

# OS LIMITES DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL NO MINISTÉRIO PÚBLICO<sup>1</sup>

**HUGO NIGRO MAZZILLI**

Procurador de Justiça e membro do  
Conselho Superior do Ministério Público do  
Estado de São Paulo

1. O Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo depa-  
rou-se, recentemente, com caso incomum.

Num processo criminal, o réu tinha sido condenado em primeiro grau como incurso nas penas do art. 16 da Lei n. 6.368/76 pela posse de alguns gramas de cocaína; apelou o sentenciado, e em contra-razões o Promotor opinou pela sua absolvição com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, ou seja, *por não constituir o fato infração penal*.

Negando aplicação à lei vigente e agindo como se a conduta estivesse descriminalizada, teria o Promotor excedido os limites de sua independência funcional?

Assim o entendeu o Procurador de Justiça que oficiou junto ao Tribunal de Justiça, e, no exercício de atividades de fiscalização permanente, enviou à Corregedoria-Geral do Ministério Público um conceito de insuficiência, para ser anotado no prontuário funcional do Promotor. Ao conferir-lhe o conceito de demérito, o Procurador de Justiça entendeu que o Promotor violara sua função institucional básica por pedir a absolvição do réu, já que, para fazê-lo, o Promotor negara vigência a dispositivo da Lei de Tóxicos, invocando a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei n. 6.368/76.

---

1. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, RT 715/571, maio, 1995, disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>.

Contra a decisão do Corregedor-Geral, que manteve o conceito funcional depreciativo em seus assentamentos, recorreu o Promotor ao Conselho Superior do Ministério Público, facultado pelo art. 42, § 3º, da Lei Complementar estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993. Em suas razões, sustentou que, ao defender sua tese em autos de processo criminal, externara convicção jurídica dentro dos limites da independência funcional.

Ao final, após profundo e rico debate, por maioria de votos, o Conselho Superior deu provimento ao recurso interposto pelo Promotor. Cassou-se a decisão do Corregedor-Geral do Ministério Público, que tinha mandado lançar em seus assentos funcionais o conceito de insuficiência.

Posto expressamente não concordando com a tese de mérito sustentada pelo Dr. Promotor no processo criminal, nosso voto deu provimento a seu recurso administrativo perante o Conselho Superior.

Parece-nos de extremo interesse discutir a questão, para aprofundar o exame dos limites da independência funcional, comum aos Juízes e membros do Ministério Público.

2. No caso concreto, mais que defender doutrinariamente o entendimento em favor da revogação do art. 16 da Lei de Tóxicos, já agora no desempenho de suas atribuições funcionais, sustentou o Promotor a inconstitucionalidade desse dispositivo legal. E era lícito que o fizesse, pois no exercício de suas atividades funcionais, os órgãos do Ministério Público gozam da mesma liberdade e da mesma independência funcional que é atributo dos agentes políticos, semelhantes àquelas conferidas aos Juízes em seus julgamentos, como já temos sustentado em nossos trabalhos anteriores (v.g., *O Ministério Público na Constituição de 1988*, p. 52-3, 78-9, Saraiva, 1989; *Manual do Promotor de Justiça*, p. 81-3, 2ª ed., Saraiva, 1991; *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 72-3 e 115-6, Saraiva, 1993).

Não é incomum que os Juízes e membros do Ministério Público manifestem-se pela inconstitucionalidade de leis ou então contra uma aplicação puramente literal das normas vigentes. Os exemplos seriam incontáveis, bastando lembrar que podem até mesmo os Juízes singulares reconhecer *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de leis em casos concretos; do mesmo modo, na sua atuação de órgão *agente* ou *interveniente*, o membro do Ministério Público pode sustentar as mesmas teses que o Juiz pode reconhecer.

Temos dito que a independência funcional faz parte da nobreza da instituição do Ministério Público, e sem ela os órgãos do Ministério Público nada mais seriam que meros funcionários subordinados ou hierarquizados; não o são, porém, precisamente porque se vêem apenas sob a égide da lei e de suas consciências.

Certo, porém, que há e deve mesmo haver limites para a independência funcional.

A primeira a impô-los é a Constituição, que prevê a independência funcional como princípio institucional do Ministério Público (art. 128, § 1º), mas ao mesmo tempo comete-lhe deveres ligados à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 *caput*). Assim, por exemplo, não pode legitimamente o órgão do Ministério Público invocar a independência funcional para violar a seu bel-prazer a ordem jurídica ou para obter fim incompatível com a defesa do regime democrático, ou ainda para preterir a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.

Também a legislação infraconstitucional impõe limites: a LC federal n. 40/81, cuja subsistência em nosso ordenamento jurídico temos sustentado (*Regime jurídico* cit., p. 182-193), enquanto assegura a independência funcional aos membros do Ministério Público (art. 16), ao mesmo tempo lhes impõe deveres que não podem ser obstados sob a mera alegação de independência ou liberdade funcional, e, em caso de descumprimento, sujeita seus infratores às sanções nela previstas (arts. 22 e s. e 32). Por sua vez, a Lei federal n. 8.625/93 (a atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) prevê que os membros do Ministério Público gozem de *inviolabilidade por suas opiniões ou manifestações expedidas em processos ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional* (art. 41, V) — preceito que é repetido pela Lei Orgânica Estadual (arts. 1º, § 2º, e 169 e s. da LC n. 734/93). Também o Código de Processo Civil se refere à responsabilidade dos membros do Ministério Público quando procedam com dolo ou fraude (art. 85).

Admitir limites à independência funcional não significa negá-la, e sim assegurar seu efetivo exercício dentro de padrões legais, fundados em supostos éticos e lógicos, sob pena de, não o fazendo, subvertermos as premissas e a destinação institucional do Ministério Público. Por isso que o inc. V do art. 41 da Lei n. 8.625/93, referindo-se às prerrogativas dos membros da instituição, sublinha sua *inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentais, nos limites de sua independência funcional*.

Se fosse absolutamente ilimitada a independência funcional, também seria ilimitada a possibilidade de abuso. Em si mesma a liberdade, um dos postulados básicos da democracia, sujeita-se também a limites previstos em lei. Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam arbitrariamente negar cumprimento à própria Constituição Federal, que é o fundamento não só da ordem jurídica como até mesmo de suas investiduras; ou então poderiam sustentar, sem a menor razoabilidade, apenas fundados em abstrações ou especulações genéricas, qualquer quebra da ordem jurídica.

Se nos afastássemos dos postulados da *lógica do razoável*, chegaríamos à possibilidade de admitir que o Juiz pudesse invocar sua independência funcional para rejeitar uma denúncia por crime de ação pública, apenas porque o Ministério Público, a despeito de norma constitucional expressa de legitimação, a seu ver idiossincrático e isolado, não estaria legitimado a exercitá-la, ou então o Promotor poderia deixar de propô-la, por qualquer outra razão igualmente absurda.

3. Assim, para alcançar legitimamente o conceito de independência funcional, o sistema jurídico vale-se de outros princípios complementares, que dão a medida da liberdade funcional.

O primeiro limite da independência funcional do membro do Ministério Público consiste, naturalmente, em não violar os princípios da *legalidade* e da *obrigatoriedade* da ação penal pública.

Parafraseando Calamandrei (*Istituzioni di diritto processuale civile*, § 126), caberia dizer que, se o Ministério Público adverte que a lei foi violada, não lhe pode ser consentido abstenha-se de acionar ou de intervir para fazer com que a lei se restabeleça, a não ser que — o acréscimo é nosso — a própria lei lhe permita agir sob critérios de oportunidade e conveniência (como o faz, *v.g.*, em relação ao Juiz, na área da jurisdição voluntária, cf. art. 1.109 do CPC, ou poderá fazê-lo na transação penal, ainda não implantada em nosso Direito, mas já prevista no art. 98, I, da CF).

Em outras palavras, *identificando o órgão do Ministério Público uma hipótese em que a lei lhe imponha agir*, não tem como não o fazer. Embora tenha liberdade para apreciar se ocorre a hipótese de agir, *identificada esta*, não se pode recusar a fazê-lo, seja para propor a ação, seja para recorrer, seja apenas para produzir uma prova.

A quebra do dever de agir (violação do princípio da obrigatoriedade) ocorre não apenas quando o Promotor diz que *é caso de agir, mas não vai agir*, como também quando, por negligência ou dolo, diz *não ser caso de agir embora o exame do caso concreto evidencie, acima de dúvida, que a ação do Ministério Público era exigível*. Esta segunda hipótese não pode ser descartada, sob pena de, não a prevenindo, estarmos dando pretexto para que o dever de agir sempre seja violado impunemente, apenas mudando-se a fundamentação da inércia (bastaria que o Promotor se recusasse a agir dizendo que *não identifica a hipótese de agir...*). Assim, tanto viola o dever de agir o Promotor que diz: *aqui há crime na sua materialidade, são claros os indícios de autoria, não está extinta a punibilidade, não ocorre causa de isenção de pena nem excludente do crime, o agente não é inimputável, a lei exige que eu aja, mas, ainda assim não vou agir*, como aquele outro que, por negligência ou dolo, *não vê ou não quer ver o crime que está acima de dúvida evidenciado nos autos* e contudo diz: *não vou agir*. Seria o mesmo que, na primeira hipótese, ele dissesse: *reconheço ser caso em que a lei exige que eu aja, mas assim mesmo, fundado em minha liberdade funcional, não vou agir*; no segundo caso, poderia ele assim formular sua proposição: *não identifique hipótese de agir e por isso não vou agir*.

Ora, se em princípio é lícito que o membro do Ministério Público não aja quando não identifique hipótese em que a lei torna obrigatória sua atuação, não menos verdade é que, nesse último caso, para se admitir a licitude de sua recusa, é mister que esteja ela fundada em elementos fáticos e jurídicos.

A liberdade e a independência funcionais existem. Mas não se pode invocar levianamente uma ou outra apenas para justificar posições estritamente arbitrárias e meramente pessoais. Assim, não pode haver *liberdade para violar a lei*, sob pena de cairmos numa petição de princípios: se em nome de um conceito absoluto de liberdade eu não pudesse cercear pessoa alguma, então eu também não poderia cercear nem mesmo quem violasse a liberdade... Ora, essa interpretação, ainda que pudesse ser sustentada em nome da liberdade irrestrita, importaria em negá-la ao final.

4. Colocadas essas premissas, busquemos o exame mais direto da questão cuja análise nos propusemos a fazer.

Assim como o Procurador de Justiça que expendeu a ficha de conceito ao Promotor, por igual nenhum dos membros do Conselho Superior concordou com a posição doutrinária e funcional assumida pelo Promotor; contudo, entendi, junto com a douta maioria do Colegiado, de reconhecer que tinha o Promotor direito de expendê-la, em doutrina ou no seu ofício, sem violar o dever de agir, ínsito em sua atua-

ção funcional. Um dos Conselheiros até invocou a célebre dicção: *não concordo com uma só palavra do que dizes, mas defenderei até à morte teu direito de dizê-las*.

Discordei da tese expendida nas contra-razões, e não me privei de dizer por que, ainda que em abordagem secundária, pois o objeto do recurso centrava-se em saber se fora ou não adequado o conceito de insuficiência recebido pelo Dr. Promotor:

*a)* Os dispositivos constitucionais tidos pelo Promotor como revogados do art. 16 da Lei n. 6.368/76, não são novidade da CF de 88, mas também defluíam da Constituição anterior (princípios da dignidade da pessoa; igualdade perante a lei; inviolabilidade da liberdade, intimidade e vida privada); assim, incorreto falar em revogação do art. 16 da Lei de Tóxicos pela CF de 88, que não poderia revogar dispositivo que, se fosse inconstitucional, já não estaria integrando a ordem jurídica precedente;

*b)* Sob a ordem constitucional anterior ou atual, em nenhum momento a declaração de inconstitucionalidade do art. 16 da Lei de Tóxicos foi reconhecida *erga omnes* nem esse dispositivo teve sua eficácia suspensa;

*c)* Não viola o princípio da igualdade o fato de o legislador incriminar o uso de alguns tóxicos (como maconha, cocaína ou heroína) e não fazer o mesmo com outros (como álcool e tabaco). A ciência e a doutrina distinguem as drogas pelos seus efeitos e potencial de dano, e o juízo de reprovabilidade e do seu grau é do legislador, e para exercê-lo, não raro se vale de padrões socialmente aceitáveis numa determinada época e lugar;

*d)* A inviolabilidade da vida privada, da privacidade ou da intimidade sujeita-se também aos limites da lei, de forma que lhe cabem as mesmas restrições que se podem impor à liberdade individual, tanto que a própria privacidade do domicílio não impede buscas ou invasões em caso de mandado judicial ou crime. Outrossim, ainda que o direito tolere atos de violência contra a própria pessoa (como a tentativa de suicídio ou a autolesão), isto não significa que o indivíduo não possa ser impedido pela lei de cometer ato, ou punido por tê-lo cometido, ainda que se trate de ato privado, desde que possa, a juízo do legislador, trazer dano ou mero perigo social (como o crime de incêndio em coisa própria, mas com exposição a perigo do patrimônio alheio, ou o crime de dano a coisa própria tombada);

e) Não tem adequação ao tipo legal dos arts. 12 e 16 da Lei n. 6.368/76 o argumento de que, ao punir o toxicômano, estaríamos punindo o *modus vivendi* do agente e não sua conduta. Na verdade, tais artigos incriminam uma ação típica determinada no tempo, e não um *estado* da pessoa. Ademais, nada impediria que a lei punisse estados reprováveis de comportamento (como no crime de abandono material, bando ou quadrilha, ou nas contravenções de vadiagem ou porte de arma);

f) O legislador entendeu oportuno e conveniente reprimir a posse de alguns tóxicos, por considerá-los mais nocivos que outros, seja para tráfico seja para uso próprio — e esse juízo é do legislador, não do Juiz nem do Promotor.

Ao incriminar, pois, a conduta de quem porta tóxicos, para tráfico ou uso próprio, porque a considera socialmente perigosa, o legislador age dentro dos limites que a Constituição lhe comete, seja em decorrência de tratados internacionais aos quais se vincula o País, seja no âmbito interno, ao legislar sobre Direito Penal (art. 22, I, da CF). E em nada invade ele indevidamente a esfera de pura liberdade individual, até porque não está punindo o *uso da droga*, em si (embora pudesse fazê-lo), e sim está punindo *sua posse e seu porte*, seja para a venda, seja até mesmo para uso próprio. E a razão da incriminação, inclusive neste último caso, é que o legislador considerou que o indivíduo que porta consigo entorpecente, ainda que para uso próprio, está cometendo ato penalmente reprovável e perigoso sob o aspecto social — em juízo que é dele, legislador, e não do Ministério Público ou do Poder Judiciário. Entendeu o legislador que o agente, com seu comportamento, está contribuindo para a difusão do uso da droga, cujos malefícios sociais e conseqüências nefastas tem reconhecido.

Por outro lado, na sede em que foram lançadas, não cabia ingressar em divagações abstratas sobre a conveniência de afastar a solução do problema do uso de tóxicos do Direito Penal, ou sobre os defeitos da pena corporal no sistema da Lei n. 6.368/76 — pois esse juízo novamente não é nem do Ministério Público nem do Poder Judiciário, e sim do legislador.

5. Entretanto, nenhum desses argumentos poderia, nem foi usado em nosso raciocínio para enfrentar o acerto ou desacerto do conceito de demérito, emitido pelo Procurador em relação ao Promotor. Em todos esses passos, trata-se da elevação da discussão de uma tese jurídica. Embora com ela não se concordasse, reconhecemos, no caso concreto, estar-se dentro da *lógica do razoável* invocá-la, pois que fora exposta com clareza pelo Promotor, é admitida aqui e acolá num ou noutro julgado, e tem coerência interna, ainda que sujeita a crítica.

O que não pudemos endossar, *concessa venia*, foi sim o fato de ter sido imposto ao Promotor um conceito de insuficiência sob o fundamento de, no caso sob exame, ter ele violado o princípio da obrigatoriedade.

Quanto à defesa da tese da inconstitucionalidade do artigo legal, o Promotor se valeu de entendimento jurídico doutrinariamente sustentável e sustentado, embora de modesta acolhida jurisprudencial. Agiu, assim, ao ver da maioria do Conselho Superior, dentro de limites que são social e institucionalmente aceitáveis para sua independência funcional.

Entender o contrário, a nosso ver, seria inaceitável patrulhamento ideológico da instituição sobre seus agentes, o que culminaria por esvaziar a garantia constitucional da independência e da liberdade funcional e por desfigurar o Ministério Público, submetendo seus agentes. Amanhã, pelo mesmo caminho, poderia ser punido o Promotor que não agisse ou não pensasse como o quer a chefia da instituição.

A reprovação ao abuso da liberdade funcional pelo membro do Ministério Público, a nosso ver, deve ocorrer apenas em casos de extrema gravidade, de sério e inaceitável desvio funcional provocado por negligência, dolo ou fraude, de que não se cuidava no caso concreto, em que a tese do Promotor encontra guarida em revistas científicas e obtém espaço em elevadas discussões forenses (v.g. *RT* 552/354 e 586/379; v., ainda, *RT* 649/254 e 650/274).

6. A nosso ver, pois, só em casos estritamente teratológicos o conceito de insuficiência ou, indo mais longe, uma sanção disciplinar contra membros do Ministério Público, podem incidir em decorrência do conteúdo das suas manifestações processuais.