
Nota do autor, em 13-01-2021:

Esta tese “[O Ministério Público no processo penal](#)” foi escrita pelo autor em meados de 1976 e apresentada ao IV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo, sob o patrocínio da Associação Paulista do Ministério Público (Serra Negra, dezembro daquele ano). A tese reporta-se à situação jurídica do Ministério Público ao tempo da vigência da então Constituição de 1969. Desta forma, hoje o valor da tese é apenas histórico, pois a nova ordem constitucional alçou o Ministério Público a uma nova condição jurídica. Entretanto, seu valor histórico deve ser ressaltado, especialmente porque essa tese firmou os princípios que foram posteriormente desenvolvidos pela doutrina em favor do reconhecimento do princípio do promotor natural. Registre-se, ainda, que em novembro de 2002 o mesmo autor atualizou este estudo por meio de um novo artigo intitulado “[A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal](#)”, RT 805/464.

O Ministério Público no processo penal¹

HUGO NIGRO MAZZILLI
Promotor Público no Estado de São Paulo

I — Posição real do Ministério Público no processo penal

1 – Natureza das funções do Ministério Público

Dentro dos poderes do Estado, discute-se se o Ministério Público é órgão legislativo, jurisdicional, administrativo ou autônomo. A tese de ser ele órgão do Poder Legislativo não teve aceitação doutrinária ou legal entre nós. A de ser órgão do Poder Judiciário não serve, porque mesmo que o Ministério Público atue junto ao Judiciário, não é ele órgão jurisdicional (não dirime conflitos de interesses entre as partes). Interessa saber se é órgão do Poder Executivo (Tornaghi, Manzini, Acosta, Noronha, Leone, Alckmin, Frederico Marques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pontes e Miranda

1. Esta tese foi apresentada ao IV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo, sob o patrocínio da Associação Paulista do Ministério Público (Serra Negra, dezembro de 1976), sob o título “O Ministério Público no processo penal — postura institucional e hierarquia”. A primeira conclusão recebeu substitutivo aprovado por maioria, no seguinte teor: “O Ministério Público integra o Poder Executivo, como órgão independente. Tem parcela da soberania do Estado, considerando-se seus membros como agentes políticos”. As demais conclusões foram aprovadas na íntegra pelo Seminário.

etc.) ou se é órgão autônomo do Estado (Frontini, Guido Jacob, *Justitia*, 89/59, 90/252, César Salgado, Valladão etc.).

Os partidários da tese de que o Ministério Público é órgão autônomo do Estado começam por distinguir entre os momentos da intervenção do Ministério Público: na fase pré-processual e na fase processual. Na fase pré-processual, o Ministério Público tem uma parcela direta da soberania do Estado, ao decidir absolutamente se propõe ou se não propõe a ação penal (art. 28 do CPP). Na fase processual, depois de proposta a ação, perde essa parcela da soberania, e será o órgão jurisdicional que irá decidir absolutamente sobre a imputação inicial. Note-se que o direito de punir, que deriva da soberania do Estado, compreende mais que três condições para ser atuado: *a*) lei penal (Poder Legislativo); *b*) acusação penal (Ministério Público); *c*) jurisdição penal (Poder Judiciário); *d*) execução penal (Poder Executivo). Assim, conclui essa corrente, como o Ministério Público tem uma parcela direta da soberania do Estado, num momento do exercício de suas atividades é ele um órgão da soberania do Estado e não apenas um órgão do Poder Executivo.

Ocorre que — embora seja de ser reconhecer ao Ministério Público que ele tem funções autônomas, independentes e próprias, tem parcela da soberania do Estado — isso não obsta a que o Ministério Público seja órgão do Poder Executivo. Leone, com acerto, anota que há outros órgãos do Executivo que têm parcela da independência (ou até mesmo da soberania) e não perdem por isso sua natureza administrativa.

Promover a ação penal é matéria administrativa: o poder de dar execução às leis, o interesse da justiça — é administrativo (Manzini, Leone). O Poder Executivo dá execução `lei de duas formas: não contenciosamente (sem intervenção do Judiciário) ou após recurso ao Poder Judiciário (que declara a legitimidade da pretensão).

Enfim, o Ministério Público é órgão do Poder Executivo. Detém uma parcela da soberania do Estado, sem perder sua natureza de órgão administrativo. Aliás, há outros órgãos do Executivo que também a detêm, sem serem poderes de Estado autônomos (por exemplo, atos discricionários do Presidente da República que anistia réus de crimes políticos; que veta projetos de lei; que declara guerra no intervalo de sessões legislativas; atos do Conselho de Segurança Nacional que dá licença para funcionamento de órgãos ou representações de entidades sindicais estrangeiras etc.).

Seria o art. 28 do CPP contraditório com a natureza de órgão administrativo do Ministério Público? Seria tal artigo uma derrogação indevida do art. 153, § 4º, da Constituição Federal? Não. O Ministério Público, como órgão do Executivo, tem, como se viu, parte da soberania do Estado, sem perder sua natureza. Por exemplo, indultar um réu também é natural de órgão executivo com parcela de soberania; e não se pode pensar que o poder de indultar um réu exceda as categorias da tripartição de poderes, assim como o poder de acusar um réu não as excede. Ademais, o art. 28 não subtrai do Judiciário matéria a ele pertinente, pois se o Estado, por um de seus órgãos de um de seus poderes, resolve não acusar, não gera nenhum conflito de interesses, a justificar a apreciação do Judiciário.

2. O Ministério Público no processo penal

Também no processo penal a posição do Ministério Público é controvertida: parte *sui generis* (Tornaghi, Manzini); parte imparcial (Noronha, de Marsico); parte parcial (Carnelutti); parte material e processual (Frederico Marques); parte formal, instrumental ou processual (Olmedo, Leone, Tourinho); não é parte (Otto Mayer, Petrocelli).

O Ministério Público não é parte material, diz Manzini, porque o direito de punir que promove não é dele, mas do Estado soberano. O Ministério Público não tem um interesse unilateral contraposto ao interesse de outrem; não tem um interesse particular antes ou fora e durante o processo. Como parte formal, é um dos sujeitos processuais (Manzini), tendo ônus e faculdades processuais: tem direitos públicos subjetivos de disposição do conteúdo formal do processo, de influir no conteúdo formal do mesmo. Por isso, entendo que o Ministério Público é apenas parte processual, formal ou instrumento do processo penal.

Sendo ele parte processual, é o Ministério Público parcial ou imparcial? Quando inicia a ação, quando produz provas, recorre etc., é evidentemente parte, no sentido técnico e processual. Sua imparcialidade somente poderia ser compreendida no sentido não técnico, no sentido moral (de objetividade, de serenidade, de fiscalização da lei). Mesmo quando pede a absolvição de um réu (para ser moralmente imparcial), continua sendo parte, no sentido técnico de Manzini (pois continua tendo ônus e faculdades processuais, podendo influir o curso do processo; outro órgão do Ministério Público, que não está vinculado pedido de absolvição do primeiro, pode até recorrer).

II – Unidade, indivisibilidade e hierarquia no Ministério Público

1. Unidade e indivisibilidade

Já que se estabeleceu que o Ministério Público é um órgão do Poder Executivo, é de se perguntar: até onde vai a subordinação, a independência funcional dentro do órgão? Até onde vai o poder de substituição? Tem-se dito que o Ministério Público é uno e indivisível, sendo um só órgão, em que seus membros podem substituir-se reciprocamente; tem-se dito que, como é a regra nos órgãos administrativos, o princípio hierárquico sobreleva na Instituição. Contudo, todos esses conceitos, para serem corretamente aplicados, precisam ser devidamente entendidos.

Unidade é apenas um concito de que os promotores de um Estado integram um só órgão (Ministério Público) sob a direção de um só chefe (Procurador-Geral da Justiça). E indivisibilidade significa apenas que os membros do Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros: “não arbitrariamente, porém, sob pena de grande desordem, mas segundo a forma estabelecida na lei” (Mendes Pereira; recurso criminal n. 128.597, de São Paulo, julgado pelo Tribunal de Justiça).

2. Hierarquia

Sendo o Ministério Público órgão do Poder Executivo, há nele hierarquia? Sim, em parte. A Constituição Federal diz que o Ministério Público “tem por chefe” o Procurador-Geral (art. 95, *caput*); a Constituição do Estado repete isso (art. 47, § 1º); a Lei Orgânica do Ministério Público atribuiu ao Procurador-Geral da Justiça poderes de avocação, de delegação, de designação (art. 27, n. I, do Decreto-lei Complementar estadual n. 12, de 9.3.1970).

Até que ponto vai a hierarquia?

Tornaghi diz que, no Brasil, não vai longe, pois aqui “et la plume et la parole sont libres” (*Compêndio*, pág. 382). Mendes Pereira, porém, diz que a hierarquia é plena e eficaz, apenas limitada pela discricionariedade do ato do Procurador-Geral da Justiça (recurso criminal n. 128.597, de São Paulo, Tribunal de Justiça). Com quem a razão?

A Constituição Federal, que dá a fonte da hierarquia, dá os limites da mesma. Assim, o art. 95, § 1º, da mesma (aplicável ao Ministério Público dos Estados) garante ao órgão do Ministério Público estável o direito de não ser removido a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência de serviço. A doutrina entendeu que a representação, nos Estados, é dirigida ao Governador (Tornaghi); a Constituição do Estado estabeleceu que a remoção somente poderá ser para igual entrância ouvido o Conselho Superior do Ministério Público assegurada ampla defesa além de ser em razão de conveniência de serviço (art. 46, n. III). A citada Lei Orgânica do Ministério Público estabeleceu que a remoção compulsória atenderá aos interesses do serviço “ou da Instituição” (nesse pormenor evidentemente se excedeu e nesse passo é inconstitucional o acréscimo, que visa a alterar uma garantia da Constituição Federal) assegurando prévio processo administrativo.

Ora, é evidente que a garantia da inamovibilidade relativa do órgão do Ministério Público (assim como as demais garantias) visa a “fazer o Ministério Público representar a lei antes de servir aos governantes” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*); é certo que ela se liga ao exercício das funções do promotor, e não à sua presença física na Promotoria. Há relevante razão de moralidade administrativa, interesse de ordem pública, em garantir ao promotor o exercício de suas funções: A Constituição Federal evidentemente não inseriria uma garantia apenas pessoal ao promotor, mas inseriu uma garantia funcional. A lei máxima garantiu tanto o promotor (que não pode ser removido sem a prévia representação) como o chefe do Ministério Público (que pode remover o promotor depois da representação) — sempre por motivos de moralidade administrativa. Há uma harmonia entre tais pontos.

Assim, concluo que há o poder de designação, de avocação, de delegação do Procurador-Geral da Justiça. Mas não pode tal poder sobrepor-se às garantias do órgão do Ministério Público nem pode sobrepor-se à discriminação de atribuições previstas na lei (recurso criminal n 135.243 de São Paulo, Tribunal de Alçada Criminal; rel. Valentim Silva). O Procurador-Geral da Justiça tem poder de avocar, quando teria o

delegar ou de designar (e vice-versa). Assim, pode designar e suas designações são obrigatórias — quando ocorrem casos de substituições, impedimentos etc.; quando é o caso do art. 40 do CPP; quando é o caso do art. 28 do mesmo estatuto adjetivo penal; quando é o caso do art. 27, inciso I, n. 14, da Lei Orgânica do Ministério Público (quando o inquerito por certo ainda não foi distribuído); quando é o caso do art. 27, inciso I, n. 19, da mesma lei — exemplificativamente. Com efeito, quando o Procurador-Geral recebe documentos que noticiam crime; quando ele mesmo pode officiar (denunciando ou arquivando, *verbi gratia*) e pode determinar que outro órgão o faça; quando dirime conflitos de atribuições — em todos esses casos se vê que o chefe da Instituição pode designar, avocar ou delegar. Até mesmo quando os órgãos aceitam a designação (tanto o designado, quanto o que perdeu as atribuições) — o ato do chefe da Instituição é legítimo, pois não terá havido remoção compulsória.

O poder de designação (ou avocação ou delegação) do chefe do Ministério Público (inclusive no caso do art. 27, inciso I, n. 13 da Lei Orgânica — “ordenar, de acordo com os interesses da Justiça, sejam as funções do Ministério Público, em determinado feito ou ato, exercidas por outro promotor público ou curador, de igual ou superior entrância”) — tal poder se limita às hipóteses em que se respeitem as garantias do promotor eventualmente removido e em que se respeite a prévia distribuição de atribuições da lei (recurso criminal n. 135.243), de São Paulo, Tribunal de Alçada Criminal.

III – Conclusões

O Ministério Público é órgão do Poder Executivo. Tem parcela da soberania do Estado, mas suas funções sempre têm natureza administrativa.

O Ministério Público é parte formal no processo penal, no sentido técnico. Sua “imparcialidade” é moral e não técnica.

Unidade e indivisibilidade existem no Ministério Público. Aquela significa que o Ministério Público é um só órgão, com uma só chefia exercendo uma mesma função; esta significa que os membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, mas na forma prevista na lei.

Há hierarquia no Ministério Público, proveniente da chefia da Instituição. Mas o poder de designação (ou delegação ou avocação) do Procurador-Geral da Justiça é limitado pela legalidade do ato (garantias do promotor titular de promotoria e estável e ocorrência de hipótese prevista na lei). Contra designação ilegítima cabe resistência e mandado de segurança; a favor de designação legítima cabe remoção compulsória.