena, que o marco inicial do Ministério Público – e aí todos estão concordes – é impossível de ser apontado, embora se indiquem, aqui e acolá, alguns antecedentes, mesmo que remotos, capazes de, em maior ou menor grau, se aproximarem do que hoje constitui o Ministério Público. Soma-se a isso a parcialidade com que alguns autores abordam o tema, pretendendo trazer para sua respectiva pátria a origem da Instituição: os italianos, destarte, fincando sua semente na Itália, os franceses na França e assim por diante.

Egito - Há quem recue ao antigo Egito para aí identificar os primeiros resquícios do Ministério Público. É a lição de Roberto Lyra, que, lastreado em Valori, vê no Egito de 4.000 anos um embrião do "parquet", indicando, inclusive, que eram seis os deveres cuja observância obrigava o *promotor*, embora, por óbvio, ainda sem essa denominação, a saber: "1 – É a língua e os olhos do rei do país; 2 – Castiga os rebeldes, reprime os violentos, protege os cidadãos pacíficos; 3 – Acolhe os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; 4 – É o marido da viúva e o pai do órfão; 5 – Faz ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; 6 – Toma parte nas instruções para descobrir a verdade" (*Teoria e Prática da Promotoria Pública*, 1937, pág. 9). Interessante a observação daquele que foi chamado de o *príncipe dos promotores públicos*. Anotamos, porém, que mais por curiosidade histórica do que propriamente

rigor científico, se pode vislumbrar nessa figura do Egito algo que lembre o Ministério Público, pelo menos com o perfil que hoje conhecemos. Vê-se, assim, que esse remoto *promotor*, ao constituir-se na língua e nos *olhos do rei*, era muito mais um representante dos interesses do monarca do que, propriamente, dos interesses da sociedade.

Itália - Os italianos, por sua vez, chamam para si a origem da Instituição, citando Amaro Alves de Almeida Filho a lição de Manzini, no sentido de que "se só se considerar o Ministério Público em sua qualidade de acusador público, pode ter razão Pertile (*Storia del diritto italiano*, vol. VI, 2, § 233), que sustenta que esse instituto tem origem italiana, e que não proveio nem do procurador do rei do direito francês nem do promotor fiscal da inquisição espanhola. Com efeito, em Veneza havia *avogadori di comum* que exerciam funções semelhantes as do nosso Ministério Público, e em alguns processos particulares se nomeava também um *abogado fiscal*, como, por exemplo, no processo contra o capitão general de mar Antonio Grimani. Devem recordar-se também os *conservadores de la lei de Florência*, *el abogado de la gan corte* de Nápoles etc". (*Do Ministério Público*, Revista *Justitia* – volume XXIX – abril-junho, 1960, pág. 196)

França - A maioria dos tratadistas que se debruçaram sobre o tema, porém, identificam mesmo na França o berço do Ministério Público, de onde, bem mais tarde, teria se espalhado pela Europa acompanhando as investidas de Napoleão. Essa é a opinião de Roberto Lyra, em capítulo de seu livro denominado "A França, Berço do Ministério Público": Ressalta que "Cesare Lombroso, prefaciando o melhor dos livros de Raoul de La Grasserie – *Lês principes sociologiques de la criminologie* – salientou numa cortesia ao autor, que a França, desde os enciclopedistas, preside a todas as inovações. Assim foi com a instituição do Ministério Público, que é, essencialmente, nitidamente, francesa e foi introduzida nos parlamentos e noutras jurisdições para a defesa dos interesses do Estado, separados da pessoa e da propriedade do senhor feudal, do soberano" (ob., cit., pág. 13).

Era ainda, em verdade, um mero preposto do Rei, com atuação junto aos tribunais. Mas que já apresentava um traço da Instituição hoje conhecida, na medida, inclusive, que esse procurador do rei se constituía

no titular do direito de acusar. Interessante, nesse aspecto, a observação de César Salgado: "Montesquieu, no seu precioso livro *De l'Esprit des Lois*, assinalou em sentenças memoráveis, o surgimento do Ministério Público. Ouçamo-lo, no original francês, para que se fixem, precisamente, o sentido e o alcance de seu enunciado: *Nous avon anjourd'hui une loi admirable; ctest celle qui vewut que le prince, 'etabli pour faire exécuter les lois, prépose um officier dans chaque tribunal pour poursuivre em son nom tous les crimes; (...) la parie publique veille pour les citoyens; elle agit, et ils sont tranquilles*. Em vernáculo, podemos dizer: "Dispomos agora de uma lei admirável, segundo a qual o príncipe, encarregado de executar as leis, nomeia um agente em cada tribunal para perseguir, em seu nome, todos os crimes; (...) a parte pública vela pelos cidadãos; ela age e eles se sentem tranqüilos" (*Justitia*, vol. XXXII – janeiro-março, 1961, pág. 30).

Destaquemos: foi mesmo na França onde inicialmente surgiu um esboço da noção que hoje temos do Ministério Público. Principalmente se tomarmos o ponto de vista da ação penal. Já estava superada a fase da acusação privada e, depois, passaria aquela em que a titularidade era deferida a qualquer do povo. Havia, naquele tempo, uma acusação pública, incumbida a um órgão estatal, em nome do Rei, é verdade, mas que, em síntese, acabava encarnando o interesse do Estado. Não se deve olvidar que passava a época de Luis XIV, auge do Absolutismo, onde a figura do monarca se confundia do Estado, conforme se pode extrair da famosa expressão *L'État c'est moi*.

Claro que os *gens du roi* velavam, também, pelos interesses do Rei. Trata-se, contudo, de atribuição que, nem por isso, impede que neles se identifiquem as mais remotas nuances do promotor de justiça de hoje. Aliás, até bem pouco tempo, mais precisamente até antes do advento da Constituição de 1988, o Ministério Público exercia funções típicas da advocacia pública, como, *verbi gratia*, a execução judicial de tributos em nome da União, tarefa hoje cominada aos procuradores da fazenda pública.

Parquet - A expressão "parquet", que hoje frequentemente designa o Ministério Pùblico, a propósito, é francesa. Segundo Tourinho Filho, "[...] na França antiga os Procuradores e os advogados do Rei não se sentavam sobre o mesmo estrado onde ficavam os Juízes, mas sobre o soalho (*parquet*) da sala de audiência, como as partes e seus representantes [...] Na sala das audiências havia um cancelo que separava os Juizes das demais pessoas. E

porque os Procuradores do Rei (*les gens du Roi*) ficavam sentados aquém do cancelo, com suas cadeiras postadas sob o assoalho (*parquet*), e não sobre o estrado, surgiu a expressão *Procurereurs au parquet*, ou simplesmente *Parquet*, para aludir aos Procuradores" (*Processo penal*, São Paulo: Saraiva, 26 ª ed., 2004, vol. 2, p. 333). Para Hélio Tornaghi "os monarcas procuraram por todos os meios robustecer a posição de seus representantes, dar-lhes independência em relação aos juizes e colocá-los em pé de igualdade com esses, fazendo inclusive que subissem do *parquet*, isto é, do assoalho para o estrado".

O Ministério Público no Brasil – Origens Históricas - Já as Ordenações Manuelinas, a partir de 1521, previam expressamente a existência do Ministério Público e, ao que se sabe, pela primeira vez teria sido utilizada a expressão *Promotor de Justiça*: "O promotor de justiça deve ser letrado, e bem entendido para saber espertar, e aleguar as causas, e razões que pera lume, e clareza da Justiça, e pera inteira conservaçam della convem, ao qual mandamos que com grande cuidado, e diligencia requeira todas as causas que pertencerem à Justiça, e conservaçom de nossa jurisdiçom, em tal guisa, que por sua culpa, ou negligencia nom pareça Justiça, nem nossa jurisdiçom seja deturpada; porque fazendo o contrário, Deos no outro mundo, e a nós neste dará disto conta".

Ao Brasil dessa época, praticamente habitado apenas pela população indígena e com presença quase insignificante do colonizador português, as Ordenações não tinham qualquer aplicação. Com efeito, passou-se quase um século para que se implantasse a Justiça em nosso país, por meio do Alvará de 7 de março de 1609, do Rei Dom Felipe III, criando um Tribunal na cidade de Salvador, denominado *Relação do Brasil* e que, segundo José Henrique Pierangelli, pode ser considerado "a pedra angular do edifício da Justiça Brasileira" (*Justitia*, vol. CXVII – abril-junho, 1982 – pág. 234). Esse diploma legal institui um Tribunal, cuja composição é detalhada por Edgard Costa, utilizando-se das expressões originais do alvará: "Haverá na dita Relação dez desembargadores, entrando nesse número o Chanceler, o qual servirá de juiz da Chancelaria; três desembargadores de agravos; um ouvidor-geral; um juiz dos feitos da Coroa e um procurador da Coroa, Fazenda e Fisco e promotor de justiça" (*Efemérides judiciárias*, publicação do Ministério de Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1961, pág. 142).

Pierangelli destaca, porém, que "com a vinda da Família Real para o Brasil, D. João VI, então Príncipe Regente, por Alvará de 22 de abril de

1808, criou o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e de Chancelaria e Ordens. Esse Alvará, no seu inciso III, criava um cargo de Promotor, que seria *exercitado por um Magistrado que eu houver de nomear*" (ob. e pág. citadas).

Proclamada a Independência, ambos os imperadores cuidaram da função de promotor de justiça. D. Pedro I, por meio das decisões 160 e 161, de 21 e julho de 1825, determinou que os abusos eventualmente cometidos pela imprensa (lembre-se que à essa época surgiu o Júri em nosso país, inicialmente concebido exatamente para o julgamento de crimes de imprensa), fossem comunicados ao *Promotor Fiscal*, a quem equiparou aos Magistrados, determinando que a ele fosse reservado o tratamento de *excelência*. Seu sucessor, D. Pedro II, por meio do Decreto nº 1.723, de 16 de fevereiro de 1856, determinou que o *desembargador promotor de justiça* tivesse vista de todas as apelações apresentadas aos *Tribunais da Relação*, naquilo que se pode conceber como sendo a primeira semente da atribuição hoje exercida pelos Procuradores de Justiça.

Ainda era, contudo, uma atuação nitidamente vinculada aos interesses do soberano, muito mais identificada com a antiga figura dos *Les Gens du Roi*, e que refletia – e nem poderia ser diferente – o momento histórico ainda marcado pelo Absolutismo, embora já a essa altura bafejado pelos ares do liberalismo e do positivismo, que emergiam naquele século XIX.

O Ministério Público, porém, assumiria novo fôlego, aproximando-se mais do perfil hoje conhecido, com a proclamação da República. Daí se afirmar que o parquet é mesmo uma obra republicana, pois a partir daí, especialmente com o advento do Decreto nº 848, de 11 de outubro de1890 e do Decreto nº 1.030, de 14 de dezembro de 1890, ganhou fôlego, deixando de se constituir em mero apenso do Poder Judiciário para se transformar na chamada "Magistratura de Pé". E, de fato, o art. 164, deste último diploma legal, declarou expressamente que "o ministério publico é perante as justiças constituidas o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses geraes do Districto Federal e o promotor da acção pública contra todas as violações do direito". Essa lei foi fruto da criação de Manoel Ferraz de Campos Sales, à época Ministro da Justiça do recém instituído governo provisório, que perduraria até 22 de janeiro de 1891. Dada à sua atuação à frente da pasta, se atribui a Campos Sales a áurea de precursor da independência do Ministério Público do Brasil e, por isso, o dia 13 de fevereiro, consagrado como "Dia do Ministério Público", coincide com a data de seu nascimento.

O Ministério Público e sua Posição nas Constituições Anteriores - A Constituição de 1891 não fez qualquer alusão ao Ministério Público, referindo-se, apenas, ao Procurador-Geral da República, a ser nomeado pelo Presidente da República dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 58, § 2º). Em cada um dos Estados, disse a Lei nº 221, de 1894, eram nomeados Procuradores Seccionais da República, a permanecerem no cargo "enquanto bem servirem", à exemplo da cláusula norte-americana do "during good behaviour", prevendo-se, assim, a possibilidade de demissão "ad nutum", segundo critérios discricionários do administrador.

Fez menção ao Ministério Público, pela primeira vez, em nível constitucional, a carta de 1934. Foi a instituição, assim, incluída no Título I, que tratava da "Organização Federal" e – vale pelo interesse histórico – mais especificamente no capítulo que cuidava dos "Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais". Ao lado do Ministério Público, os outros órgãos de cooperação eram o Tribunal de Contas e os extintos Conselhos Técnicos. Como indica a denominação do título, a Constituição tratava da organização, apenas, do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios. Deixava-se, assim, a cada estado-membro da Federação a incumbência de organizar, localmente, o seu Ministério Público. Lembre-se que à época a lei processual penal não se achava unificada em todo país, medida que se verificaria somente em 1941, com o advento do atual Código de Processo Penal.

A carta de 1934, a par de seu aspecto pioneiro, também previu outros direitos conferidos aos membros do Ministério Público e que, até os dias de hoje, perduram, como a vitaliciedade (art. 95, § 3º) e a equiparação entre os vencimentos do Procurador-Geral da República e do Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 95, § 1º). Demais disso, também prescreveu vedações ainda vistas, como o impedimento ao exercício de outra função pública senão a do magistério (art. 97). Outra importante inovação consistiu no fato de que o Procurador-Geral da República não mais seria escolhido dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas sim, "dentre os cidadãos com os requisitos estabelecidos para os ministros da Suprema Corte".

A "polaca" de 1937, de sua parte, em posição retrógrada quando comparada à Constituição de 1934, tratou do Ministério Público apenas no art. 99, *in verbis*: "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"**.** Foi, assim, omissa em relação à organização da Instituição, seu funcionamento, modo de ingresso, etc.

A Constituição de 1946 importou em notável avanço do Ministério Público. É dessa opinião Mário Dias, ao ressaltar que "embora não se tenha conseguido ainda completa vitória é, sem dúvida, digno de francos aplausos e altamente significativo para o futuro da instituição, o relevo a que atingiram, na sua estruturação constitucional, as discussão parlamentares, durante a elaboração da Carta Magna que ora rege os destinos do Brasil. Pela primeira vez, em nossa história constitucional, mereceu a instituição do Ministério Público brasileiro, as honras de um título especial no Estatuto básico da República, embora resumido em quatro únicos artigos, desprezadas que foram, ainda desta vez, as inúmeras emendas e sugestões apresentadas aos anteprojetos oficiais" (Ministério Público brasileiro, vol. I, p. 43)

E, de fato, embora mantendo a - criticada – possibilidade de demissão *ad nutum* do Procurador-Geral da República (art. 126), por outro lado a Carta trouxe importantes avanços, como a irremovibilidade, a vitaliciedade e a obrigatoriedade de ingresso na carreira mediante concurso público (art. 127). Obrigou, outrossim, em medida crucial para o futuro da instituição, que os Estados-Membros, na organização do Ministério Público local, atentassem a tais diretrizes fixadas na lei maior (art. 128). Cominou, ainda, aos Procuradores da República, a representação da União em juízo, "podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local", em atribuição hoje inexistente.

Na Constituição de 1967, promulgada em 27 de janeiro daquele ano, foi o Ministério Público incluído na Seção IX, do Capítulo VIII, que tratava do Poder Judiciário. Alguns vislumbraram, em tal inclusão, um avanço, eis que o Ministério Público fora, finalmente, como verdadeira "Magistratura de Pé", colocado ao lado do Poder Judiciário, em igualdade de condições. Outros, no entanto – e aqui se destaca a lição de Pontes de Miranda - (*Comentários à Constituição de 1967*, vol. IV, pág. 322) - afirmam que, com essa iniciativa, o *parquet* passou a ser, aos olhos do constituinte, um mero "órgão auxiliar" do Poder Judiciário. E, efetivamente, parecia a posição mais correta na medida em que o art. 107 daquela carta, que previa os órgãos do Poder Judiciário, em nenhum momento fazia menção ao Ministério Público.

Através da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o Ministério Pùblico, pelo menos em termos topográficos, ocupou a posição dentro do Poder Executivo.

Em síntese, assim trataram, a partir da República, as diversas Constituições brasileiras o Ministério Público: a de 1934, como "órgão de cooperação das atividades governamentais"; a de 1937 mencionou o Ministério Público de forma isolada, apenas em um artigo; a de 1946 disciplinou o Ministério Público em um título próprio; a Carta de 1967, inseriu o *parquet* na seção do Poder Judiciário e, finalmente, a emenda de 1969, como órgão do Poder Executivo.

O Ministério Público na Constituição de 1988 - É induvidoso que a Carta de 1988, desenhou o perfil que hoje apresenta o Ministério Público. Embora tratando-se de Instituição que se vê em constante evolução, por vezes com sua atuação ampliada, outras restringidas, ao sabor da jurisprudência dos Tribunais, é a "Cidadã de 1988" quem traça suas diretrizes, afastando-o, de vez, de qualquer papel representativo do Estado – e por conseqüência, das vetustas atribuições, *verbi gratia*, de defesa do erário ou dos atos governamentais - para assumir, indisputavelmente, a função de defensor da sociedade. É a exata dicção do art. 127, *caput*, de nossa Carta Magna, *in verbis*: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses socais e individuais indisponíveis".

Inegável a confiança depositada na Instituição pelo constituinte que, afastada qualquer intenção de *classificar* o Ministério Público como um *quarto poder* acrescidos àqueles teorizados por Montesquieu – *classificação*, diria, que encerra uma discussão estéril, sem qualquer conteúdo prático – conferiu ao *parquet* verdadeiro *cheque em branco*, para utilizarmos a expressão de Ulysses Guimarães, seu principal condutor. Para Marcelo Pedroso Goulart, com efeito, "[...] não foi difícil ao constituinte reconhecer no Ministério Público um dos canais que a sociedade poderia dispor para a consecução do objetivo estratégico da República brasileira, qual seja, a construção de uma democracia econômica e social. A trajetória traçada historicamente pela Instituição habilitou-se à representação dos interesses sociais e dos valores democráticos. Nessa perspectiva, a Constituição de 1988 consolidou o novo perfil político-institucional do Ministério Público, definindo o papel essencial que deve desempenhar numa sociedade complexa, na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, instrumentalizando-o para tais fins". (*Ministério Público e Democracia – Teoria e Práxis*, Leme: Editora de Direito, 1998, pág. 90).

O MPSP tem um Compromisso Inegociável com a Eficiência

Gianpaolo SMANIO
Procurador-Geral de Justiça, mestre e doutor em Direito e professor de pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

O impacto da atuação do Ministério Público de São Paulo no cotidiano de milhões de brasileiros é inegável. Isso representa uma verdade incontrastável nos dias de hoje, como representou no passado e certamente representará no futuro. Os valores e bens jurídicos que a nossa instituição tem como missão resguardar são, de certa forma, permanentes, mas a maneira de trabalhar vai se transformando ao longo dos anos.

E qual o papel de quem, momentaneamente, ocupa a Procuradoria-Geral de Justiça diante desse cenário? Auscultar os anseios do conjunto de procuradores e promotores de Justiça para, a partir de uma leitura do ambiente político e social – os sinais dos tempos, por assim dizer -, proceder às escolhas que fortalecerão cada vez mais o Ministério Público.

É exatamente isso que a atual administração tem feito desde que a classe nos distinguiu com a honra de representar a instituição. Onde quer que o procurador-geral de Justiça vá, seja em um simples contato com estudantes de Direito ávidos por conhecer o Ministério Público, seja na tribuna do Supremo Tribunal Federal para defender as teses que são caras aos colegas, o chefe da instituição é respaldado pelo trabalho corajoso de 2.000 promotores e procuradores. Esse trabalho é a fonte principal do prestígio do cargo que momentaneamente ocupamos, o que nos leva a concluir que a Procuradoria-Geral somos todos nós.

Nesse sentido, tudo se passa como se o gabinete do oitavo andar do edifício localizado à Rua Riachuelo, 115, estivesse repleto de membros da instituição a refletir, conjuntamente, sobre a questão que nos desafia diariamente: qual é o próximo passo?

Cremos que, para o cumprimento das relevantes missões que a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público, a complexidade da sociedade brasileira exige da nossa instituição compromisso inegociável com um valor fundamental: eficiência.

Não é por outra razão que, dede 2016, o Ministério Público de São Paulo está voltado para um intenso programa de inovação tecnológica e modernização administrativa. No primeiro biênio da nossa gestão, foram investidos cerca de R$ 100 milhões com o objetivo de preparar o Ministério Público para o futuro. Esse projeto continua. É fundamental entregar os melhores resultados à população, destinatária final do nosso trabalho, sem deixar de considerar as restrições de ordem orçamentária. Assim, o MPSP tem apostado em soluções que poupam tempo e recursos materiais gastos em atividade-meio para priorizar a atividade-fim.

O Sistema Eletrônico de Informações (SEI), por exemplo, vem proporcionando enorme economia em papel ao substituir o meio físico pelo virtual no fluxo de dados. Trata-se de uma ferramenta que, além de zelar pela sustentabilidade, traz rapidez e confiabilidade às informações. Sua recente implementação no Centro de Apoio à Execução, setor do MPSP que prepara laudos solicitados pelos promotores para a instrução de suas ações, resultou em uma enorme otimização de tempo, o que reduz fortemente o risco de prescrição.

Otimizar a gestão do tempo e viabilizar a mobilidade, aliás, é o que busca qualquer profissional que persiga padrões de excelência. Foi o que conseguimos, com bastante êxito, ao franquear a procuradores e promotores a utilização do 3G. Assim, mesmo distante de seus gabinetes por conta de uma audiência ou diligência, o membro do MPSP hoje pode demandar nossos sistemas, acessando a informação em tempo real.

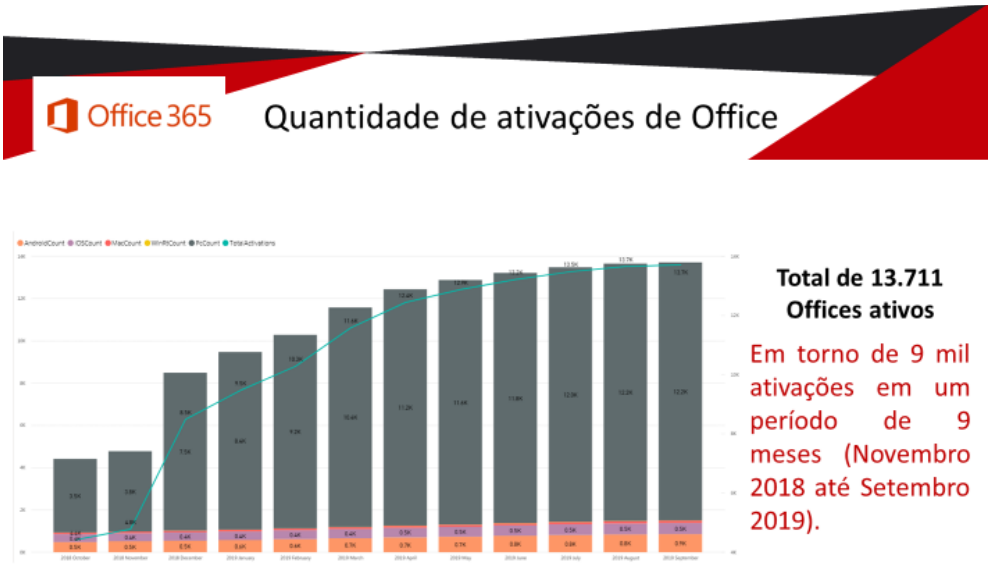
Recentemente, para esclarecer os jurados em um caso de tentativa de homicídio, um promotor acessou o Google View para mostrar o local antes da cena do crime e desmontar a tese da defesa no sentido de que havia ocorrido um desentendimento fortuito. Um dono de estacionamento proibia que motoristas parassem nas vagas ao redor de seu estabelecimento, destruindo com uma barra de ferro os automóveis cujos donos desrespeitassem o bloqueio feito com cones. Nas imagens, acessadas do Tribunal do Júri, foi possível constatar que o comerciante se apropriava do espaço público, fato que ajudou a condená-lo.

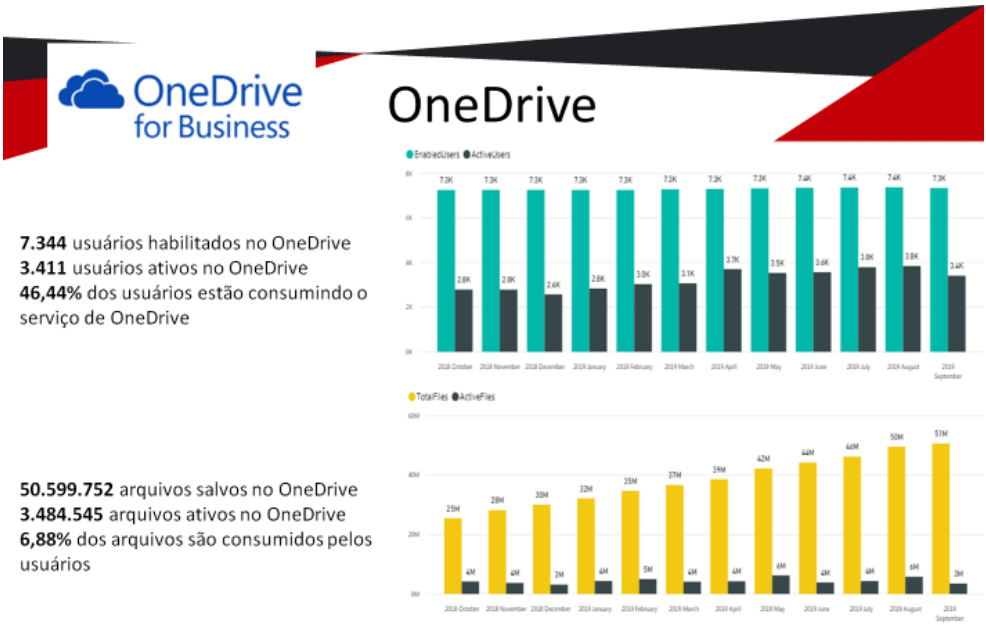
Esse é apenas um exemplo de como o investimento em tecnologia pode potencializar os resultados da atividade-fim. No quadro abaixo, um resumo do que foi adquirido:

Descrição	Total
Impressora a laser	1.940
Impressora a laser color	40
Multifuncional	980
Scanner	530
Computador	5.378
Notebook	1.950

Mais importante que o hardware, entretanto, são os sistemas. Por isso, não medimos esforços nesta frente. Trouxemos para dentro da instituição a computação em nuvem, por meio do Office 365, uma tendência mundial. Ferramentas como o Skype, o onedrive, o teams e o sharepoint trouxeram economia de tempo, papel, esforço e incrementou a nossa mobilidade, algo fundamental nos dias de hoje. Afinal de contas, o promotor de Justiça não é mais aquele profissional que espera, com a sua máquina de escrever, ser demandado. Sua atuação caracteriza-se pela presença nos lugares em que a cidadania esteja em risco.

Nos gráficos a seguir, é possível constar como a utilização do Office 365 vem crescendo dentro do MPSP, o que indica o acerto da decisão:





Diversas outras iniciativas expressam que a utilização intensa da tecnologia configura um caminho sem volta na nossa instituição.

Com o novo serviço de Help Desk, o atendimento passou a ser mais rápido, cabendo aos técnicos apresentar uma solução imediata. No caso do RH Digital, a automação de promoção e remoção, o requerimento de pagamentos de diárias, férias e licença prêmio, bem como o gozo de férias, licença prêmio e dias de compensação são processos muito mais ágeis, fazendo com que a instituição perca menos tempo com burocracia.

Inspirada nos modelos de título de eleitor e CNH, a carteira funcional digital trouxe muito mais segurança para membros e servidores.

A SOLI – Solução de Inteligência do MPSP – vai na mesma linha, trazendo para a nossa instituição o que há de mais moderno no mundo digital. Essa solução de *business intelligence* que possibilita a visualização e o cruzamento dos dados gerados no SISMP e em diversas outras bases, proporcionando ao promotor de Justiça uma atuação calcada em informações que levam a focar nos problemas que realmente afetam a sua comarca.

O Linha Direta, canal de denúncia ao MPSP em aplicativo desenvolvido com o setor privado e o terceiro setor por meio do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), representa a

abertura da nossa instituição para as parcerias com a sociedade, terreno fértil para a inovação

Inovação também é a marca do Sistema Inova - Sistema de Gestão de Planos, Programas, Projetos e Processos do MPSP. Trata-se de uma ferramenta desenvolvida com o propósito de facilitar de forma padronizada, transparente e acessível o processo de Planejamento Institucional. São mais de 280 projetos cadastrados. Este modelo foi expandido através de convênio celebrado com o MPSC, MPAL, MPPI, MPCE e MPMA. Já nos contataram para trâmite de convênio o MPRJ, MPES, MPRN, MPPB, MPGO, MPAM e MPPA. Nosso banco contempla 260 registros entre projetos, iniciativas e processos, iniciativas que podem ser replicadas em todo o Estado.

Esse princípio – replicar as experiências que dão certo – levou a Procuradoria-Geral de Justiça a dar sustentação ao projeto Encontre seu Pai Aqui, finalista do Prêmio Innovare de 2017. Economia de tempo com atividade-meio equivale a dedicar mais horas a programas que transformam a realidade.

Criado pelo promotor Maximiliano Fuhrer, o Encontre seu Pai Aqui é um serviço de investigação e reconhecimento de paternidade em parceria com o Poupatempo. O objetivo do projeto consiste em garantir o direito básico de todo cidadão de ser reconhecido pelo pai biológico. O atendimento é totalmente gratuito, mesmo que seja necessário exame de DNA. Cerca de 750 mil pessoas no Estado de São Paulo não contam com o nome do pai em seu documento, o que configura, para além da questão jurídica, enorme problema o campo afetivo. A parceria com o Poupatempo demonstra de maneira cabal a nossa crença na atuação em rede, que é exatamente o espírito de outro projeto muito bem-sucedido de nossa gestão.

No início de 2017, o assim denominado Acessa SUS passou a funcionar no AME Maria Zélia, na zona leste de São Paulo. Pacientes que necessitam de atendimento têm seus casos avaliados individualmente, antes de qualquer decisão judicial. Se o medicamento prescrito faz parte da lista do SUS, o paciente é incluído nos programas de assistência farmacêutica já existentes. Caso o medicamento não esteja na lista, os farmacêuticos indicam alternativas existentes no SUS para que o médico do paciente forneça nova receita. Inexistindo outras opções ou na hipótese de o médico discordar da alternativa, abre-se solicitação para eventual inclusão do medicamento no SUS. Esses procedimentos são acompanhados on-line pelos promotores.

O que importa ao Ministério Público é transformar os direitos em algo efetivo, recorrendo à esfera judicial ou não, a fim de que a Constituição Cidadã seja concreta, palpável. A nosso ver, o Acessa SUS materializa o preceito constitucional do artigo 6º e revela o potencial da atuação em rede para superar os enormes desafios que temos para construir o país que todos desejamos. Os resultados são expressivos. Em 2018 foram realizados 48.000 atendimentos, dos quais houve solução de 74% dos pleitos, por intermédio do deferimento do pedido administrativo, da reorientação para que o paciente obtivesse o produto/medicamento já ofertado pelo SUS ou ainda ofertando alternativas terapêuticas disponíveis no sistema.

Conforme levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, após a implementação do Acessa SUS, houve redução de 27% no número de demandas judiciais apenas no ano de 2017, o que representa uma economia de R$ 205 milhões. Segundo dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Saúde, em 2018 houve redução de mais R$ 185 milhões, o que totaliza R$ 390 milhões de economia para os cofres públicos. Integram o Acessa SUS o MPSP, o TJ, a Defensoria Pública, o Estado e a Prefeitura de São Paulo.

Esse projeto exprime de forma contundente o papel do Ministério Público na superação das mazelas sociais que afetam o país. E a boa notícia é que isso ocorre sem que a vocação original da nossa instituição, qual seja buscar a condenação dos autores de crimes de toda a sorte, seja prejudicada.

Para se ter uma ideia, só em 2018 o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) deflagrou uma operação a cada dois dias. Trata-se de uma cifra impactante.

Contando com a atuação de 65 promotores de Justiça, no ano passado o Gaeco promoveu 1.155 buscas e efetuou 1.533 prisões, sendo que, em 2017, esses números foram de 880 e 1.339, respectivamente. Só de indivíduos ligados à organização criminosa PCC, foram 983 prisões realizadas no ano passado. Ainda em 2018, o Gaeco apresentou 297 denúncias contra 1.696 pessoas, enquanto que em 2017, esse número foi de 1.002. Dos denunciados em 2018, 233 eram agentes públicos.

No mesmo período, a atuação do Gaeco resultou na apreensão de R$ 50 milhões, o dobro do valor apreendido no ano anterior, além de 16 toneladas de entorpecentes.

Os vultosos números que vêm sendo obtidos pelo Gaeco foram em boa parte possibilitados pelo enfrentamento da atividade criminosa organizada em sua tríplice vertente, combatendo a atividade criminosa, a lavagem de dinheiro e a corrupção de agentes públicos, meta que permanece norteando as ações do grupo em 2019. Este ano, o Gaeco segue ainda priorizando o combate aos crimes contra a administração pública, a investigação patrimonial, a constrição de bens e a responsabilização pelo crime de lavagem de dinheiro, assim como o enfrentamento de esquemas de sonegação fiscal, especialmente as fraudes estruturadas.

Outro fator que contribui para uma atuação ainda mais eficiente do grupo foi o ato normativo publicado pela Procuradoria-Geral de Justiça em 7 de outubro de 2017, que trata da atuação integrada entre promotores do Gaeco e do Patrimônio Público. O instrumento está sendo aplicado para que o Gaeco trabalhe de maneira cada vez mais firme e qualificada contra as organizações criminosas, que se associam a agentes públicos para delinquir. Os gráficos dão a dimensão do crescimento das operações do Gaeco:

Esse feito tem relação com um firme trabalho de inteligência. E inteligência e tecnologia são como irmãs.

Por esse motivo, investimos da solução Cellebrite, que possibilita a extração de dados de computadores e celulares, e o respectivo cruzamento de informações e geração de relatórios para apoio às investigações.

Outro avanço viabilizado pela modernização tecnológica repercutiu enormemente na democracia interna da nossa instituição, algo essencial para que o Ministério Público continue forte. Referimo-nos ao voto a distância.

No último pleito para a formação da lista tríplice para o cargo de procurador-geral de Justiça, nada mais nada menos do que 96,9% dos colegas habilitados exerceram o seu direito de voto, registrando o maior índice de participação da história. Além dos ganhos institucionais, houve também grande economia de recursos, uma vez que a estrutura montada nas sedes regionais para os que optaram pelo voto presencial foi mínima. No interior, deslocamento de 400 quilômetros de ida e volta em dias de eleição não são mais necessários.

Além da tecnologia, outra frente que vem recebendo toda a nossa atenção é a das nossas instalações.

Até o momento, 45 novas sedes do Ministério Público de São Paulo foram ou estão sendo implantadas nos quatro cantos do Estado. Temos hoje imóveis locados em Promissão, Santana de Parnaíba, Guararapes, Américo Brasiliense, Assis, Francisco Morato, Presidente Prudente, Diadema, Mococa, Itapecerica da Serra, Santo André, Campo Limpo Paulista, Aparecida, Iguape, Ourinhos e Itatiba, além de imóveis próprios na Lapa e em Barueri.

Em Taboão da Serra, Cerqueira César, São Bernardo do Campo (Gaeco), Socorro, Jacareí, São Vicente e Urupês também haverá locação. Em Buritama, Jaboticabal, Cruzeiro, Dois Córregos, Urânia, Taubaté, Andradina, Morro Agudo, Guaratinguetá, Taquaritinga, Lucélia, Campinas (Anexo), Brás e na Promotoria de Justiça Criminal da Barra Funda o investimento será em imóveis próprios. Há seis projetos de construção andando neste momento: Monte Aprazível, Sorocaba, Ourinhos, São Bernardo do Campo, Pirassununga e Guarujá.

O fato de o promotor trabalhar em sua própria casa permite ao Ministério Público oferecer àqueles que batem à porta da instituição um atendimento mais apropriado, dando à população o tratamento que ela merece de nossa parte.

Mas a alma de uma organização são as pessoas. Exatamente por isso apostamos no crescimento do nosso quadro de colaboradores, ampliando em 30% o total de servidores. Atualmente, cada promotor conta com o apoio de um analista jurídico, o que falicita enormemente a sua atuação.

A questão dos recursos humanos, entretanto, não se restringe à extensão do quadro. É vital desevolver as pessoas e proprocionar a todos um ambiente propício para o exercício integral de suas potencialidades.

Por isso, mais de 600 servidores atualmente estão no programa do teletrabalho, tendo como resultado um ganho na qualidade de vida para o funcionário e a economia de recursos para a instituição, já que com o mesmo quadro de pessoal registra-se uma elevação média de 15% nas tarefas realizadas.

Com o Comitê de Gestão de Pessoas, iniciativa voltada à humanização e valorização dos membros e servidores por meio de diversas ações, temos um ambiente de trabalho muito mais alinhado com as melhores práticas das grandes corporações.

Dentro desta mesma linha, não medimos esforços para conseguir, como conseguimos, uma conquista histórica para os nossos servidores: o

plano de carreira. Outras medidas neste campo são o termo de cooperação com a APAE para o trabalho inclusivo dentro da nossa instituição e a parceria com universidades consagradas, como USP, FGV, Mackenzie e Insper, a fim de que, por meio da concessão de bolsas de estudo, nossos colaboradores continuem evoluindo na área de conhecimento para a qual estão voltados e tendo ainda mais expertise.

Expertise essa que, no caso dos membros Ministério Público, está completamente a serviço dos brasileiros de São Paulo para o enfrentamento das questões mais candentes do nosso tempo. Isso pressupõe, sem sombra de dúvida, a nossa participação no processo legislativo.

No ano passado, nasceu aqui a proposta de criar o tipo penal da importunação sexual, sugestão prontamente aceita pelo Poder Legislativo,

No primeiro ano da Lei 13.718/18, só no Estado de São Paulo foram registrados 3.090 casos, sendo 31% das ocorrências em vias públicas, 26% em residências e 12% no transporte público.

A importunação sexual é toda prática de ato libidinoso contra alguém sem consentimento. Exemplos de importunação podem ser tocar em partes íntimas de outras pessoas, masturbar-se diante da pessoa e gerar constrangimento em geral. A punição prevista para o crime é de 1 a 5 anos de reclusão. Anteriormente, casos do tipo se encaixavam na lei de contravenções penais, que previa somente uma multa.

Esse é apenas um dos exemplos de quanto o MPSP contribui para o aperfeiçoamento legislativo no Brasil. Os promotores de Justiça do maior Estado da Federação enfrentam adversidades de toda ordem no cumprimento de seus deveres, o que transforma o Ministério Público de São Paulo em um verdadeiro laboratório na busca de soluções para os gargalos institucionais que prejudicam a persecução penal.

Outra missão inescapável para uma instituição do nosso porte, somos o maior Ministério Público do país, refere-se à participação no debate realizado nos tribunais superiores no que tange aos casos que repercutirão na jurisprudência. Desde 2016, a nossa presença nas cortes superiores intensificou-se.

Na sessão de 15 de agosto de 2019 do Supremo Tribunal Federal, tivemos a oportunidade de, no âmbito do Recurso 593818, fazer sustentação oral com o objetivo de formar maioria em favor do princípio segundo o qual as condenações decretadas há mais de cinco anos devem sim ser consideradas no exame dos maus antecedentes, diferentemente do que ocorre nos casos de reincidência.

Na nossa visão, estabelecer o limite de cinco anos para maus antecedentes equivaleria a confundir essa questão, levada em conta livremente pelo juiz no estabelecimento da pena base a partir da constatação da culpabilidade, com a da reincidência. Seria a unificação dos institutos, o que o legislador não fez.

Outra prioridade absoluta da Procuradoria-Geral de Justiça ao longo destes quatro anos tem sido a defesa incondicional das prerrogativas dos membros da nossa instituição. Na sessão do dia 25 de julho de 2019, foi com satisfação ímpar que pudemos constatar que, por 11 votos a 3, o plenário do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) decidiu que é dos membros do MPSP a atribuição de participar das audiências de custódia e fiscalizar a atuação da Polícia Militar. Desta forma, o colegiado tornou definitivos os efeitos de liminar concedida em 2016 pelo conselheiro Antônio Duarte, no âmbito do Pedido de Providências 1.00717/2016-53, apresentado pela Procuradoria-Geral de Justiça e pela Corregedoria-Geral do MPSP.

Naquele ano, o CNMP foi acionado para que a autonomia da instituição fosse preservada, uma vez que membros do Ministério Público Federal (MPF) estavam, de maneira irregular, participando de audiências de custódia na Justiça do Estado e acompanhando o trabalho da Polícia Militar em manifestações.

No nosso entendimento, a decisão foi uma grande vitória para nós e para todas as unidades do Ministério Público nos Estados. O trabalho dos promotores de São Paulo nas audiências de custódia e na fiscalização da atuação da PM nas manifestações, dentro de suas atribuições constitucionais, sempre foi marcada pelo profissionalismo. A decisão do Conselho celebrou a excelência da atuação dos colegas e da nossa instituição.

A excelência do trabalho a que aludimos não deve ficar intramuros. O atual cenário exige de nossa parte comunicação permanente com a sociedade. E isso explica a ênfase que temos dado a esse setor, cujos resultados são visíveis.

No ano passado, o programa Fala, MPSP, em que promotores de Justiça respondem diretamente à população em *lives* transmitidas pela nossa página do Facebook, rendeu ao Ministério Público o prêmio do Conselho Nacional do Ministério Público em 2018.

Mas o maior prêmio, inequivocamente, consiste em retribuir à instituição que admiramos desde a infância tudo o que ela nos proporcionou ao longo de nossa carreira.

Desde o primeiro dia em que atuamos como promotor de Justiça estávamos certos de me de ter feito a escolha correta. Notem a força dessa expressão: promotor de justiça. Cumpre a cada um de nós, desde o substituto na mais remota comarca do Estado até o eminente decano do Órgão Especial do Colégio de Procuradores, envidar todos os esforços para que a justiça prevaleça.

Somos, como estabelece a Constituição Federal, responsáveis pela defesa da democracia, da ordem jurídica e dos direitos sociais. Esse trabalho só se realiza a partir da vocação de cada um de nós e do empenho em favor da sociedade, destinatária final da nossa atuação.

A nossa instituição, cujo prestígio junto à opinião pública reflete o nível de excelência do trabalho levado a cabo pelos seus membros, exige de todos nós uma renovação diária do compromisso de entregar aos que nos vão suceder um Ministério Público ainda mais forte.

Nesta missão, São Paulo está na vanguarda, como sempre esteve. A configuração do Ministério Público no país, cujos contornos foram definidos pela Carta Magna de 1988, tem suas raízes nos promotores paulistas que nos antecederam. Uma breve consulta às anotações de cunho histórico poderá confirmar a veracidade do testemunho que aqui prestamos em forma de homenagem a todos aqueles que, antes de nós, vestiram a beca.

A grandeza da nossa instituição deriva do valoroso trabalho de homens e mulheres que sonham com um país marcado pelo império da lei, menos desigual e mais fraterno. Convidamos a todos para que se mantenham firmes nesta jornada pela busca incessante do bem comum.

Trabalhar a fim de proporcionar aos nossos colegas as melhores condições para exercerem suas funções tem sido um grande privilégio!

SMANIO, G. P.; MPSP has a non-negotiable commitment to Efficiency. *Justitia*, São Paulo, v. Especial, p. 299-310, Set 2019.

Os 30 anos da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Hugo Nigro MAZZILLI
Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público

• **RESUMO**: O artigo fala do protagonismo do Ministério Público paulista na evolução da instituição no País; conta que, em razão disso, surgiu a ideia de uma verdadeira "escola de Ministério Público", que foi o embrião do atual Centro de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, hoje também conhecido como Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Fala, ainda, das dificuldades políticas e práticas da sua criação, do início de seu funcionamento e, enfim, das perspectivas atuais da escola.

• **PALAVRAS-CHAVE**: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo / Centro de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo / criação, funcionamento e perspectivas.

O Centro de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, hoje também conhecido como Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, veio a ser criado e organizado pelo Decreto estadual n. 27.422, de 5 de outubro de 1987, expedido com base na previsão advinda do art. 218 da Lei Complementar estadual n. 304, de 28 de dezembro de 1982 — antiga Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo.

A história de nossa Escola de Ministério Público começou, porém, antes mesmo de sua criação pelo aludido decreto governamental. A Escola Paulista do Ministério Público nasceu primeiramente como um conceito doutrinário, graças à atuação marcante que o Ministério Público de São Paulo teve em muitos momentos na história da vida institucional do Ministério Público brasileiro.

A propósito, evoquemos algumas dessas passagens.

Logo após a Revolução de 1930, o interventor Laudo de Camargo estruturou o Ministério Público paulista, conferindo a seus agentes as garantias de estabilidade e acesso em carreira (Decreto n. 5.179-A, de 1931). Seguindo essa trilha, a Constituição Federal de 1934 institucionalizou o Ministério Público brasileiro, exigindo concurso de ingresso e conferindo estabilidade aos membros do Ministério Público Federal que deveriam servir nos juízos

comuns, e relegou a organização do Ministério Público dos Estados às leis locais. Essa abertura acabou por permitir que viessem a ser separadas as funções de defesa judicial dos Estados-membros das atividades típicas do Ministério Público, possibilidade essa de que se valeu São Paulo para instituir o modelo que foi aos poucos se estendendo ao Ministério Público nacional. Foi ainda com base na legislação local que, em 1936, Odilon da Costa Manso se tornou o primeiro promotor público paulista nomeado por concurso.

Foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1946 que todos os membros do Ministério Público nacional adquiriram estabilidade e inamovibilidade. A partir de então, gradativamente começou a brotar uma consciência nacional em torno da instituição, no sentido de que era preciso que os vários Ministérios Públicos estaduais, até então muito discrepantes entre si em sua organização, lutassem para que as principais atribuições, garantias e vedações da instituição e de seus agentes fossem definidas de forma harmônica em todo o País. O modelo nacional foi oferecido pelo Capítulo V da Constituição paulista, promulgada em 9 de julho de 1947, o qual se destinou a regular a estrutura e o funcionamento do Ministério Público local, conferindo-lhe notável crescimento institucional. Nesse sentido, seu art. 59 dispôs que seria a instituição organizada em carreira, por lei especial, observada a garantia de estabilidade; limitou-se a remoção compulsória; pioneiramente o art. 60 vedou aos membros do Ministério Público o exercício da advocacia, sob pena de perda do cargo, e, como compensação à proibição do exercício da advocacia, o art. 61 equiparou os vencimentos dos membros do Ministério Público aos da Magistratura.

Sobreveio a "Lei Áurea do Ministério Público" (Lei paulista n. 2.878, de 21-12-1954, sancionada pelo Governador Lucas Nogueira Garcez), que, buscando conferir maior independência à instituição, pela primeira vez criou a lista tríplice para escolha do Procurador-Geral de Justiça, bem como criou a Corregedoria-Geral do Ministério Público. Note-se que, àquela época, nem todos os Ministérios Públicos tinham corregedorias, pois, em alguns Estados, as funções correcionais eram acumuladas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Registre-se, ademais, que o modelo da lista tríplice para escolha do chefe do Ministério Público, que São Paulo conquistou na década de 1950, em diversos outros Ministérios Públicos estaduais só foi alcançado na Constituição federal de 1988, e, até hoje, passados mais de 60 anos da lei paulista, ainda não foi sequer conquistado em lei positiva para a escolha do próprio chefe do Ministério Público da União…

De minha parte, em 1976, sob plena ditadura militar, proferi palestra no Grupo de Estudos de Bauru (SP) e lancei a ideia de assegurar a independência funcional aos membros do Ministério Público, conferindo-lhes não apenas a inafastabilidade *do cargo* (a inamovibilidade), mas sim e, sobretudo, a *inafastabilidade de suas funções* — tese que foi a precursora do princípio do promotor natural (RT 494/269; *Justitia*, 95/175 e 245).

Na década seguinte, foi no Ministério Público paulista que nasceu o projeto da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), a qual se tornou o mais importante instrumento de atuação funcional para a instituição na área não penal. Essa lei criou ainda o inquérito civil, e esse poderoso instrumento de investigação a cargo do Ministério Público, que revolucionou a atuação da instituição na fase preparatória para as ações públicas a seu cargo, foi imediatamente incorporado na própria Constituição Federal de 1988 (art. 129, III).

Ainda em meados da década de 1980, levei o primeiro computador destinado ao processamento de textos para a Procuradoria-Geral de Justiça e outro para a Associação Paulista do Ministério Público, e programei pessoalmente o cadastro e a mala direta dos Promotores e Procuradores de Justiça para nossa entidade de classe, bem como fiz na linguagem Pascal o programa que calculava os vencimentos dos membros da instituição para a chefia de gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça. A partir de então, passamos a ensinar e a divulgar o uso do computador para processamento de textos e cadastro no trabalho institucional no Ministério Público de São Paulo, e, sob convite, também demos palestras e divulgamos a informatização e o processamento de textos no Ministério Público de outros Estados, como no Rio Grande do Sul.

De 1985 a 1990, São Paulo presidiu a Conamp — então Confederação Nacional do Ministério Público,[1] e, nessa qualidade, em 1985 nossa Capital sediou o até então maior Congresso Nacional de Ministério Público, que teve o escopo de preparar nossas reivindicações para a Assembleia Nacional Constituinte.

Cabe aqui o destaque para a atuação da delegação paulista na subsequente elaboração da *Carta de Curitiba* em 1986 — importante marco

[1] Hoje a Conamp é a Associação nacional dos membros do Ministério Público; ao tempo dos fatos ora narrados, a Conamp era uma confederação de associações.

preparatório para nosso Capítulo de Ministério Público na Constituição de 1988.[2]

Ainda graças à liderança paulista, coube-lhe a presidência e a condução dos trabalhos da Conamp na reivindicação vitoriosa da pauta do Ministério Público nacional na Constituinte de 1988, que deu ao Ministério Público nacional um relevo que nenhuma outra Constituição lhe tinha dado.

Justo e imprescindível é dizer que outros igualmente avançados Ministérios Públicos estaduais também havia na época, que da mesma forma que o paulista deram notáveis e bons exemplos para o Ministério Público nacional, sendo que todos os ramos do Ministério Público nacional ajudaram decisivamente, em maior ou menor medida, nos trabalhos constituintes, permitindo levar a bom termo as reivindicações do Ministério Público nacional na Constituição de 1988. Assim, o destaque que ora dei ao Ministério Público paulista não exclui, mas, ao contrário, apenas se soma à pujança de todos os outros Ministérios Públicos estaduais que coexistiam com brilho e denodo naquele tempo. Entretanto, é justo dizer que muitas das conquistas paulistas em diversos aspectos inspiraram não só passagens da primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981) como também deram base para o capítulo do Ministério Público na Constituição de 1988.

Todas essas conquistas acabaram por fazer reconhecida, de maneira informal, a existência de uma *Escola Paulista de Ministério Público*.

A esse tempo, o que era, pois, essa *Escola Paulista de Ministério Público*? Não era uma escola no sentido de um prédio, ou sequer um centro onde houvesse professores e alunos, mas era aquele conjunto de iniciativas, de conquistas, de ideias, de projetos, de realizações e de reivindicações institucionais, que, na época, em muitos aspectos vinham fazendo do Ministério Público paulista um modelo ou um exemplo para o Ministério Público nacional.

Com a convicção de que São Paulo tinha, pois, uma *escola de Ministério Público*, não foi difícil que, ainda no começo da década de 1980, conseguíssemos inserir na lei complementar paulista — a LC n. 304, de 28 de dezembro de 1982 — um dispositivo segundo o qual o Governador poderia destinar uma parcela das custas dos processos judiciais para instituir uma escola de

[2] A esse propósito, *v.* nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, cap. 4, 9ª ed. Saraiva, 2018, São Paulo.

preparação e aperfeiçoamento de membros do Ministério Público.[3]

Essa previsão de 1982, porém, pouco efeito prático iria produzir de imediato, porque em verdade havia grandes dificuldades para materializar efetivamente essa escola aqui em São Paulo.

Foram necessários vários anos para passarmos da previsão legal à efetiva criação e organização da Escola, o que se deu somente por meio do já referido Decreto estadual n. 27.422, de 5 de outubro de 1987. A minuta do Decreto, que redigi pessoalmente, correspondia às pretensões que vinham sendo desenvolvidas há anos pela Procuradoria-Geral de Justiça e pela Associação Paulista do Ministério Público, pretensões estas que visavam a dar forma e estrutura àquilo que já se convencionava chamar, há alguns anos, de "*Escola Paulista do Ministério Público*", cuja tradição era bem conhecida no País — tanto que foi exatamente esse o nome original dado à Escola no Decreto que institucionalizou o Centro de Estudos do Ministério Público local. Buscou-se, pois, dar forma à criação física da Escola, antiga aspiração institucional. Só à luz destas considerações é que se pode compreender a previsão do Decreto ao referir-se a um futuro convênio com a *"Fundação Escola Paulista do Ministério Público"*, fundação esta que ainda sequer existia no momento da edição do decreto (art. 1º, § 2º, do Decreto n. 27.422/87). Com efeito, foi somente por meio de assembleia geral ordinária da Associação Paulista do Ministério Público, realizada mais de um mês depois da edição do Decreto (em 9 de novembro de 1987), que foi autorizada a dotação de patrimônio votado a um fim, qual seja, a efetiva instituição da "Fundação Escola Paulista do Ministério Público".

Embora a ideia de uma Escola de Ministério Público já tivesse, pois, surgido há anos em São Paulo, até 1987 ela não lograra, pois, ser implantada como estrutura fática. Enquanto isso, no modelar Ministério Público do Rio Grande do Sul, já em 1983 — ano seguinte à promulgação da Lei Comple-

[3] O art. 216 da LC estadual n. 304/82 previra que "Os recursos oriundos da arrecadação de custas processuais e de emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registros públicos e notariais, poderão ser destinados, por ato do Governador, em limite não superior a 5% (cinco por cento), à criação, organização e manutenção do Centro de Estudos do Ministério Público, cuja estrutura e atribuições serão definidas em decreto, dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da vigência desta lei complementar". Não é preciso dizer que esse prazo não foi cumprido…

mentar paulista n. 304/82 — o Ministério Público gaúcho já tinha instalado sua Escola de Ministério Público, fazendo-o por meio de uma fundação, a qual está funcionando até hoje, e que desde meados dos anos 80 já passara a ser uma grande Escola de Ministério Público, com funcionamento exemplar.

São Paulo, entretanto, ficara de 1982 a 1987 sem conseguir materializar sua ideia inicial de uma escola *real* de Ministério Público. Por que agora esse destoante descompasso paulista?

Aqui entraram aspectos políticos. Naquele tempo, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Associação Paulista do Ministério Público eram as duas grandes forças da instituição, que, embora se entendessem de maneira razoável, disputavam fortemente espaços políticos. Na primeira metade da década de 1980, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Associação Paulista do Ministério Público queriam ambas a preeminência das respectivas entidades na criação e no funcionamento da Escola. Como nessa época não houve facilidade de obter esse entendimento, a Escola não saía do papel. Esse impasse persistiu até que, em março de 1987, foi nomeado Procurador-Geral de Justiça Cláudio Ferraz de Alvarenga. Esse fato novo propiciou o efetivo nascimento da Escola, pois, ao mesmo tempo em que isso se dava, assumia a presidência da Associação Paulista do Ministério Público Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo. O Araldo e o Cláudio, muito amigos, pessoas da mesma família Ferraz do interior e muito bem relacionados entre si, decidiram que era mais do que hora de dar um passo adiante na área política, para viabilizar nossa Escola. E o Cláudio Ferraz de Alvarenga, em março de 1987 — eu ainda não era assessor do Cláudio, eu cheguei a ser seu assessor poucos meses depois —,[4] chamou-me e disse: *Hugo, eu gostaria que você estudasse o que* nós podemos fazer para implantar a Escola de Ministério Público, porque não há momento melhor do que este: *eu e o Araldo nos entendemos muito bem; hoje nós temos uma Associação inteiramente em harmonia com a Procuradoria-Geral; a Procuradoria-Geral quer este projeto, a Associação também quer — o momento é* único*: vamos fazer essa Escola! Só que existem d*úvidas *que a gente ainda não sabe resolver: se for uma Escola, precisará de autorização do Ministério da Educação e Cultura — MEC? E, sobretudo,*

[4] Fui Vice-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público de 1986 a 1989, e seu Presidente em 1990; fui assessor de Procuradores-Gerais de Justiça por quase um lustro, a partir de 2 de agosto de 1987.

será que há algum meio de compor a participação da Procuradoria-Geral de Justiça e da Associação Paulista do Ministério Público na direção da Escola?

Eu estudei o que me foi pedido e vi que havia mesmo muitas questões a serem enfrentadas: *se for uma Escola, ela será uma fundação ou um órgão público? Onde e como vai funcionar a Escola? Como será sua estrutura jurídica? Como conciliar o papel de uma entidade privada de classe, com o de um órgão público, pois que tanto a Associação Paulista do Ministério Público como a Procuradoria-Geral queriam ter participação no funcionamento dessa Escola?*

Preparei um estudo sobre esses e outros pontos e abri um protocolado sobre o assunto. Discutindo incansavelmente essas questões com as lideranças da Procuradoria-Geral de Justiça e da Associação Paulista do Ministério Público, preparei as primeiras ideias e rascunhos sobre a Escola. A dificuldade maior era que, se a fundação existisse e fosse privada, precisaria ter uma estrutura de direito privado, e se a Escola fosse um órgão da Procuradoria-Geral de Justiça, ela precisaria ter uma estrutura de direito público, já que integraria os órgãos administrativos do Ministério Público. Como conciliar isso? Esse era o verdadeiro problema político que existia na época, e era isso que estivera, anos a fio, a embaraçar o nascimento efetivo da Escola. E sem essa participação dúplice, Associação e Procuradoria-Geral não aceitavam fazer a Escola naquele momento.

Então tive uma ideia de como encontrar um meio de fazer uma escola que conciliasse a participação da Procuradoria-Geral de Justiça e da Associação. Minha ideia não era sequer a melhor solução técnica, mas pareceu-me ser a maneira de viabilizar o imediato nascimento da Escola, para que, posteriormente, pudéssemos passar para etapas subsequentes, inclusive com as reformas que efetivamente depois vieram. E, de fato, foi assim que surgiu a Escola — uma simbiose entre uma fundação privada e um centro de estudos institucional;[5] hoje não é mais assim, mas foi assim

[5] Tanto houve essa simbiose inicial entre o Centro de Estudos e a Fundação Escola Paulista do Ministério Público, que o art. 1º, § 2º, do Decreto estadual n. 27.422/87, que criou o Centro de Estudos do Ministério Público paulista, previu, expressamente, que, "para atingir seus objetivos, poderá o Centro relacionar-se, celebrar convênios e colaborar, pelos meios adequados, com a Fundação Escola Paulista do Ministério Público e com a Associação Paulista do Ministério Público" — valendo notar que dita fundação ainda

que surgiu: uma entidade híbrida que reunia a participação da Procuradoria-Geral de Justiça e da Associação Paulista do Ministério Público.[6]

Para viabilizar o nascimento da Escola, pelo menos na fase inicial de sua implantação, propus, portanto, que a Escola resultasse da fusão de esforços entre uma fundação privada e o Centro de Estudos da Procuradoria-Geral de Justiça. Assim, de um lado, ela poderia ser realmente uma fundação e poderia fazer convênios com o Ministério Público ou com a Associação de classe, pois se a Escola fosse uma fundação, teria personalidade jurídica distinta da Associação; de outro lado, seria criado o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, órgão institucional ligado diretamente à Procuradoria-Geral de Justiça.

Levei adiante essa ideia, projetando uma maneira segundo a qual a fundação e o Centro de Estudos *teriam a mesma cabeça*, ou seja, a Escola seria dirigida por um Diretor, escolhido por critérios estatutários, e ele *seria a mesma pessoa* que dirigiria tanto a fundação como o Centro de Estudos. Com isso, viabilizaríamos o início de funcionamento da escola, assegurada a participação integrada da Associação (instituidora da fundação) e da Procuradoria-Geral (à qual se subordinava o Centro de Estudos), assim resolvendo o problema político que existia. Esse era, aliás, o motivo real que tinha inviabilizado até então a implantação efetiva da Escola: as duas entidades, muito fortes politicamente, não abriam mão de participar dessa Escola.

Procurei, assim, atender ao que se desejava na época, para viabilizar a implantação efetiva da Escola: a criação do Centro de Estudos do Ministério Público (unidade administrativa da Procuradoria Geral de Justiça) e da Fundação Escola Paulista do Ministério Público (pessoa jurídica privada, sob forma de fundação, a ser instituída pela Associação Paulista do Ministério Público), que, em uma espécie de simbiose, *teriam uma só direção e um só corpo*, para, por meio de convênio, assim poderem reunir, na melhor harmonia que fosse possível, a um só tempo, as qualidades decorrentes dessa dupla origem, com a superação do obstáculo político até então existente.

Recebi então carta branca da Procuradoria-Geral de Justiça (da qual eu

sequer existia, no momento da edição do decreto…

[6] Criou-se, pelo Decreto estadual n. 27.422/87, o Centro de Estudos do Ministério Público, e, ainda em 1987, por escritura pública, a fundação privada Escola Paulista do Ministério Público, que se integrariam por meio de um convênio.

era assessor na época) e da Associação Paulista do Ministério Público (da qual eu era então o 1º Vice-Presidente), para fazer a minuta de um decreto, que, discutida, enriquecida e aprovada pelas lideranças das respectivas entidades, foi encaminhada pelo Procurador-Geral de Justiça ao Governador Orestes Quércia. Com pequenas modificações, verdadeiramente mínimas, a minuta foi transformada num decreto de 1987.[7] Imediatamente a seguir, fizemos uma assembleia geral na Associação Paulista do Ministério Público, em 9 de novembro de 1987, e a Associação autorizou a instituição da fundação privada *Escola Paulista do Ministério Público*, o que foi feito a seguir.

Cumpre anotar que, embora essa fundação privada tivesse sido o início efetivo da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, com o passar do tempo, deixou de ter sentido essa duplicidade de órgãos para a Escola (fundação privada e Centro de Estudos), o que só aumentava a dificuldade prática de sua gestão. Assim, alguns anos depois de instituída, a fundação privada acabou sendo extinta, remanescendo apenas o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Foi, ainda, substituída a denominação de "Escola Paulista do Ministério Público" por *Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*.

Lembro-me ainda de que, logo quando do nascimento da Escola, surgiu um novo e curioso dilema, agora de caráter secundário. Eu o conto aqui, porque se trata de um depoimento de história e memória. Como se sabe, as fundações privadas, para que possam funcionar, precisam de autorização do Ministério Público, que deve aprovar seus estatutos. Ora, no caso, por meio da dita assembleia geral de 9 de novembro de 1987, tinham sido instituidores da fundação *Escola Paulista do Ministério Público* os associados da Associação Paulista do Ministério Público, o que incluiu de fato o então Procurador-Geral, o Corregedor-Geral do Ministério Público e o Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, além dos demais associados presentes à assembleia. Ora, o Promotor de Fundações[8] — que, em tese, deveria aprovar a instituição da fundação — era um Promotor de Justiça de primeiro grau. Surgiu, então, outro problema político: objetou-se que seria impróprio que um Promotor examinasse e aprovasse os estatutos de uma fundação que tinha sido instituída pelo Procurador-Geral… Importa

[7] Decreto estadual 27.422 de 05-10-1987.

[8] Naquele tempo, o cargo se chamava *Curador de Fundações.*

notar que, naquele tempo, a ideia de *promotor natural* ainda não tinha toda a aceitação e a força que tem hoje;[9] assim, na ocasião prevaleceu o entendimento de que seria uma subversão das regras básicas da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, então já erigidas a princípios institucionais pela Lei Federal Complementar n. 40/81, admitir pudesse um órgão do Ministério Público de primeira instância exercer atribuições fiscalizadoras sobre os atos do próprio chefe da instituição. Por essa razão, o Colégio de Procuradores de Justiça foi ouvido e concluiu que as funções do Ministério Público junto a qualquer fundação da qual participassem como membros-natos do Conselho Curador os órgãos da Administração Superior do Ministério Público, somente se admitia fossem exercidas pelo substituto legal do Chefe do *Parquet* em caso de impedimento deste último. Sob esse entendimento, pois, a fiscalização da Fundação só poderia ser exercitada por um dos pares dos membros natos do Conselho Curador, e, em especial, no caso da Fundação Escola Paulista do Ministério Público, por aquele que era o substituto legal do Chefe da instituição, ante o natural impedimento de que este último fiscalizasse, em função institucional, a si próprio.

Então, o que se fez na ocasião? Sem qualquer objeção do zeloso Promotor de Fundações da época, foi designado o substituto legal do Procurador-Geral de Justiça para examinar e aprovar os estatutos da fundação Escola Superior do Ministério Público…

De qualquer forma, essa questão sobre a fiscalização da Fundação Escola Paulista do Ministério Público perdeu depois o objeto, pois que a fundação foi posteriormente extinta e hoje só temos, como entidade única, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional — Escola Superior do Ministério Público, que faz parte da organização institucional do Ministério Público paulista.

Enfim, com a minuta que foi transformada em Decreto pelo Governador Orestes Quércia, mais a minuta de escritura de instituição da Fundação Escola Paulista do Ministério Público, mais o regimento da Escola, ou seja, com todos esses trabalhos que foram preparados por mim

[9] Em 1976 eu já tinha lançado a ideia de um promotor que não poderia ser afastado das suas funções legais, tese esta que foi a precursora dos hoje consagrados princípio da independência funcional e princípio do promotor natural (*RT*, 494/269; *Justitia*, 95/175 e 245), mas esses princípios ainda não tinham alcançado a força e o respaldo que têm hoje.

e longamente discutidos com a presidência da Associação e com o gabinete do Procurador-Geral, fez-se o nascimento jurídico das duas entidades: o Centro de Estudos do Ministério Público e Escola Paulista do Ministério Público.[10]

Foi assim que em 1987 finalmente nossa Escola saiu do papel e passou para o campo da realidade.[11]

Um novo fato da maior relevância viria a ocorrer já no ano imediato que se seguiu à criação da Escola.

Criada a Escola Superior do Ministério Público em 1987, já no seu exato primeiro aniversário, a Constituição de 1988 conferiu autonomias ao Ministério Público. Em razão de sua peculiar posição constitucional, o Ministério Público passou a gozar de autonomia funcional, administrativa e financeira (arts. 127, §§ 2º e 3º, e 168, da Constituição da República).

Além de outras naturais decorrências da nova estatura constitucional do Ministério Público brasileiro, na ocasião coube-me destacar que era consequência ínsita ao caráter de instituição autônoma do Ministério Público a possibilidade de diretamente celebrar convênios ou firmar contratos com outras instituições, entidades ou pessoas jurídicas que possuíssem igual capacidade, valendo ainda observar que, da parte do Ministério Público, à vista de suas novas autonomias institucionais, para tanto não mais se tornava exigível obtivesse a autorização governamental. Na ocasião, preparei no gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça um estudo demonstrando isso.

Mesmo depois de criada em 1987, a Escola ainda demorou bastante tempo para funcionar efetivamente. Enquanto íamos ao Ministério Público do Rio Grande do Sul fazer palestras e éramos recebidos na Escola do

[10] Na ocasião, preparei, ainda, a minuta da escritura de instituição da Fundação, a minuta de convênio entre Ministério Público e a Fundação Escola Paulista do Ministério Público, a minuta dos Estatutos da Fundação, e, depois da promulgação da Constituição de 1988, que tinha conferido autonomia administrativa e funcional ao Ministério Público, preparei nova minuta do convênio da Escola com o Ministério Público.

[11] Na fase de implantação e começo de funcionamento, já na qualidade de Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, cheguei a ser designado Vice-Presidente da Escola Paulista do Ministério Público — Centro de Estudos do Ministério Público, criado pelo Decreto estadual n. 27.422/87, para o exercício de 1990 (Aviso n. 164/90-PGJ, de 07-09-1990, *DOE*, Seç. I).

Ministério Público gaúcho — uma escola em efetivo funcionamento, com prédio, professores, cursos regulares, alunos, tudo funcionando de vento em popa —, em seus primeiros anos a Escola paulista ainda era apenas a pasta do Diretor da Escola. Não havia um prédio, não havia professores, não havia alunos, não havia cursos regulares, não havia disciplinas… O que havia era um evento aqui, uma palestra ali, um curso rápido acolá, tudo feito geralmente no auditório Queiroz Filho, da Procuradoria-Geral — ou seja, apenas eventos isolados. Somente aos poucos é que a nossa Escola começou a crescer, a ter mais organização, mais estrutura. Gradualmente passou a contar com professores, a promover cursos de maior duração e eventos regulares, a tal ponto que, hoje, nossa Escola, sucessivamente dirigida por Diretores muito qualificados, felizmente se tornou uma bela realidade, mas que ainda tem um espaço enorme para crescer.

Tenho a esperança e a expectativa de que a nossa Escola tenha muito a contribuir, não só no recrutamento de Promotores de Justiça, na difusão junto aos operadores do Direito e junto à sociedade, do ideário, de um temário e da filosofia de Ministério Público, como também no aprimoramento e no aperfeiçoamento funcional dos membros da instituição e seus funcionários.

MAZZILLI, H. N., Escola Superior do Ministério Público de São Paulo: 30 years. *Justitia*, São Paulo, v. Especial, p. 311/323, Set 2019.

- **ABSTRACT:** The article addresses the role of the São Paulo Ministério Público in its institutional evolution in Brazil; as a result of this, the idea of a true “Ministério Público School” emerged, which was the embryo of the current Study Center of the Ministério Público de São Paulo, to-day known as the Superior School of the Ministério Público de São Paulo. It also discusses the political and practical difficulties of its creation, the beginning of its operation and, finally, of the current school’s perspectives.

- **KEY WORDS**: Superior School of the Ministério Público de São Paulo / Study Center of the Ministério Público de São Paulo / creation, beginning of its operation / school’s perspectives

Referências

Legislação estadual paulista, Decreto n. 5.179-A, de 1931.
Legislação estadual paulista, Constituição de 1947.
Legislação estadual paulista, Lei n. 2.878, de 21 de dezembro de 1954.
Legislação estadual paulista, Lei Complementar n. 304, de 28 de dezembro de 1982.
Legislação estadual paulista, Decreto n. 27.422 de 05 de outubro de 1987.
Legislação federal, Constituição de 1934.
Legislação federal, Constituição de 1946.
Legislação federal, Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981.
Legislação federal, Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.
Legislação federal, Constituição de 1988.
Regime jurídico do Ministério Público, Hugo Nigro Mazzilli, livro, 9ª ed. Saraiva, 2018, São Paulo.
O Ministério Público no processo penal, Hugo Nigro Mazzilli, artigo, Revista dos Tribunais, 494/269.
O Ministério Público no processo penal — postura institucional e hierarquia, tese, Revista *Justitia* 95/175 e 245.

Precedentes Judiciais e a Atuação do Ministério Público por Meio do Inquérito Civil

Alexandre Alberto de Azevedo MAGALHÃES JÚNIOR[1]

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Precedentes judiciais no sistema processual brasileiro. 2 Fundamentos para respeito aos precedentes. 3 Introdução aos precedentes judiciais no CPC de 2015. 4 Força vinculante dos precedentes judiciais no CPC de 2015. 5 Da (in)constitucionalidade do artigo 927 do CPC. 6 Perfil constitucional do Ministério Público. 7 Breves considerações sobre o inquérito civil. 8 Motivação dos pronunciamentos do Promotor de Justiça. 9 Precedentes judiciais: segurança jurídica e Ministério Público. 10 Independência funcional e segurança jurídica. 11 Precedentes judiciais e eficiência na atuação do Ministério Público. 12 Balizas para a observância do precedente no inquérito civil. 12.1 Objeto do inquérito civil e distinção do precedente judicial. 13 Precedentes e mudança na forma de atuação do Ministério Público. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** O fortalecimento do sistema de precedentes representa uma das vigas mestres do CPC de 2015, voltado a garantir segurança jurídica, coerência e estabilidade nas decisões judiciais, bem como fazer frente ao grande número de processos nos Tribunais Superiores. O Ministério Público, em vista de suas funções constitucionais, deve também, em sua atuação, como no inquérito civil, ater-se às soluções preconizadas nos precedentes elencados no artigo 927 do CPC, não sendo autorizado escapar desta sistemática invocando-se a independência funcional, pois tal prerrogativa não pode se sobrepor a outros valores constitucionais, como segurança jurídica e isonomia, sob pena da atuação ministerial fomentar a jurisprudência lotérica. A não aplicação do precedente ao inquérito civil deverá ser precedida de adequada fundamentação e demonstração da distinção da situação fática em face do paradigma. A formação deficiente

[1] Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Mestrando em Processo Civil na Universidade de São Paulo-USP

do precedente, da mesma forma, seguida de elevado ônus argumentativo, poderá justificar sua não aplicação. Necessária, ademais, a reformulação da atuação institucional, desde a realização de cursos e eventos para amplo domínio da técnica, até o acompanhamento de casos potenciais a ser convolarem em precedentes, inclusive nos Tribunais Superiores, por meio de núcleos específicos e de atuação estratégica.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes. Inquérito Civil. Ministério Público. Independência funcional. Gestão processual.

Introdução

O sistema de precedentes judiciais, com aproximação ao sistema *common law,* tem sido considerado a linha de frente da recente reforma processual, inserido em contexto no qual se busca conciliar segurança jurídica, previsibilidade e confiança nas decisões judiciais, com a busca por maior racionalização do sistema judicial através da celeridade processual. Dentre as alterações promovidas pelo CPC de 2015, talvez a implementação do sistema de precedentes judiciais será a que exigirá maior esforço de todos os atores processuais, a fim de garantir sua funcionalidade, coerência e atingimento do escopo almejado pelo legislador ordinário, o que será inviável sem a exata compreensão das tarefas que deverão ser desempenhadas por todos os operadores do direito, desde a Magistratura, Advogados, Defensoria Pública e o Ministério Público.

A implementação de um novo sistema processual, de forma natural, exige a atualização e adequação dos profissionais da área, não se passando de forma distinta com o Ministério Público, que, tanto na atuação como órgão interveniente como na atuação como órgão agente, precisará fazer frente aos novos e outros não tão novos institutos, desde o negócio jurídico processual em matéria coletiva, até a atuação em face dos Incidentes de Resolução de Demanda Repetitiva instaurado em demanda individual, com potencial efeito coletivo.

O presente estudo terá como foco abordar a influência do precedente judicial em face das principais fases decisórias do inquérito civil, a saber, indeferimento de representação, instauração do inquérito civil, arquivamento, a formação da convicção acerca da necessidade de propositura de ação civil pública, à luz dos princípios inspiradores da adoção do sistema de precedentes e do perfil constitucional do Ministério Público. Além disso,

em sede conclusiva será abordada a necessidade de adequação da atuação institucional em vista deste sistema.

1 Precedentes Judiciais no Sistema Processual Brasileiro

A enorme gama de direitos e garantias inseridos na Constituição Federal de 1988, dentre eles a universalização do acesso à justiça, implicou a explosão de procura pelo Poder Judiciário, catalisada por outros fatores, como a previsão de instrumentos processuais que ampliaram os legitimados à ação civil pública, bem como em vista de opção por sistema de assistência judiciária como forma de promoção de acesso à justiça. A inexistência e/ou insuficiência de políticas públicas compatíveis com as garantias constitucionais, da mesma forma, muito contribuiu para o incremento da litigiosidade.

Reformas passaram a ser implementadas em nosso ordenamento jurídico, a fim de se conferir maior valor aos precedentes judiciais, com destaque para a Emenda Constitucional n. 03/93, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, com previsão de efeito vinculante para as decisões do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, precedente obrigatório. A Lei Federal n. 9.868/1999, em seu artigo 28, parágrafo único, estendeu o mesmo efeito à Ação Direta de Inconstitucionalidade.[2]

A Súmula Vinculante foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/04, viabilizando a vinculação obrigatória de juízes e tribunais inferiores, bem como da administração pública em geral, às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal consubstanciadas em Súmulas Vinculantes.

No mesmo contexto, foram inseridas pontuais e progressivas alterações no Código de Processo Civil de 1973: Recurso Especial Repetitivo - artigo 543-C; repercussão geral para admissão do Recurso Extraordinário - artigos 543-A e 543; julgamento monocrático de recursos - artigo 557; súmula impeditiva de recursos - art. 518, § 1º; sentença

[2] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 271, aponta que se abriu"*a passos largos, o caminho da adoção, no Brasil, do precedente judicia com força vinculante em situações nas quais se encontram em jogo importantes 'quaestiones iuris', de inequívoco peso político*."

liminar de improcedência - art. 281-A; e a desnecessidade de reserva de plenário no controle difuso de constitucionalidade - artigo 481, parágrafo único.[3]

O Código de Processo Civil de 2015, com o mesmo intuito, intensificou a implementação de sistema de precedentes, conforme se observa na exposição de motivos,[4] com embasamento no princípio da segurança jurídica e na proteção de confiança, eis que a estabilidade e previsibilidade das consequências de eventuais condutas são imprescindíveis para a concretização do Estado Democrático de Direito.[5]

A pretexto de proteger a segurança jurídica e de conferir maior previsibilidade e confiança às decisões emanadas do Poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015 dedicou diversas disposições voltadas ao fortalecimento dos precedentes, como, por exemplo; a tutela de evidência prevista no artigo 311, embasada em tese firmada pelos tribunais superiores no julgamento de demandas repetitivas, ou fundada em súmula vinculante; a improcedência liminar do pedido, nos termos do artigo 332, desde que, caso dispensada a fase instrutória, se constate que a pretensão do autor contraria enunciado de súmula do STF e STJ, julgamento em recursos repetitivos por

---

[3] CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. *Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In* DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, J.R. MACÊDO, Lucas Buril de. (coord). *Precedentes.* Salvador: Juspodvm, 2016, p. 339.

[4] Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em 02/06/2017. "*novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando "segura" a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de "surpresas", podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranqüilidade social e descrédito do Poder Judiciário. (...)*"

[5] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96-97.

estes Tribunais Superiores, julgamento em sede de incidente de resolução de demanda repetitiva, ou, por fim, súmula do Tribunal de Justiça acerca de direito local; nos termos do artigo 496, § 4º, ausência de remessa necessária caso a sentença estiver de acordo com súmulas ou acórdãos proferidos em julgamento de recursos repetitivos ou incidente de resolução demandas repetitivas; a dispensa de caução provisório no cumprimento de sentença, nos termos do artigo 521, IV.

Estes dispositivos evidenciam técnicas de decisões, embasadas em precedentes, que possibilitam o aceleramento processual, mas não dispõem diretamente acerca da vinculação aos precedentes judiciais. Tal previsão se faz presente, de forma mais clara e incisiva, nos artigos 926[6] e 927[7] do Código de Processo Civil de 2017.

Reforçam este sistema a Reclamação prevista no artigo 988 do CPC/15,

[6] Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

[7] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

como também o artigo 489 do mesmo diploma, que dispõe acerca da fundamentação das decisões judiciais, notadamente nos incisos V e VI, do § 1º, segundo os quais não se considera fundamentada, respectivamente, a decisão judicial que "limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos" e "deixar e seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela partes, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

A inserção da matéria no dispositivo que cuida da fundamentação das decisões judicias demonstra a relevância dada à teoria dos precedentes no atual Código de Processo Civil.

No sistema vinculado à *common law* a necessidade de observância aos precedentes não decorreu de imposição legislativa, como em nosso Código de Processo Civil, mas se implementou ao longo da evolução histórica. No sistema judicial Inglês, por exemplo, os precedentes foram inicialmente invocados pelos juízes medievais a título de ilustração, sem caráter vinculante, com o intuito de explicar o significado do direito aplicado.[8] A partir dos séculos XVI e XVIII passaram a adquirir caráter persuasivo, visto como autorizada *"evidence"*[9], sem que, contudo, houvesse vinculação em sua aplicação. A persuasão deu lugar à vinculação ao longo do século XVIII, em vista da doutrina de Bentham, de Austin e da reforma dos *Law Reports*, no ano de 1865, bem como os *Judicature Acts* de 1873-1875.[10]

O *stare decisis* (adesão a casos já decididos) foi construído ao longo do tempo no sistema inglês, consolidando-se no final do século XIX, após as doutrinas de Bentham e Austin, marcadamente em *London Tramways v. London Contry Concil,* em 1898, em que se reconheceu a vinculação da *House of Lords* às suas próprias decisões, consolidando à obrigatoriedade do precedente.[11]

---

[8] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 28.

[9] DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent.* Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2008, p. 33-34. Mitidiero, Daniel. op. cit., p. 32.

[10] MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 36-41. Segundo o autor, Idem. p. 41, "*A lembrança da história do precedente no direito inglês – da ilustração à vinculação – testemunha não apenas a evolução da cultura jurídica inglesa. Para além, registra um processo de marchas e contramarchas na luta pelo direito como proteção contra o arbítrio e na busca pelo seu fundamento."*

[11] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 30.

Em estudo sobre a força dos precedentes, Michel J. Gerhardt aponta suas múltiplas funções na sociedade como um todo, como uma modalidade de argumentação, forma de solução de disputas, educação da população, construção da identidade nacional e implementação de valores constitucionais, dentre outras.[12]

Não obstante se perceba que cada modelo, *civil law* ou *common law,* tenham características preponderantes, conforme lição de Rodolfo de Camargo Mancuso "impõe-se um olhar renovado no tocante aos critérios de identificação do regime jurídico-político de um país, especialmente quanto à família jurídica a que ele se filia, porque o crescente intercâmbio internacional, a massificação das sociedades e o fenômeno da globalização não mais permitem um cômodo enquadramento num ou noutro dos tradicionais sistemas: o do direito escrito (*civil law*) e o do precedente judiciário (*common law*),[13] existindo verdadeira interpenetração e *circulação de modelos jurídicos.*[14]

No Brasil, a aproximação ao modelo *common law* pode ser observada: no controle concentrado de constitucionalidade; em nosso processo coletivo (assemelhado às *class actions* do sistema americano); e, por fim, no fortalecimento dos precedentes judiciais.[15] Por sua vez, nos países filiados ao modelo *common law* percebe-se tendência à valorização do direito escrito, como o *Civil Procedure Rules* na Inglaterra, o *Clean Air Act* e o *Fereal Ruls of Civil Procedure* nos Estados Unidos.

---

[12] GERHARDT, Michel J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 147-176: Dentre as múltiplas funções dos precedentes elenca o autor "*Precedent as a modality of argumentatio; Resolving disputes; as binding or persuasive authority; setting agendas; facilitating constitucional dialogues; shaping constitucional structure; historical functions; education; symbolism; shaping national identity.*"

[13] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 248.

[14] ZUFFELATO, Camilo. *Precedentes Judiciais Vinculantes à Brasileira no Novo CPC: Aspectos Gerais*. *In* O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 91.

[15] LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 79-80.

2 Fundamentos para o Respeito aos Precedentes

O sistema *civil law* caracteriza-se pela observância da legislação escrita, o que, todavia, não é garantia de unidade na aplicação de uma mesma norma pelo poder judiciário, em vista da margem de interpretação possível não só em razão de eventual deficiente redação, como também no confronto do texto legal com os princípios insculpidos na Constituição Federal. Eduardo Cambi pondera que a "*operação de determinação de sentido das regras e princípios jurídicos pode conduzir à obtenção de normas diferentes, entre outros fatores (políticos, econômicos, sociais etc.) que são inerentes à tarefa de interpretação, porque os elementos linguísticos podem ser polissêmicos ou plurissignificativos (...) ou porque os conceitos contemplados pelo legislador podem ser indeterminados*".[16] A possibilidade de interpretações distintas é reforçada pela nossa forma de organização judiciária, com divisão de competência em diversos Tribunais de Justiça Estaduais, Tribunais Regionais Federais, além do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Este quadro impõe grande incerteza quanto às decisões judiciais, o que se denominou de "jurisprudência lotérica"[17], eis que, por vezes, cortes distintas ou até o mesmo órgão julgador acabam, sob o manto da liberdade de interpretação e aplicação da lei, por conferir soluções contraditórias sobre o mesmo tema.

Esta situação exigia a implementação de mecanismos que garantam coerência e previsibilidade no sistema judiciário, a fim de efetivar a segurança jurídica. Ricardo de Barros Leonel aponta com propriedade a imprescindibilidade de que o sistema processual, "essencialmente a própria jurisdição, sejam capazes de produzir resultados efetivos e adequados, aptos a influenciar, de modo macroscópico, a própria sociedade. Essa efetividade e a adequação envolvem a atenção para valores, no processo, como a celeridade, a razoável previsibilidade e a segurança jurídica."[18]

A garantia de segurança jurídica ao jurisdicionado não se constituiu na única razão para a adoção do sistema de precedentes no Brasil. A explosão da litigiosidade, com multiplicação de recursos aos Tribunais Superiores,

[16] CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos Tribunais, n. 786, ano 90, abr/2001, p. 110.

[17] Idem. p. 110-111.

[18] LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 49.

criando verdadeira sobrecarga ao sistema, também se mostrou como uma das razões preponderantes para a implementação dos precedentes em nosso ordenamento, a fim de se garantir maior racionalidade e celeridade processual.

Nesta combinação de busca tanto da segurança jurídica quanto da celeridade processual, inclusive com a imposição de considerável risco à formação qualitativa das decisões, é que o sistema de precedentes foi inserido no Código de Processo Civil de 2015, exigindo grande esforço dos atores processuais, a fim de se evitar as rápidas e bruscas mudanças de padrões de decisão que firmam precedentes, bem como a fim de se conferir lastro qualitativo na prolação de decisões aptas a firmarem precedentes.[19]

3 Introdução aos precedentes judiciais no CPC de 2015

O estudo da força vinculante dos precedentes, na forma prevista no Código de Processo Civil de 2015, requer rápido enfrentamento dos conceitos de súmula, precedente e jurisprudência, até mesmo em razão da ausência de diferenciação entre estes institutos no novel diploma processual.

O termo jurisprudência está relacionado "a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos".[20] Carlos Alberto Salles aponta que jurisprudência "tem o sentido de conjunto de julgados, relacionados a uma situação de fato específica, a um posicionamento jurídico, a um período de tempo e, evidentemente, a determinado órgão julgador."[21]

As súmulas, conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni, caracterizam-se como "enunciados do tribunal acerca das suas decisões"[22], e não se

[19] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.198, pondera que *"desvalorização do aspecto qualitativo, no manejo massivo de processos e recursos, prende-se ao propósito meramente pragmático, a saber, o de eliminar a qualquer preço a pletora de processos, no menor tempo possível, política que não atende, adequadamente, ao vero exercício do direito de ação, certo que a este corresponde o dever do Estado de ofertar, não qualquer resposta, mas aquela que dirime perfeitamente o objeto litigioso (...)*"

[20] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Revista de Processo, v. 199, set. 2011, p. 142.

[21] SALLES, Carlos Alberto de. *Precedentes e Jurisprudência no Novo CPC: Novas Técnicas Decisórias?* In O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 80.

[22] MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 159.

destinavam, ao menos até a inserção da Súmula Vinculante, a "afirmar a coerência da ordem jurídica, garantir a segurança jurídica e impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo desigual."[23]

O precedente, por sua vez, não está relacionado a um conjunto de decisões do Tribunal e nem mesmo ao enunciado sincrético destas decisões, pois sobressai de apenas uma decisão, com "potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados".[24] Compete ao juiz do caso sucessivo, ao analisar os fatos do segundo caso, identificar a existência ou não precedente, e, portanto, criá-lo.[25]

O Código de Processo Civil de 2015, mesmo em vista destas distinções conceituais, não primou pela melhor técnica, empregando-os de forma casuística[26], o que pode implicar dificuldades no manejo das disposições afetas ao tema.

Não se pode, ainda, desconsiderar a forma pela qual as teses são fixadas em nosso sistema, normalmente a partir de verbetes e súmulas sintéticas, dos quais não se consegue, de plano, extrair a circunstância fática correspondente. Pontuam Humberto Dalla Bernardina De Pinho e Roberto De Aragão Ribeiro Rodrigues que o modelo brasileiro de precedentes, assim como na Itália, muito se diferencia da lógica desenvolvida nos ordenamentos filiados à "*common law",* pois nestes, o precedente judicial pressupõe a observância das circunstâncias fáticas do caso, ao passo que em nosso ordenamento jurídico, conforme se constata na edição de Súmulas Vinculantes, há a fixação de teses jurídicas comum à diversos recursos idênticos, diferenciando-se do sistema do *stare decisis.*[27]

---

[23] Idem. p. 309.

[24] Idem, p. 157.

[25] TARUFFO, Michele. op. cit., p. 142-143.

[26] LEONEL, Ricardo de Barros. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC.* Artigo inédito cedido pelo autor. p. 8.

[27] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RODRIGUES, Roberto De Aragão Ribeiro. *O Microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes. In* DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Julgamento de casos repetitivos.* Bahia: Juspodivm, 2017, p. 288-292. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. In* BONATO, Giovanni. CINTRA, Lia Carolina Batista. SICA, Heitor Vitor Mendonça. ZUFFELATO, Camilo. (coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 42, "*...é possível notar que o legislador italiano ignora*

Feitas estas breves considerações relacionadas à delimitação conceitual dos precedentes, cumpre agora abordar o aspecto relacionado com a força vinculante dos precedentes judiciais, na forma prevista no novo Código de Processo Civil.

4 Força Vinculante dos Precedentes no CPC de 2015

O artigo 927 do diploma processual de 2015 dispõe que "os juízes e os tribunais observarão" aquelas decisões arroladas em seus incisos, o que, de plano, traz ao operador do direito o questionamento acerca do alcance da citada expressão, vale dizer, se as decisões elencadas nos incisos do artigo 927 seriam ou não vinculantes aos juízes e tribunais. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, ao discorrerem sobre o sistema de precedentes, sustentam a existência de diferentes forças de vinculação (fraca, média ou forte).[28] A "fraca" seria aquela decorrente da força persuasiva da jurisprudência nos sistemas da *civil law.* Vinculação *"*média" seria aquela verificada à adoção de simplificação do procedimento (p.ex.: decisão monocrática pelo relator; desnecessidade de submissão da arguição de constitucionalidade ao pleno ou órgão especial quando já houver julgamento anterior destes ou do STF). A vinculação "forte", ou vinculação em sentido estrito, se verificaria naquelas hipóteses em relação às quais a inobservância do precedente implicaria afronta à autoridade do tribunal que emitiu a decisão, autorizando-se o uso da reclamação para preservar a autoridade (ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade; arguição de descumprimento de preceito fundamental; súmula vinculante; recursos especiais e extraordinários repetitivos, incidente de resolução de demanda repetitiva e incidente de assunção de competência),[29] as quais, em certa medida, coincidem com as hipóteses do artigo 927 do CPC.

---

totalmente que coisa seja o precedente, ou seja – como se disse – a analogia entre os fatos dos dois casos, e se considera como precedente uma afirmação abstrata qualquer da Corte de Cassação sobre uma quaestio juris que de alguma forma se relaciona ao caso em espécie."

[28] WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum e tutela provisória), volume 2 – 16 ed. ref. e ampl. de acordo com o novo CPC.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 696/698.

[29] Idem. p. 693-704.

José Carlos Baptista Puoli sustenta que apenas "será possível falar de efetiva vinculação, 'aos olhos' de nosso atual estágio de evolução constitucional do sistema de precedentes, quando houver mecanismo processual que permita impor o resultado pretendido com maior rapidez e autoridade"[30], identificando no uso da reclamação, de forma imediata e sem a exigência de esgotamento das instâncias ordinárias, o ponto distintivo para se concluir pela força vinculante ou não do precedente, força esta que se mostra muito reduzida no panorama atual, em vista da reforma introduzida pela Lei n. 13.256/15.[31]

Ricardo de Barros Leonel, ao discorrer sobre o artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 aponta que a cláusula "deverão observar" denota o caráter imperativo daquelas decisões, as quais, portanto, devem ser obrigatoriamente seguidas pelos juízos e tribunais.[32] Destaca o autor, ainda, quanto ao caráter vinculante, que não é "apenas a previsão da reclamação como meio para fazê-lo valer, mas sim o fato de que o sistema processual aponta para a prevalência daquela posição ao final, ainda que por outro mecanismo de impugnação da decisão desconforme."[33]

Daniel Mitidiero desvincula a obrigatoriedade de se seguir os precedentes da previsão expressa no artigo 927 do Código de Processo Civil e aponta que a "força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente resulta, pois, da consideração do ordenamento jurídico como um todo e, especialmente,

---

[30] PUOLI, José Carlos Baptista. *Precedentes vinculantes? O CPC 'depois' da lei nº 13.256/16. In* LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 504.

[31] Idem, p. 504-507.

[32] LEONEL, Ricardo de Barros. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC.* Artigo inédito cedido pelo autor. p. 10-11. No mesmo sentido, COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial.* Repro 266-abril/2017 (versão digital), p. 2: "*dizer que juízes e tribunais observarão é o mesmo que dizer obrigatoriamente seguirão"*

[33] LEONEL, Ricardo de Barros. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC.* p. 13.

do valor que deve ser dado à liberdade, igualdade e à segurança jurídica."[34] Em vista das considerações expostas, e como premissa para o desenvolvimento do tema de estudo deste trabalho, entende-se mais adequada ao preceito constitucional de segurança jurídica, do qual decorre a previsibilidade e estabilidade, as posições doutrinárias que defendem a imperatividade da vinculação aos precedentes elencados no artigo 927 do Código de Processo Civil, sem a imposição de graduações (fraca, média e forte), pois a vinculação existirá ou não.

5 Da (In)constitucionalidade do Artigo 927 do CPC

A discussão relativa à inconstitucionalidade ou não do disposto no artigo 927 do CPC mostra-se relevante, na medida em que permite investigar fundamentos contrários ou favoráveis à sua aplicação na forma concebida pelo legislador.

O principal fundamento levantado para sustentar a inconstitucionalidade do instituto, especificamente quanto à força vinculante dos incisos III, IV e V, do artigo 927, do CPC, reside na ausência de previsão constitucional de vinculação, como aquela prevista para controle concentrado de constitucionalidade e para as súmulas vinculantes, de forma que seria necessária emenda constitucional para conferir tal caráter àquelas hipóteses.[35]

---

[34] MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 86. Em sentido similar, MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 288. *"Para que se conclua que os precedentes das Cortes Supremas devem ser observados pelos juízes e tribunais, basta estar atento às normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça e a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional. Portanto, o art. 927 do CPC/2015, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo."*

[35] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no Novo CPC.* Revista do Advogado. Ano XXXV, n. 126, maio de 2015, p. 150: "*Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade*." No mesmo sentido: BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no Novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60: "É de duvidosa constitucionalidade, portanto, a regra que limita o poder de julgar através de lei federal. Em outras palavras, o principal problema está no fato de que, por força do novo CPC, a decisão dos juízes não poderá destoar daquilo que foi fixado pelos tribunais (precedentes vinculantes) e isso é uma clara limitação ao poder de julgar. Em linhas gerais, parece que seria melhor ter tratado da vinculação aos precedentes na própria Constituição, mas não lei federal."

Contrapõe-se a esta crítica o argumento de que a modificação da Constituição Federal objetivou que o efeito vinculante das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e das Súmulas Vinculantes alcançasse não só o Poder Judiciário, mas também os órgãos da administração pública direta e indireta, no âmbito federal, estadual e municipal, ao passo que a eficácia vinculante das decisões proferidas em sede de incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especiais e extraordinários repetitivos incide apenas sobre tribunais e juízes.[36]

Outro fundamento que se aponta para a inconstitucionalidade do artigo 927 do CPC relaciona-se com a possível ofensa à independência funcional dos juízes, os quais teriam tolhida a liberdade de prolatar decisões de acordo com o seu livre convencimento. Esta discussão, em certa medida, correlaciona-se com os possíveis efeitos dos precedentes judiciais na atuação do Promotor de Justiça, aspecto que, quanto ao *Parquet,* será abordado adiante.

No que toca aos juízes, tal crítica é refutada com base no entendimento de que a prestação da tutela jurisdicional deve ser racional e isonômica, não constituindo a independência funcional um fim em si mesmo, sob pena de "ao invés de um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improducente, digladiam-se (...) o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir 'a sua decisão', mas para que possa colaborar com a prestação jurisdicional".[37]

Neste sentido, conforme pontua José Wellington Bezerra da Costa Neto, o postulado da independência funcional e a sua garantia constitucional não pode se sobrepor a outros valores caros ao regime democrático, como a isonomia, segurança jurídica, estabilidade, confiança e coerência, de forma que conferir "maior peso ou gravidade a um ou a outro, dentro de certa conjuntura (afinal, nem todo precedente é dotado de força vinculante) é uma legítima escolha política do legislador."[38] Em síntese, a necessidade de

[36] LEONEL, Ricardo de Barros. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC.* Artigo inédito cedido pelo autor. p. 16-18.

[37] MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 151.

[38] COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Vinculação a precedentes e livre convenci-*

coerência e integralidade na prestação jurisdicional, em vista da observância do princípio da igualdade, não autoriza a propagação de decisões díspares acerca de matérias em relação às quais já houve a palavra final pelas cortes superiores competentes.

Para os fins deste estudo, em que se perquire a influência dos precedentes judiciais nos rumos do inquérito civil, adere-se à corrente que sustenta a imperatividade do artigo 927 do Código de Processo Civil, bem como a constitucionalidade do citado dispositivo, até mesmo porque a sistemática de julgamento de casos repetitivos em recurso especial e extraordinário já era aplicada no CPC de 1973, sem que se tenha pronunciado sua inconstitucionalidade[39].

6 Perfil Constitucional do Ministério Público

O artigo 127 da Constituição Federal dispõe que o Ministério Público é "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". O artigo 129 da Constituição Federal arrola as funções institucionais do Ministérios Público, dentre as quais, além da promoção privativa da ação penal pública incondicionada (inciso I), do inquérito civil e da ação civil pública visando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inciso III), merece destaque o inciso II, que prevê o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

O princípio da independência funcional, na visão de Hugo Nigro Mazzilli, significa que "cada membro e cada órgão do Ministério Público gozam de independência para exercer suas em face de outros membros e órgãos da mesma Instituição"[40], afastando, no exercício da atividade fim, a hierarquia funcional.

Conforme Emerson Garcia, a independência funcional traduz duas garantias ao exercício das funções institucionais "a) podem atuar livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não

mento judicial. Repro 266-abril/2017 (versão digital), p. 14.

[39] LEONEL, Ricardo de Barros. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC.* Artigo inédito cedido pelo autor. p. 18-19.

[40] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 44.

estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas ao exercício das atribuições institucionais; b) não podem ser responsabilizados pelos atos que praticarem no exercício de suas funções (...)".[41]

Inegável, todavia, que o referido princípio da independência funcional, assim como outros princípios constitucionais, não constitui um fim em si mesmo, destituído que é de caráter absoluto.[42] Encontra baliza justamente na ordem jurídica estabelecida na Constituição Federal e nas leis em geral[43], razão pela qual, como adiante se discorrerá, o membro do Ministério Público não poderá ficar alheio ao sistema de precedentes judiciais.

7 Breves Considerações sobre o Inquérito Civil

O inquérito civil pode ser conceituado como procedimento administrativo, com previsão constitucional[44], carreado ao Ministério Público para a colheita de elementos de convicção que possam demonstrar eventual ameaça de lesão ou lesão a interesses difusos e coletivos, apto a propiciar a solução extrajudicial do litígio e pacificação social, sem os inconvenientes relativos ao tempo e custo do processo, sobretudo na seara coletiva,[45] ou, caso inviável a autocomposição, por falta de acordo ou em razão de vedação legal,[46] próprio para a obtenção de subsídios que possam embasar a propositura de ação civil pública.[47]

Prevalece o entendimento acerca da não obrigatoriedade do contraditório no inquérito civil, por se tratar de procedimento administrativo de natureza pré-processual, destinado à colheita de elementos

---

[41] GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143.

[42] Idem. p. 144.

[43] DALLARI, Adilson Abreu. *Autonomia e Responsabilidade do Ministério público*. *In* RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Ministério público, reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 44.

[44] Art. 129, III, da CF.

[45] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 342.

[46] Art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92

[47] MAZZILLI, Hugo Nigro. op. cit., p. 53.

para a instrução de eventual ação civil pública.[48] Não obstante a prevalência do entendimento acerca do caráter inquisitivo do inquérito civil, a cientificação do acusado acerca da instauração do procedimento, garantindo-lhe oportunidade de acompanhar eventuais diligências, como oitivas, ou, ainda, de elaborar quesitos para eventual parecer técnico, poderá proporcionar maior credibilidade ao substrato destinado à eventual ação judicial, no momento da valoração da prova pelo magistrado,[49] ou até mesmo convencer o investigado quanto aos benefícios de se firmar eventual termo de compromisso de ajustamento de conduta.

A instauração do inquérito civil, por meio da portaria inicial, deve conter, ainda que de forma sucinta, a indicação de fato determinado a ser apurado, seu autor e, também, a motivação jurídica respectiva, sob pena de não estar configurada justa causa.[50]

Finalizadas as diligências consideradas necessárias para a apuração dos fatos por meio do inquérito civil, o Promotor de Justiça poderá: promover o seu arquivamento; celebrar termo de compromisso de ajustamento de conduta; ou, por fim, propor ação civil pública.

A promoção de arquivamento deverá ser submetida à homologação do Conselho Superior do Ministério Público, na forma dos §§ 1º a 4º, do artigo 9º, da Lei n. 7.347/85, e o órgão colegiado poderá: acolher as razões de arquivamento; converter o julgamento em diligência para complementação da investigação; ou determinar o ajuizamento de ação civil pública, com a designação de outro Promotor de Justiça, em respeito ao princípio da independência funcional.

Constada a lesão ou ameaça de lesão ao interesse tutelado, bem como não firmado termo do compromisso de ajustamento de conduta, natural será o ajuizamento de ação civil pública.

---

[48] COSTA, Susana Henriques da. 'A influência do contraditório na valoração dos elementos de prova produzidos em inquérito'. *In* ZUFFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.)."40 anos da teoria geral do processo no Brasil, Passado, presente e futuro'. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 722/723. Neste sentido: STF, 1ª Turma, RE/ED 481.955-PR, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJU 10.02.11.

[49] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 354

[50] FERRARESI, Eurico. '*Inquérito Civil*'. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5.

8 Motivação dos Pronunciamentos do Promotor de Justiça

A Constituição Federal exige que os Membros do Ministério Público indiquem "os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais" (art. 129, VIII), compreendendo "às hipóteses em que seja realizado juízo valorativo a respeito de determinada situação, com ulterior exteriorização de uma conclusão".[51] No mesmo sentido, o artigo 43, inciso III, da Lei Federal n. 8.625/93, impõe como dever funcional a indicação "dos fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal", o que, em certa medida, aproximaria as manifestações ministeriais, quanto à forma, às sentenças judiciais.[52]

Wallace Paiva Martins Júnior destaca que a "extensão dos princípios da Magistratura (ar. 93) ao Ministério Público (art. 129, § 4º) proporciona inconteste captação da transparência nos níveis de publicidade e motivação na execução das atividades (meio e fim), como expresso nos incisos IX e X do citado art. 93."[53]

A Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público impõe a necessidade de fundamentação em relação à portaria de instauração (art. 4º, inciso I), ao indeferimento de representação (art. 5º, "caput"), à prorrogação de prazo para conclusão (art. 9º) e à promoção de arquivamento (art. 10).

A instauração, celebração de compromisso de ajustamento de conduta, arquivamento, homologação ou não do arquivamento pelo Conselho Superior e ajuizamento de ação civil pública são marcos cruciais, pois, em maior ou menor grau, exigem adequada fundamentação, com necessidade de cotejo do quadro fático com o direito a ser aplicado, representando o ponto de intersecção entre os rumos adotados do inquérito civil e os possíveis efeitos dos precedentes judiciais.

9 Precedentes Judiciais: Segurança Jurídica e Ministério Público

A força vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e em relação às Súmulas

[51] GARCIA, Emerson. op. cit., p. 739.

[52] Idem. p. 740.

[53] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 66-67.

Vinculantes decorrem diretamente da Constituição Federal[54] e passaram a ter efeito vinculante e *erga omnes* (Emendas Constitucionais n. 03/93 e 45/04) atingindo a administração pública direta e indireta, da União, Estados e Municípios.

Assim, eventual decisão proferida pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade deverá obrigatoriamente ser observada, no âmbito do inquérito civil. A título de exemplo, julgada improcedente pelo STF a Adin n. 2591, que buscava excluir as instituições financeiras das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, não seria cabível o arquivamento de inquérito civil instaurado para apurar práticas abusivas por bancos, sob o fundamento de que a Lei n. 8.078/92 não se aplicaria às instituições financeiras.

Da mesma forma, não é autorizada postura ministerial, no bojo de inquérito civil, que não se adeque às Súmulas Vinculantes exaradas pelo Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, não se poderia ajuizar ação civil pública, em face da Fazenda Pública, pleiteando a concessão de aumento de vencimentos a servidores, sob alegação de ofensa à isonomia, em vista do disposto na Súmula Vinculante n. 37.[55]

Neste contexto, o disposto no artigo 927 do CPC em nada alterou a atuação do Ministério Público no tocante à necessidade de observância das decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou no tocante às Súmulas Vinculantes.

A inovação, que requer maior investigação, reside na análise dos possíveis efeitos na atuação do *Parquet* quanto às demais hipóteses arroladas nos incisos do artigo 927 do CPC, especificamente aquelas dos incisos III, IV e V.

De fato, se a primeira conclusão que se tem da leitura do artigo 927 do CPC é no sentido de que o mesmo é direcionado ao juízes e tribunais, tal constatação não afasta do *Parquet* uma gama de responsabilidades, advindas de seu perfil constitucional, atreladas à construção e à consolidação do sistema de precedentes.

É inegável o maior grau de exigência de todos atores processuais em vista da implementação da teoria de precedentes, conforme pontuam Dierle Nunes e Rafaela Lacerda, ao indicarem que o estabelecimento deste sistema como fonte de direito requer "uma mudança de paradigma e

[54] Art. 102, § 3º, e Art. 103-A, da Constituição Federal.

[55] Súmula Vinculante n. 37: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

comportamento na prática jurídica, inclusive de iniciativa das partes, a fim de comprometer advogados e julgadores, com a aplicação fiel dos precedentes estabelecidos."[56]

Conforme vem reconhecendo a doutrina, em vista da atual tessitura de nosso sistema judicial "não é correto negar de modo absoluto que a jurisprudência seja fonte de direitos. Ela não chega a ter o mesmo vigor e o generalizado poder imperativo de uma lei mas muito se aproxima disso, na medida em que o Código de Processo Civil impõe aos juízes e tribunais o dever de observá-la."[57]

Neste sentido afirma Mancuso poder-se consentir o precedente judiciário como paradigma de direitos e obrigações, ao lado da lei, o que implica "senão já a necessidade de uma alteração do inc. II do art. 5º da CF – ao menos uma gradual e laboriosa mudança na cultura jurídica tradicional, tradicionalmente afeiçoada à singela subsunção dos fatos à norma de regência, por modo a, doravante, tornar imperiosa a consulta aos enunciados sumulares e demais elementos pretorianos otimizados, ante sua crescente força impositiva, que já despassa o plano da mera influência."[58]

O equacionamento da questão, em vista das atribuições do *Parquet,* requer o retorno ao conteúdo do perfil constitucional do Ministério Público, caracterizado como órgão estatal dedicado à defesa da ordem jurídica e do regime democrático, nos termos do artigo 127, "caput", da Constituição Federal, e que deve zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, a teor do inciso II, do artigo 129.

A defesa da ordem jurídica e do estado democrático pressupõe, sempre, a observância e aplicação dos princípios e garantias previstos na Constituição Federal, de forma que o desempenho das atribuições do *Parquet*, internamente e externamente, no âmbito administrativo e na atividade de execução, deve ter como baliza e fim a ser atingido a concretização de princípios constitucionais.

---

[56] NUNES, Dierle. LACERDA, Rafaela. *Precedentes – Primeiras conexões com o princípio contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado.* Revista Brasileira de Direito Processual. n. 83. jul.-set. 2013.

[57] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: volume I.* São Paulo: Malheiros, 2016, p. 160. O mesmo autor confere o caráter de fonte de direito às Súmulas Vinculantes, repercussão geral e julgamento de recursos repetitivos. p. 162-166.

[58] MANCUSO, Rodolfo de Camarco. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza; eficácia; operacionalidade.* 2ª ed rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 602.

Dentre estas diretrizes contidas na Constituição Federal, sem qualquer dúvida, se situam a segurança jurídica e a igualdade, verdadeiras bases do sistema de precedentes. Ricardo de Barros Leonel indica ser imprescindível que "a segurança jurídica, princípio e valor imanente ao ordenamento jurídico pátrio, extraível da Lei Maior, não seja relegada apenas à condição de "promessa" do constituinte não trazida ao plano da realidade social. Ora, tratando-se de princípio e valor constitucional, não se pode negar que tem como destinatários tanto os Poderes do Estado como os indivíduos."[59]

10 Independência Funcional e Segurança Jurídica

Inquestionável que o Ministério Público se qualifica como órgão estatal garantidor da segurança jurídica[60], não se autorizando a sobreposição da independência funcional como escusa ao adequado manejo dos precedentes judiciais.

Nesta linha, assim como a alegação de ofensa à independência funcional dos juízes não pode se sobrepor a outros valores democráticos, como a segurança jurídica, igualdade, coerência, confiança e estabilidade[61], também ao *Parquet* não é autorizado invocar a referida garantia constitucional para se eximir de seu papel na consolidação do sistema de precedentes. Conforme destacado em tópico anterior, a independência funcional garante a inexistência de hierárquica funcional e autoriza a formação livre da convicção, com base nas circunstâncias fáticas concretamente analisadas, mas tem como limite a própria ordem jurídica estabelecida[62], a qual, em

[59] LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

[60] Conforme ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica.* São Paulo: Malheiros, 2016, p. 176. "*a segurança jurídica deve ser garantida pelos três Poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."*

[61] MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 150/153. COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial.* Repro 266-abril/2017 (versão digital), p. 14.

[62] Neste sentido: GARCIA, Emerson. op. cit., p. 143, para quem *a independência funcional traduz duas garantias ao exercício das funções institucionais "a) podem atuar livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas ao exercício das atribuições institucionais; b) não podem ser responsabili-*

vista das disposições do Código de Processo Civil, em seu atual estágio, é integrada pelo sistema de precedentes.

Inegável, assim, que ao Ministério Público também compete o zelo pela segurança jurídica e pela igualdade a justificar a observância aos precedentes judiciais, não pelo cego cumprimento de súmulas e teses existentes, mas a partir de profundo estudo e interpretação da decisão que o criou e sua comparação com o caso futuro, a fim de que, em caso não seguimento, tenha-se a exposição dos motivos de eventual distinção ou não aplicação ao caso concreto.

11 Precedentes judiciais e eficiência na atuação do Ministério Público

Além do embasamento em princípio constitucional, como visto, atrelado à defesa da segurança jurídica e da igualdade como vetores do estado democrático de direito, a necessária observância dos precedentes vinculantes elencados no artigo 927 do CPC, pelo Ministério Público, encontra também apoio em consideração de ordem pragmática, relacionada à eficiência e racionalização.

De fato, o Código de Processo Civil dispôs, de forma esparsa, acerca de técnicas de aceleração processual, como a tutela de evidência (art. 311, II), a improcedência liminar do pedido (art. 332, I a V)[63], a dispensa de remessa necessária (artigo 496, § 4º) e o julgamento monocrático do recurso pelo relator (art. 932). Tais técnicas de decisão, além da função de acelerar o trâmite processual, também revelam pistas do legislador às partes acerca das possíveis consequências, positivas ou negativas, de litigarem de forma contrária ou favorável a determinado precedente, aptas a inibir ou desestimular a propositura de ações contrárias aos entendimentos firmados pelos tribunais.[64]

Dierle Nunes e André Frederico Horta destacam a necessidade "de se levar a sério a fase pré-processual do feito, de modo a se proceder uma

zados pelos atos que praticarem no exercício de suas funções (...)"

[63] NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015. In* DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, J.R. MACÊDO, Lucas Buril de. (coord.). *Precedentes.* Salvador: Juspodvm, 2016, p. 328: *"Perceba-se que a negligência deste comportamento na petição inicial pelo autor, pode conduzi-lo a um julgamento liminar de improcedência, nos moldes do art. 332, CPC-2015 e, ainda, pode privá-lo da obtenção de uma tutela satisfativa da evidência, nos moldes do art. 311, II, CPC-2015.*

[64] Neste mesmo sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cir., p. 600.

preparação da causa, inclusive com a análise de riscos, tomando por base, entre outros fatores, os precedentes (art. 927), para que se vislumbre as potencialidades decisórias."[65]

Neste contexto, sob a ótica do Ministério Público, é necessário considerar tais aspectos em uma investigação e na propositura de determinada ação civil pública em descompasso com os precedentes elencados no artigo 927 do CPC, pois, a despeito do trabalho, recursos humanos e material, bem como tempo despendidos no trâmite do inquérito civil, colheita de provas e elaboração da ação civil pública, a pretensão, se contrária a precedente, poderá esbarrar na improcedência liminar do pedido (artigo 332), no julgamento monocrático de apelação e de outros recursos dirigidos aos tribunais superiores (art. 932), além da eventual aplicação de multa em razão da manifesta inadmissibilidade do agravo interno contra a decisão monocrática do relator, na forma do artigo 1.021, § 4º do CPC.

A propositura de ação civil pública de forma contrária a precedentes, sem qualquer elemento argumentativo quanto à distinção do caso concreto, equivaleria à busca do judiciário como "casa lotérica", visando a obtenção de decisão que contrarie o artigo 927, postura não compatível com as responsabilidades atribuídas ao Ministério Público na Constituição Federal, que não poderá desconsiderar que os precedentes passam a atuar como obstáculo às ações ou aos recursos infundados ou abusivos.[66]

A utilização do precedente judicial não poderá se dar apenas nas hipóteses em que se mostrar favorável ao Ministério Público, invocando-o, por exemplo, para viabilizar a celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta, ou mesmo para embasar petição inicial com pedido de tutela de evidência, julgamento liminar de procedência de ação civil pública, ou outras técnicas de aceleração processual. A coerência deve abranger a postura processual da instituição como um todo, quando o sistema lhe é benéfico e quando lhe é contrário.

O mesmo compromisso com a segurança jurídica, confiança, estabilidade e coerência, exigidas do magistrado também deve, guardadas as

[65] NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. op. cit., p. 328.

[66] CAMBI, Eduardo. *Os precedentes e o dever de motivação no novo código de processo civil. In* DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, J.R. MACÊDO, Lucas Buril de. (coord.). *Precedentes.* Salvador: Juspodvm, 2016, p. 644-645.

peculiaridades de atuação, se estender ao Ministério Público, órgão estatal que, em vista de suas funções institucionais, não pode desprezar a regulamentação dos precedentes na forma concebida no Código de Processo Civil.

12 Balizas para a Observância do Precedente no Inquérito Civil

Fixada a premissa de que ao Ministério Público, órgão estatal com sérias atribuições constitucionais, é carreada grande responsabilidade quanto à observância do sistema de precedentes, cumpre enfrentar a forma pela qual tal mister deverá ser desincumbido no bojo do Inquérito Civil.

Inicialmente, deve-se ponderar que na apreciação de representação dirigida ao *Parquet*, para o seu indeferimento ou para a instauração do inquérito civil, bem como nos atos instrutórios preliminares, em regra, será prematuro questionar-se quanto à influência de determinado precedente judicial.

Isto porque, retomado o conceito do referido procedimento investigatório antes fixado, é da essência deste instrumento a atividade investigatória mediante colheita de informações, por meio de documentos, testemunhos, pareceres técnicos, etc, que possam auxiliar a identificar eventual lesão a bem jurídico coletivo. Sem tais providências não há como se saber o alcance, natureza e peculiaridades de eventual dano de natureza coletiva, dados estes imprescindíveis para a adequada delimitação do quadro fático.

Neste contexto, somente após finalizadas as diligências é que o representante do Ministério Público terá imagem clara da situação fática, para, com base nas nuances do caso concreto, identificar eventual violação ao direito material. Atingida esta completude é que será possível verificar a identidade da situação investigada com eventuais soluções propugnadas em precedentes judiciais, ou viabilizar a distinção da situação enfrentada no inquérito civil.

Outra ponderação inicial cabível é no sentido de que a atuação em desconformidade com precedentes judiciais poderá se dar tanto pelo arquivamento de investigações em hipóteses nas quais se esperaria o ajuizamento de ação, quanto na propositura de demanda judicial quando o arquivamento, em vista de precedentes, seria plenamente justificado.

Nesta ordem de ideias, atingido tal quadro de completude fático-probatória, tanto pelo exaurimento de diligências no inquérito civil, quanto naquelas situações excepcionais nas quais a representação ou peças de informação já proporcionem esta delimitação, é que caberá a perquirição acerca da influência dos precedentes.

12.1 Objeto do Inquérito Civil e Distinção do Precedente Judicial

O *distinguishing*, ou distinção, refere-se à atividade realizada para diferenciar um caso de outro[67], o que requer a delimitação da "*ratio decidendi* considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. O *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos."[68]

A *ratio decidendi* "envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se essência e determinante e consubstancia o precedente (*ratio decidendi – holding)",*[69] diferenciando-se daquelas considerações acessórias e supérfluas para o equacionamento da questão, denominadas *obiter dictum.*

A superação ou *overruling* não se equipara à distinção, pois se trata da constatação, pelas cortes judiciais, da incongruência da solução preconizada pelo precedente com a sua consequente alteração[70]. Com a superação e alteração do precedente, caso o posicionamento adotado no inquérito civil choque-se com a decisão alterada por meio de *overruling*, mesmo não mais existindo vinculação, é prudente a adequada explanação desta superação e indicação da decisão que a propiciou, a fim de que não restem dúvidas.

---

[67] DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent.* Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2008, p. 113.

[68] MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 232

[69] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro.* Repro vol. 215, jul. 2015, p. 344. Conforme o autor, *"Obter dictum é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução."*

[70] MITIDIERO, Daniel. p. 102-103: *"A superação total do precedente (overruling) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e da sua consistência sistêmica ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de congruência e consistência ou é evidentemente equivocado, os princípios básicos que sustentam a regra do stare decisis – segurança jurídica, liberdade e igualdade (...)*

Identificada hipótese de distinção da tese de direito fixada no precedente com a situação fática e jurídica delineada no inquérito civil , e em vista do dever de exarar pronunciamentos de forma fundamentada[71], seja nas razões de arquivamento, seja na petição inicial, impõe-se o devido ônus argumentativo ao membro do Ministério Público para se demonstrar a distinção no caso concreto, à semelhança do que se dá com o magistrado.[72] Se tal esforço de argumentação passa a ser esperado de todas as partes e advogados[73], maior responsabilidade será de se exigir do Ministério Público, dada a qualidade de representante estatal a quem compete, constitucionalmente, garantir a segurança jurídica.

Cumpre destacar que o Conselho Superior do Ministério Público ou as Câmaras de Revisão, ao apreciarem as promoções de arquivamento, se vislumbrem a inaplicabilidade do precedente invocado no arquivamento, em razão da eventual distinção, também terão este mesmo ônus argumentativo ao prolatarem decisão de conversão do julgamento em diligência ou determinarem a propositura de ação civil pública.

Considerando, ainda, que a segurança jurídica não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização de outros fins,[74] o descolamento de soluções propugnadas por precedentes poderá se dar em vista de outros valores a serem observados, desconsiderados ou não enfrentados quando da fixação do precedente.

---

[71] 43, inciso III, da Lei Federal n. 8.625/93, e art. 129, VIII, da CF.

[72] Art. 489, § 1º, VI, do CPC. Neste sentido, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao CPC vol. III.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016: "*Conclui-se, pois, que, nos termos do analisado inc. VI, do § 1º, do art. 489, configurando-se a hipótese aí prevista, o tribunal tem o ônus de justificar que a súmula ou precedente invocado pela parte não tem incidência no caso concreto". p. 112.*

[73] NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. op. cit., p. 328-329: *"(..) do mesmo modo que não é dado ao magistrado desconhecer o todo da prática jurídica, ignorar a argumentação desenvolvida pelos demais sujeitos processuais, ou não motivar as suas decisões, as partes (por meio de seus respectivos advogados) têm o dever de, agindo de boa-fé e com transparência, trabalhar com todos os precedentes (pelo menos os mais emblemáticos) e enunciados sumulares que digam respeito à temática tratada em seus arrazoados, ainda que aparentemente contrários aos seus interesses (...)"*

[74] ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 283.

A partir do caso concreto, portanto, ainda que constatada certa aproximação, pode-se cogitar a não submissão à solução preconizada no precedente, sempre de forma fundamentada, em vista de eventual deficiência qualitativa na formação, por razões relacionadas, por exemplo, à inadequada representação das diversas correntes relacionadas com o tema, ausência de enfrentamento de todos os fundamentos aplicáveis à matéria, vícios detectados na formação do precedente (ausência de publicidade ou participação adequada, por meio de audiências públicas ou *amicus curiae)*, disparidade de armas, etc.[75]

A aceitação do precedente judiciário tem como pressuposto a sua adequada e qualitativa formação, mediante consideração de todos os fundamentos jurídicos potencialmente relacionados e aptos à solução da controvérsia, sobretudo em hipóteses com reflexos em ações coletivas, enfrentadas em recursos repetitivos e demandas repetitivas instaurados em ações individuais, em que se dever viabilizar ampla discussão social, por meio de audiências públicas, manifestação de órgãos interessados e ingresso de *amicus curiae*, sob pena da solução adjudicada não encontrar aceitação no corpo jurídico e social.

Vale dizer, a segurança jurídica e celeridade processual não serão atingidos, ou o serão de forma incompleta, se tomadas por meio da edição de súmulas ou julgamentos repetitivos construídos mecanicamente, sem a consideração e valoração de todos os aspectos relevantes e essenciais para equacionamento da questão, desde o enfrentamento das vertentes jurídicas sobre o direito material, até a consideração dos aspectos procedimentais acima expostos, legitimadores da eficácia expandida das decisões, como a realização de audiências públicas (983, § 1º e art. 1038, II), a participação de *amicus curiae* e demais interessados na controvérsia (art. 983 e art. 1038, I).

Diante deste quadro, além de salutar, é da própria essência do Ministério Público, no adequado exercício da tutela coletiva, provocar o judiciário para consideração destas questões, eis que a preservação da segurança jurídica não decorre apenas da vinculação a decisões judiciais, mas também da consideração de fatores outros imprescindíveis para a legitimação da

[75] No mesmo sentido, mas considerada a postura do juiz, COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial.* Repro 266-abril/2017 (versão digital), p. 14.

decisão judicial, porventura não considerados na formação do precedente.[76]

Fora destas hipóteses de distinção ou de deficiente formação qualitativa dos precedentes, não há como se conceber outra alternativa ao representante do Ministério Público que não a de submeter à solução sedimentada, ainda que registrada sua posição em sentido diverso.[77]

Proceder de forma contrária aos precedentes implica ofensa à segurança jurídica e à significação da norma legal já definida pelo órgão judicial competente, além de contribuir para a perpetuação da jurisprudência lotérica, insegurança jurídica, desigualdade e instabilidade do sistema judicial.

13 Mudança da Forma de Atuação do Ministério Público

A implementação do sistema de precedentes e a relevância das decisões judiciais formadas nos termos do artigo 927 do CPC de 2015 exigem mudança de paradigma da atuação institucional, notadamente em relação a dois aspectos.

O primeiro ponto é a necessidade de domínio amplo de todas as técnicas relacionadas aos precedentes pelos membros do Ministério Público, desde o julgamento liminar de improcedência, a tutela de evidência, julgamento monocrático pelo relator, até o manejo de Repercussão Geral e de Recursos Repetitivos, tudo como forma de viabilizar atuação funcional eficiente e adequada ao novo sistema. Tanto na atuação como órgão agente quanto interveniente é imprescindível o domínio da técnica, evitando-se o prolongamento inútil de processos contrários a precedentes, possibilitando-se a obtenção de tutela provisória de evidência em ações coletivas afinadas às decisões vinculantes, ou, ainda, apontando-se a adequada distinção ou *distinguishing* do caso concreto com o precedente. Necessária, assim, a promoção de cursos e eventos pelos órgãos da administração superior e

[76] Neste sentido, ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 290: *"A segurança jurídica deixa, assim, de ser, no seu núcleo, mero fator linguístico baseado na determinação prévia de hipóteses legais, para centrar-se em um conjunto de processos de determinação, de legitimação, de argumentação e de fundamentação de premissas, de métodos e de resultados envolvidos na definição de normas gerais e individuais. Em vez de algo pronto ("o Direito como segurança"); no lugar da "certeza semântica", a "controlabilidade argumentativa"; no espaço da "atividade descritiva", um "conjunto de atividades reconstrutivas decisionais."*

[77] Neste sentido, em relação aos juízes, MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 106.

também pelos Centros de Aperfeiçoamento Funcional, voltados ao manejo e compreensão do sistema de precedentes.

O papel desempenhado pelos Centros de Apoio ganha outra dimensão, não só em vista da necessidade de se compilar e organizar precedentes relacionados com a atividade fim, nas diversas áreas de atuação, mas também para se acompanhar casos potenciais a se convolarem em precedentes, desde os IRDR, IAC, até Recursos Repetitivos e Repercussão Geral nos Tribunais Superiores, seja para acionar e municiar os órgãos de execução com atribuição no caso, seja para viabilizar a troca de informações e estratégias entre os Ministérios Públicos dos demais entes federativos.

Segundo aspecto, imbricado com o anterior, aponta para a necessidade de implementação de formas de atuação estratégica, voltadas à formação de casos repetitivos e precedentes, perante os Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores, valendo aqui destacar o artigo 21 da Recomendação n. 57/2017 do CNMP: "Art. 21. Em razão da força vinculante dos precedentes judiciais nos Tribunais, principalmente em decorrência do novo CPC/2015, torna-se imprescindível a presença e a atuação efetiva dos membros do Ministério Público com atribuição junto aos Tribunais nos procedimentos de formação desses precedentes, sendo recomendável a criação de estrutura própria para a atuação nos procedimentos de Assunção de Competência e nas Incidentes de Demandas Repetitivas, assim como nos julgamentos dos Recursos Repetitivos."

Conclusão

O Ministério Público, na qualidade de órgão estatal voltado à defesa da ordem jurídica e do estado democrático, tem sua parcela de responsabilidade na construção e consolidação do sistema de precedentes judiciais, não sendo autorizado sobrepor-se a independência funcional a valores como a segurança jurídica, igualdade, previsibilidade, coerência, confiança e estabilidade, justificadores da adoção dos precedentes.

Admite-se o descolamento do precedente se, após encerradas as diligências necessárias e delimitadas as questões fáticas e jurídicas no respectivo inquérito civil, com base em qualificado ônus argumentativo, em caso de distinção do precedente judicial e de eventual deficiência qualitativa na formação do precedente (falta de representação das diversas correntes relacionadas com o tema, não enfrentamento de todos os fundamentos aplicáveis à matéria, disparidade de armas, ausência de publicidade ou participação adequada, por meio de audiências públicas ou ingresso de *amicus curiae).*

Necessária, também, mudança de paradigma da atuação ministerial, voltada ao domínio da técnica de precedentes como forma de gestão processual e eficiência, bem como visando a atuação estratégica na formação de precedentes perante os Tribunais, inclusive os Superiores, sob pena do Ministério Público Brasileiro perder, ou deixar de ganhar espaço, na formação de teses relevantes para a atuação institucional.

MAGALHÃES JÚNIOR, A. A. A., Precedents and the role of the Public Ministry in civil investigations, *Justitia*, São Paulo, v. Especial, p. 324-355, Set 2019

- **ABSTRACT:** The strengthening of the precedent system represents one of the master beams of the Code of Civil Procedure (CPC) of 2015, designed to pr otect legal security, coherence and stability in judicial decisions, as well as it was designed to dealwith the large number of lawsuits in the High Courts. In view of its constitutional functions, the Public Ministry, in civil investigations, also must adhere to the solutions recommended in the precedents listed in article 927 of the CPC, and it is not authorized to escape from this system by invoking functional independence, since such prerogative can not overlap with other constitutional values, such as legal security and isonomy, under penalty of ministerial action foment lottery jurisprudence. The non-application of the precedent in the civil investigation must be preceded by adequate justification and demonstration of the distinguinshing of factual situation in face of the paradigm. The deficient formation of the precedent, in the same way, followed by a high argumentative duty, may justify its non-application. It is also necessary to reformulate the institutional performance to adequate procedures to the precedente system, which starts from courses and events to train professionalsand goes to monitoring potential cases that will become precedents, including the ones processed in the High Courts, through specific groups and strategic acting.

- **KEY WORDS:** Precedents. Public Ministry. Civil inquiry.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica.* São Paulo: Malheiros, 2016.
BONATO, Giovanni. CINTRA, Lia Carolina Batista. SICA, Heitor Vitor Mendonça. ZUFFELATO, Camilo. (coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no Novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2016.
CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos Tribunais, n. 786, ano 90, abr/2001.
_____. FOGAÇA, Mateus Vargas. *Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In* DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, J.R. MACÊDO, Lucas Buril de. (coord.). *Precedentes.* Salvador: Juspodvm, 2016.
COSTA, Susana Henriques da. *A influência do contraditório na valoração dos elementos de prova produzidos em inquérito*. *In* ZUFFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil, Passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 20130
COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial.* Repro 266-abril/2017 (versão digital).
CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao CPC vol. III.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
_____. *O regime do precedente judicial no Novo CPC.* Revista do Advogado. Ano XXXV, n. 126, maio de 2015.
_____. *Precedente como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
DALLARI, Adilson Abreu. *Autonomia e Responsabilidade do Ministério público*. *In* RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Ministério público, reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.
DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent.* Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2008.
FERRARESI, Eurico. 'Inquérito Civil'. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5.
GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2015.
GERHARDT, Michel J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
_____. *Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC.* Cedido pelo autor.
_____. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza; eficácia; operacionalidade.* 2ª ed rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas.* São Paulo: Atlas, 2015.
MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RODRIGUES, Roberto De Aragão Ribeiro. *O Microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes. in* DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Julgamento de casos repetitivos.* Bahia: Juspodivm, 2017.
PUOLI, José Carlos Baptista. *Precedentes vinculantes? O CPC 'depois' da lei nº 13.256/16. in* Lucon, Paulo Henrique dos Santos. *Processo em jornadas*. Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: Juspodivm, 2016.
SALLES, Carlos Alberto de. *Precedentes e Jurisprudência no Novo CPC: Novas Técnicas Decisórias? in* O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.
TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Revista de Processo, v. 199, set. 2011.
_____. *As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça. in* BONATO, Giovanni. CINTRA, Lia Carolina Batista. SICA, Heitor Vitor Mendonça. ZUFFELATO, Camilo. (coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.
WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum e tutela provisória), volume 2 – 16 ed. ref. e ampl. de acordo com o novo CPC.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
ZUFFELATO, Camilo. *Precedentes Judiciais Vinculantes à Brasileira no Novo CPC: Aspectos Gerais*. *in* O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

30 anos da Escola Superior do Ministério Público

Criação, p. 311
Funcionamento, p. 311
Perspectivas, p. 311

Coisa Julgada

Direitos Coletivos, p. 96
Direito Processual Penal Coletivo, p. 96

Constitucionalização

Direitos do Consumidor, p. 242
Normas Fundamentais, p. 242
Pilar da Ordem Econômica, p. 242

Constituição Federal/1988

Ministério Público, p. 266
Resolutividade, p. 266

Crise Sistêmica

Democracia, p. 209
Discricionariedade Judicial, p. 209
Ordenamento Jurídico, p. 209

Direitos fundamentais

Efetividade, p. 188
Inafastabilidade da jurisdição, p. 188

Interpretação, p. 188
Princípio do devido processo legal, p. 188
Valores jurídicos abstratos, p. 188

Ministério Público

Origens históricas, p. 291
Constituições pátrias, p. 291

Ministério Público

Compromisso, p. 299
Eficiência, p. 299

Relações de Consumo

Crimes de Oferta e Publicidade Enganosa, p. 119
Deveres dos Fornecedores, p. 119
Direitos dos Consumidores, p. 119
Publicidade Abusiva, p. 119

Precedentes

Gestão processual, p. 325
Independência funcional, p. 325
Inquérito Civil, p. 325
Ministério Público, p. 325

SUBJECT INDEX

30 years of the Higher School of the Public Ministry

Creation, p. 311

Operation, p. 311

Perspectives, p. 311

Constitutionalization

Consumer´s Rights, p. 242

Fundamental Laws, p. 242

Pilar of Economical Order, p. 242

Consumer Relations

Deceiving Offer and Advertising Crimes, p. 119

Duties of Suppliers, p. 119

Abusive Advertising, p.119

Federal Constitution / 1988

Public Prossecutor Office, p. 266

Resolutivity, p. 266

Fundamental rights

Abstract legal values, p. 188

Effectiveness, p. 188

Inadequacy of jurisdiction, p. 188

Interpretation, p. 188

Principle of due process of law, p. 188

Precedents

Civil inquiry, p. 325

Functional Independence, p. 325

Procedural Management, p. 325

Public Prossecutor Office, p. 325

Public Prossecutor Office

Commitment, p. 299

Efficiency, p. 299

Public Prossecutor Office

Historical Origins, p. 291

Homeland Constitutions, p. 291

Res Judicata

Criminal Procedural Collective, p. 96

Collective Laws, p. 96

Systemic Crisis

Legal Order, p. 209

Democracy, p. 209

Judicial Discretion, p. 209

ÍNDICE DE AUTORES

AUTHORS INDEX

ALMEIDA FILHO, A. A. de, p. 13

BATISTA PINTO, R., p. 291

CAMBI, E., p. 266

COGAN, A., p. 44

FILOMENO, J. G. B., p. 241

FOGAÇA, M. V., p. 266

GLINA, N., p. 188 e 209

MAGALHÃES JÚNIOR, A. A. de A., p. 324

MAZZILLI, H. N., p. 311

MORAES JÚNIOR, F. Q. de, p. 25

NOGUEIRA MOUTINHO, J. G., p. 41

SANTAMARIA, H. R., p. 76

SANTOS, S. Z. dos, p. 96

SILVA, E. M. da, p. 117

SMANIO, G. P., p. 299

SOUZA, M. C. de, p. 188

ZANELLATO, M. A., p. 117

Projeto Gráfico

futura!dcr

Nosso agradecimento especial à “Agência Futura!dcr Propaganda”
e ao Sr. Augusto Diegues, pelo apoio nesta empreitada.

PROCURADORIA
GERAL DE JUSTIÇA

ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO

ISSN 0101-949X