

Palestra do Professor Doutor Hugo Nigro Mazzilli ^(*)

TEMA: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DATA: 14 de março de 2002

LOCAL: Auditório da Procuradoria da República em São Paulo

Núcleo Regional da ESMPU — Escola Superior do Ministério Público da União

Após os cumprimentos e congratulações de praxe, foi dado início aos trabalhos.

- Dr. Hugo Nigro Mazzilli:

O tema da discussão de hoje é a responsabilidade civil dos Membros do Ministério Público. Trata-se de questão de grande atualidade, porque, como sabemos, houve uma grande transformação no Ministério Público brasileiro a partir de 1988. A Constituição de 88 tornou-se um verdadeiro divisor de águas para o Ministério Público nacional.

O que era o Ministério Público nacional antes de 1988?

Sem dúvida, já era uma instituição em crescimento, mas ainda sem as garantias e as atribuições que tem hoje. Mais do que isso: ainda não tinha surgido a adequada consciência social da sua atuação, pois a população em geral não sabia o mínimo sobre a instituição ministerial: mal a conhecia. O Ministério Público não frequentava os jornais, não era procurado pela sociedade, a quem deveria defender. Era um organismo administrativo quase desconhecido.

Hoje, porém, a situação é completamente diferente. Se consultarmos os jornais de hoje, de ontem ou da semana passada, ou se assistirmos a um noticiário televisivo destes dias, inevitavelmente haverá inúmeras referências à atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente, no combate à improbidade administrativa, na proteção ao consumidor, na repressão ao crime. Todas essas notícias sobre a instituição têm agora uma intensidade que jamais tinha ocorrido antes de 88.

Como se deu essa mudança?

^(*) Este texto está disponível no Boletim Científico n. 3 – Abril/Junho de 2002 da Escola Superior do MPU — <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/> e no site do palestrante, em www.mazzilli.com.br/pages/artigos/responsabilidademp.pdf.

Até 88, o Ministério Público não tinha um estatuto nacional uniforme que unisse os ramos da União e dos Estados. Tínhamos Ministérios Públicos mais desenvolvidos ou aparelhados, com uma estrutura de Órgãos de Administração Superior mais definida, e outros, com menor estrutura organizacional e perfil heterogêneo. Para não irmos muito longe, lembremos que o Ministério Público estava dividido entre a advocacia privada, a advocacia da União, e a atividade ministerial propriamente dita — experiência esta muito conhecida, especialmente no Ministério Público Federal. Mesmo nos Estados, discrepâncias semelhantes também aconteciam. Pois foi justamente a partir da Constituição de 88, e, especialmente, para aqueles que ingressaram na instituição ministerial após 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição), que o Ministério Público veio a conhecer um perfil nacional mais uniforme, mais homogêneo.

Na área criminal, o que acontecia com o Ministério Público antes de 88? A instituição já detinha o papel de promover em juízo o combate aos crimes de ação pública. Mas sua legitimidade ativa não excluía a iniciativa concorrente: havia casos em que o Delegado de Polícia e o próprio Juiz podiam instaurar ação penal, como nas contravenções penais e nos processos sumários da Lei n. 4.611/65 (delitos de trânsito). Isso gerava um absurdo lógico, segundo o qual até mesmo o Juiz podia acusar a pessoa que ele próprio iria julgar... Sem dúvida, a teratologia era patente, porque violava o princípio do devido processo legal, sem qualquer oposição significativa dos tribunais. Naquela época, poucos percebiam que uma acusação feita por um órgão imparcial do Estado, que não acumule o dever de acusar e julgar, já é a primeira garantia do indivíduo: este só pode ser acusado por um órgão do Estado diferente daquele que vai julgá-lo. Essa garantia expressa só foi reconhecida a partir do advento da Constituição de 1988.

Na área civil, a atuação predominante do Ministério Público dava-se no campo interveniente. É verdade que ele detinha algumas ações civis públicas, mas eram raramente utilizadas. Como exemplo, lembremos que o Ministério Público já podia, desde 1981, defender o meio ambiente em algumas situações, mas foram poucas as ações que ele efetivamente veio a propor com base no permissivo constante do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81. A instituição ainda dispunha da ação de nulidade de casamento, de algumas ações para defesa de menores incapazes, para tutela de fundações e outras hipóteses semelhantes. Mas não era expressiva sua iniciativa na esfera civil, campo no qual a população não identificava com facilidade o papel do Ministério Público como instituição de defesa da coletividade.

Enfim, naquela época, o Ministério Público era instituição mais conhecida no ambiente forense, não na coletividade.

E como é hoje a situação?

Na área criminal, a partir da Constituição de 88, o Ministério Público alcançou a titularidade privativa da ação penal pública. Com isso, passou a exercer diretamente uma parcela da soberania estatal. O Ministério

Público, e só o Ministério Público, pode promover a ação penal pública, ressalvada apenas a ação penal subsidiária em caso de inércia. Nem mesmo o Poder Judiciário pode impor ao Ministério Público a promoção de uma ação penal. Assim, o Ministério Público passou a monopolizar, dentro do prazo legal da denúncia, o poder estatal de promover a aplicação do direito de punir do próprio Estado. Se o Ministério Público oportunamente entende que não há base para uma acusação penal pública, essa decisão é só dele, e decorre de sua autonomia funcional. Nem o Supremo Tribunal Federal pode impor ao Ministério Público que exercite a ação penal. Trata-se de monopólio da instituição, fruto de parcela direta da soberania do Estado.

Na área da ação civil pública, o Ministério Público alcançou hoje, em sua plenitude, a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, das pessoas portadoras de deficiência, das pessoas idosas, dos investidores no mercado de valores e, em tese, de quaisquer outros interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos). É verdade que, pouco antes da Constituição, já sob a vigência da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), ele já tinha conquistado a ação civil pública para defesa de interesses difusos e coletivos, mas foi especialmente a partir dos fundamentos trazidos pela Lei Maior que esse instrumento foi consolidado e passou a ser utilizado em larga escala.

No campo pré-processual, ficou dito na Constituição de 88, em seu artigo 129, inc. III, que o Ministério Público detém um procedimento investigatório próprio, para preparar-se para as atuações a seu cargo. Embora criado na Lei n. 7.347/85 (LACP), o inquérito civil acabou, portanto, sendo consagrado pela própria Constituição. Antes disso, o Ministério Público recebia inúmeras atribuições da lei: eram o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal e tantas outras leis que lhe davam atribuições, como promover a ação penal pública, a ação de nulidade de casamento, a defesa de incapazes etc. Mas, se as leis lhe davam as ações, até ali não se preocupavam em dar-lhe os *instrumentos* para que se preparasse para sua efetiva propositura.

Ora, um advogado, quando é procurado por um cliente, não propõe a ação imediatamente. Ele conversa com o cliente, recolhe a documentação que exista sobre o assunto, vai a uma delegacia de polícia em busca do boletim de ocorrência, vai à Junta Comercial para apurar o que exista contra a empresa que será acionada, fala com as testemunhas que o cliente indica, escolhe as provas que vai produzir. Quando acredite ter reunido em mãos tudo aquilo de que precise, só então propõe a ação.

E o Ministério Público, o que fazia antes de ter o inquérito civil? Em matéria criminal, por exemplo, dependia quase que exclusivamente das investigações da Polícia, ou, pelo menos, dependia das peças de informação que lhe chegassem às mãos; quase não detinha mecanismos diretos de investigação. É certo que o Código de Processo Penal de 1941 já lhe dava alguns poderes requisitórios diretos; também é verdade que a Lei Comple-

mentar federal n. 40/81 (a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) já lhe dava poderes de requisição. Entretanto, ainda não havia sido instituído um procedimento formal definido na lei, um procedimento oficial, que o Ministério Público pudesse instaurar e presidir, por meio do qual pudesse exercer um poder investigatório direto. Em matéria cível, então, sequer havia um procedimento formal para investigações que servissem de base à atuação do Ministério Público. Não havia ainda esse instrumento. Foi a Lei n. 7.347/85 que trouxe a concepção do inquérito civil, ideia essa acolhida pela Constituição de 88, em seu artigo 129, III. Pois o inquérito civil foi responsável por uma verdadeira revolução no Ministério Público brasileiro, em muito ampliando, como consequência, a sua atuação funcional.

Esse novo alcance social da atuação do Ministério Público pós-88 os membros da instituição vêm sentindo diretamente, à vista do notável aumento de seus serviços; também a sociedade o está notando, à vista da presença mais constante do Ministério Público nas questões de interesse social. Também a imprensa tem sentido mais de perto a atuação do Ministério Público, como consequência das transformações por que passou a instituição, até porque novas áreas lhe foram descortinadas: a área ambiental, a do consumidor, a da improbidade administrativa, a do combate à criminalidade econômica, a do combate ao crime organizado, entre tantas outras. Assim, creio que era mesmo inevitável que também aquelas pessoas que o Ministério Público processa passassem a sentir mais de perto essa notável mudança na atuação ministerial...

Os senhores poderiam dizer: mas tudo isso, ou quase tudo isso o Ministério Público já podia fazer mesmo antes de 1988. Podia, só que não tinha instrumentos diretos e eficientes para tanto. Não podendo investigar diretamente, ou não tendo mecanismos eficientes e diretos de investigação, muitas vezes não tinha meios adequados para levar adiante uma atuação funcional mais efetiva.

Pois foi com o advento do poder investigatório direto do órgão ministerial que aquelas áreas, que lhe foram gradativamente entregues, passaram a ser objeto de proteção mais efetiva. O Procurador da República e o Promotor de Justiça começaram a propor ações em maior quantidade e com maior viabilidade, porque, antes de ajuizá-las, passaram a preparar-se, reunindo todos os elementos necessários para a instauração e a promoção da ação. A maior viabilidade dessas ações passou a ser evidente, pois os pedidos puderam ser mais bem feitos, as testemunhas passaram a ser arroladas já com uma ideia mais adequada do que ela poderia saber. Fazendo um pequeno parêntese, lembro-me de que, atuando ainda sob o sistema antigo, quantas vezes eu, na qualidade de Promotor de Justiça criminal, cheguei a propor ações penais com base em testemunhos que em juízo vieram a ser desmentidos... quantas vezes descobri em juízo que os fatos se tinham passado de forma completamente diferente daquilo que eu imaginara que tivesse acontecido, à luz de informações obtidas no inquérito policial!...

Houve, pois, uma mudança muito grande no objeto e na forma de atuação do Ministério Público.

Além disto, houve também uma segunda mudança. Mudou, ou, pelo menos, ampliou-se também o perfil das pessoas que o Ministério Público passava a enfrentar. Não que o Ministério Público tivesse deixado de processar o pequeno criminoso, o conhecido ladrão pé-de-chinelo. Também eles delinquem e também essas infrações à lei penal precisam ser apuradas. Mas aqueles grandes criminosos, aqueles grandes violadores da lei que detêm o poder econômico ou o poder político, esses costumavam ficar fora da alçada do Ministério Público e do Poder Judiciário. São os poderosos, são aqueles que detêm poder suficiente, muitas vezes, para impedir que investigações efetuadas e dirigidas fora do Ministério Público tenham êxito, por causa da influência do poder econômico ou do poder político, exercido não raro sobre as autoridades policiais, subordinadas às autoridades administrativas. Estas pessoas começaram a ser investigadas pelo Ministério Público em casos como danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público... Eram pessoas que nunca, na história do nosso País, em 500 anos da história de subdesenvolvimento de nosso País, nunca tinham sido seriamente incomodadas.

Esta é a verdade, senhores. Passaram a ser investigadas pessoas que simplesmente estavam despreocupadas e que julgavam que sua delinquência estava acima de qualquer investigação, como sempre estivera. Até mesmo a sociedade aceitava bem que o Ministério Público e o Poder Judiciário voltassem tradicionalmente sua atenção para a pequena criminalidade, quase com o conformismo atávico do inevitável, com a desesperança de centenas de anos de desmandos impunes de poderosos.

Mas, a partir do momento em que o Ministério Público passou a poder investigar diretamente, pôde ir mais fundo do que o faziam as investigações conduzidas pela autoridade policial, que é autoridade administrativa, subordinada hierarquicamente em toda a esfera administrativa até chegar ao chefe do Poder Executivo Estadual ou Federal, conforme o caso. A partir daí, aconteceu o inevitável: o Ministério Público começou a esbarrar na investigação de crimes praticados por autoridades, autoridades essas que controlavam a Polícia, detinham o poder de escolher o chefe de Polícia e até mesmo o poder de remover uma autoridade policial. Assim, o Ministério Público começou a ampliar o campo de suas investigações, não raro chegando até a governantes, altos políticos e grandes empresários.

Não é verdade que o Ministério Público se tenha voltado propostada ou exclusivamente sobre esses supostos alvos. O que ocorreu foi que, a partir do momento em que passou a exercer com autonomia funcional e plenitude o trabalho para o qual foi destinado pela Constituição e pelas Leis, a partir daí, não havia como não chegar a delitos praticados também por poderosos.

Ora, o trabalho do Ministério Público é perseguir o crime, defender o meio ambiente, proteger o consumidor, combater a improbidade administrativa e realizar outras funções semelhantes. Quando os membros do Ministério Público, que têm esta destinação constitucional, que são pagos pela sociedade para fazer tudo isso, quando eles efetivamente começaram a fazer tudo isso em sua plenitude, começou a ficar claro que, em nosso País, assim como em qualquer outro país do mundo, os crimes não são cometidos só por ladrões pés-de-chinelo. Havia também delitos oriundos da macrocriminalidade, crimes do colarinho branco, crimes de improbidade administrativa, crimes de administradores, de políticos e de empresários. O Ministério Público começou a dar-se conta de que havia empresas poderosas que manipulavam o mercado; que havia graves danos ao meio ambiente, muito maiores do que o do roceiro que põe foro no pasto de um alqueire; que havia administradores que desviavam o fruto do trabalho de toda uma população para contas secretas no exterior... Sem dúvida alguma, tudo isso também consistia infração à lei penal e à lei civil. E o Ministério Público brasileiro começou a fazer aquilo para o qual ele existe, a fazer aquilo para o qual seus agentes são remunerados: começou a abrir inquéritos civis, começou a propor ações penais e ações civis públicas, começou a ampliar notavelmente o alcance da sua atuação.

Imediatamente surgiram enormes e orquestradas reações contra o Ministério Público, como era de se esperar. Não somos ingênuos, sabemos que a profissão dos membros do Ministério Público é perigosa; muitos deles têm pagado caro por isto, até com a vida. Só para ficar com dois casos emblemáticos, lembremos o famoso *escândalo da mandioca* que vitimou um Procurador da República, e o mais recente caso da defesa do consumidor, que vitimou um Promotor de Justiça de Minas Gerais. Ora, há represálias de todo o tipo: desde atentados, até mesmo pressões mais sutis, embora igualmente eficazes. Começaram a surgir reações até mesmo sob vestimentas jurídicas para inviabilizar a nova atuação do Ministério Público.

Uma das primeiras formas de ataque ao novo Ministério Público baseou-se em visar exatamente o ponto no qual a instituição adquiriu maior poder: tenta-se cercear seu poder investigatório.

Embora pudesse a Constituição ter instituído um Ministério Público com organização administrativa a ser definida por leis e regulamentos infraconstitucionais, a Lei Maior não quis assim. Conferiu-se ao Ministério Público, pela primeira vez, um perfil nacional, estabelecendo-se um conceito para a instituição, erigindo-se princípios institucionais, opondo-se vedações, assegurando-se garantias, elegendo atribuições. Tudo isso se fez no seio da própria Constituição. Passou a ser muito sólido o novo perfil constitucional do Ministério Público a partir de 1988.

Assim, a primeira reação jurídica de maior peso contra o Ministério Público partiu do próprio Governo. Este, por intermédio de seus líderes no Congresso, começou a articular propostas de alteração do estatuto consti-

tucional do Ministério Público, inclusive propondo-se, na emenda de Reforma do Poder Judiciário, a alteração do art. 127, § 1º, da Constituição, segundo a qual os princípios institucionais do Ministério Público passariam a ser a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e *responsabilidade de seus membros*. Este acréscimo à parte final do dispositivo — “a responsabilidade de seus membros” — tinha motivação e endereço certos. É lógico que os membros do Ministério Público já estavam e ainda estão sujeitos à responsabilidade e, aliás, suportam responsabilidades extremamente sérias e severas, como veremos na reunião de hoje. Não estou, pois, a sustentar que o membro do Ministério Público deva furtar-se à responsabilização, quando devida, mas sim a sustentar que, erigir a responsabilidade dos membros do Ministério Público a princípio institucional, passou a ser uma filosofia do Governo, passou a ser o início de uma reação a um trabalho que o Ministério Público tinha começado a fazer. Com efeito, não vi o mesmo líder do Governo propor a inclusão do princípio da responsabilidade pessoal dos agentes públicos como princípio institucional dos outros órgãos do Estado...

Seria esse um fato isolado, que nada indicaria, se não fizesse parte de um conjunto. Senão vejamos. No tocante à escolha do Procurador-Geral da República e dos Procuradores-Gerais de Justiça — campo em que a Constituição de 1988 tanto avançou por permitir-lhes investidura por tempo certo — também surgiram neste último Governo projetos de emenda constitucional, ainda em andamento, visando a alterar o sistema vigente. Ora, o atual sistema de escolha dos chefes do Ministério Público, embora não seja perfeito sob a Constituição de 88, é infinitamente melhor do que o sistema anterior. E os senhores, que integram o Ministério Público da União, conhecem esse problema melhor ainda que os membros dos Ministérios Públicos dos Estados, pois nestes últimos, os membros da instituição participam obrigatoriamente da escolha do respectivo Procurador-Geral, enquanto, no Ministério Público da União, seus membros não têm igual poder no tocante à escolha do Procurador-Geral da República. Mas, verdade seja dita, mesmo com suas imperfeições, ainda assim a Constituição de 88 foi um passo fantástico no sentido do aprimoramento da autonomia funcional do Ministério Público. Pode ela até não nos satisfazer integralmente; é possível e até desejável que, quase três lustros depois, o Ministério Público e a sociedade ainda busquem mais. Mas lembremos de como era antes... Sob as Constituições anteriores, o Presidente da República podia nomear e demitir livremente aquele que em tese teria o poder de acusá-lo.... Era exatamente assim: um absurdo. A Constituição de 88 trouxe um progresso notável, ao assegurar mandato aos Procuradores-Gerais.

É verdade que não se trata bem de um verdadeiro *mandato*. O termo *mandato* até me parece menos feliz, pois dá ideia de representação jurídica, significando a situação de alguém que seja mandatário de outrem. Um deputado é mandatário do povo, um presidente da República também, mas o Procurador-Geral escolhido pelo chefe do Poder Executivo não pode ser mandatário. Não é mandatário do povo, que não o escolheu; nem da

classe, que não o elegeu. Seria mandatário do chefe do Executivo que o nomeou?! Lógico que não pode ser essa a vontade da Lei Maior, que conferiu autonomia funcional ao Ministério Público. Por isso, José Afonso da Silva, com toda a razão, diz que não se trata de mandato, mas sim de investidura por tempo certo.

Ora, sob o sistema hoje vigente, há regras muito rigorosas para balizar, em especial, a escolha e a demissão do Procurador-Geral. Nessa linha de tentativa de cerceamento do Ministério Público, surgiram projetos de emenda constitucional que pretendem a volta para o velho e saudoso tempo (saudoso, suponho, para os chefes do Poder Executivo) em que o Presidente da República e o Governador do Estado podiam nomear qualquer pessoa de notável saber jurídico, sem compromisso ou vínculo algum com o Ministério Público, para que ela atuasse a contento do administrador no elevado cargo de chefe da instituição ministerial...

Ora, sob o perfil constitucional do Ministério Público pós-88, a instituição deixou de ser órgão do Governo, e sim passou a ser órgão dotado de autonomia funcional, o que é muito diferente.

Esse segundo exemplo reafirma claramente a tendência. Não se trata de mais um fato isolado, e sim um dado de conjunto.

A seguir, tivemos novo lance: a tentativa de impor a chamada *Lei da Mordaza* no Ministério Público. De minha parte, não acredito seja próprio que Promotores de Justiça ou Procuradores da República chamem a imprensa e se exibam gratuitamente como se fossem vedetes de televisão. Entretanto, dentro do equilíbrio e da sobriedade indispensáveis, o membro do Ministério Público tem não só o direito de expor à sociedade o que está fazendo em seu nome, como tem mesmo o dever de fazê-lo.

O art. 37 da Constituição assenta, entre outros princípios essenciais à Administração, o da publicidade. Isto significa que, na Administração, a publicidade é a regra, embora haja exceções. Assim, se eu, como Promotor de Justiça ou Procurador da República, tenho acesso a contas bancárias das pessoas que investigo, não poderei divulgar dados pessoais cobertos pelo sigilo legal, da mesma maneira que o Juiz também não o poderia fazer. Tomemos outro exemplo: se um Juiz de família sentencia um processo de separação judicial, fica necessariamente sabendo por quê o casal se separou. Assim, se o Juiz chamar a imprensa e contar os motivos da separação, estará violando o sigilo funcional. Mas nada há de errado em que o membro do Ministério Público chame a imprensa e diga: estou investigando este loteamento irregular por causa de tais irregularidades; recebi uma denúncia de que há desvio de bens públicos em tal local; estou investigando possíveis danos ambientais acolá e as investigações estão em tal fase — tudo isso é mera e legítima prestação de contas à coletividade, que paga os serviços públicos e tem direito de saber o que é feito em seu nome e em seu benefício.

É óbvio que devemos ter todo o cuidado ao divulgar investigações em andamento, pois estamos lidando com pessoas presumidamente inocentes, ainda não julgadas e muito menos condenadas. Mas, tomadas as cautelas cabíveis, prestar contas do trabalho que o Ministério Público faz não é direito de quem as presta; é antes um dever da própria instituição para com a sociedade.

Pois apesar disso, tivemos aqui o terceiro capítulo da tentativa de cercear a atuação do Ministério Público. Tentou-se impor uma *Lei da Mordaza*, procurando impedir-se a divulgação de trabalhos investigatórios do Ministério Público e de outras autoridades, quando pudessem causar prejuízo a terceiros, o que geraria especial responsabilidade do agente.

Ora, sob o sistema já vigente, independente de qualquer *Lei de Mordaza*, é claro que o membro do Ministério Público já será responsabilizado se divulgar informações que detenha sobre investigações por ele conduzidas, que violem o sigilo legal e indevidamente causem danos a terceiros. Já existem sanções civis, administrativas e até penais para isso. Vou lembrar aqui, como exemplo, um fato recente que ocorreu no Ministério Público de São Paulo. Há questão de pouco mais de um ano, havia um concurso de ingresso à carreira local em andamento. Um Procurador de Justiça, membro da banca examinadora, que naturalmente tinha acesso às informações privilegiadas do concurso, segundo consta, teria divulgado essas informações sigilosas para favorecer candidatos a ele ligados... Se esse fato ocorreu mesmo — e há ação em andamento para apurá-los —, esse Procurador terá cometido crime. Não precisamos de uma *Lei de Mordaza*: já temos enquadramento legal suficiente para esse Procurador no Código Penal e na Lei de Improbidade Administrativa, afora as responsabilidades civis e administrativas daí decorrentes. Instituir, entretanto, um novo diploma legal para reprimir as informações, no mais das vezes lícitas, que um membro do Ministério Público pode desejar transmitir à coletividade, sem dúvida é somar mais um passo à reação que está ocorrendo contra a recente atuação institucional.

Depois disso, no ano de 2001, o Governo Federal tentou incentivar a modificação da Lei da Ação Civil Pública, voltando-se especialmente para criar limitações ao uso do inquérito civil — e isso depois de editar diversas medidas provisórias que já limitavam abusivamente o objeto da Lei n. 7.347/85 — Lei da Ação Civil Pública (v.g. Med. Prov. 1.570, 2.180 e outras). Atribuiu-se ao Deputado governista Artur Virgílio um texto de anteprojeto, texto esse que chegou às minhas mãos por intermédio da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — CONAMP, noticiando-se que o Governo Federal estaria interessado em propor alterações ao sistema do inquérito civil na Lei da Ação Civil Pública. Por que seria?... Para aprimorar a Lei da Ação Civil Pública? Para aprimorar o inquérito civil e dar mais instrumentos investigatórios ao Ministério Público e aos demais colegitimados à ação coletiva? Não, senhores... Foi exatamente para coarctar a ação ministerial, porque o Ministério Público estaria investigando abusivamente, quando

não era convidado a investigar... Como se o Ministério Público precisasse ser chamado para a investigação, lembranças de outras eras, não dos tempos da Constituição democrática de 1888 para cá. Entretanto, uma mudança desse porte não viria ser recebida silentemente pelo próprio Ministério Público, nem conseguiria passar sem chamar a atenção da imprensa... Mesmo uma medida provisória não passaria despercebida em área tão sensível, apesar de que, em geral, as medidas provisórias, sim, é que já se vinham prestando esse tempo todo à utilização abusiva, sem o devido cobro de nossos maiores tribunais.

Não bastasse tudo isso, ainda tivemos o cúmulo das evidências do que digo em dezembro de 2000. Naquele momento, tivemos a edição da Med. Prov. n. 2.088-35/00, que criou uma pérola jurídica — a reconvenção nas ações de improbidade! Segundo a medida provisória, se o membro do Ministério Público movesse uma ação de improbidade contra um agente público que soubesse ser inocente, o membro ministerial poderia responder por improbidade pela própria propositura da ação. Mas perpetrou essa medida provisória o absurdo de que o réu da ação de improbidade poderia reconvir contra o membro do Ministério Público...

Ora, não defendo jamais a impunidade dos membros do Ministério Público. Se um destes propuser uma ação de improbidade contra alguém que sabe inocente, isso no mínimo seria prevaricação, e, independentemente da Med. Prov. n. 2.088/35-00, já seria um ilícito suscetível de enquadramento na Lei 8.429/92. Mas, ao instituir essa regra na medida provisória, o Governo Federal deixava ainda mais claro que estava em andamento um processo de intimidação do Ministério Público, para que seus membros, quando fossem propor uma ação, hesitassem muito antes de fazê-lo, porque a reconvenção seria dirigida pessoalmente contra eles. Sem dúvida, o objeto dessa medida seria embaraçar ou entorpecer a sua atuação.

O mais curioso é que essa solução, sobre ser inútil, já que meios já existiam para responsabilizar um membro do Ministério Público prevaricador, ainda continha uma verdadeira excrescência processual. Sabemos que, no processo civil, a reconvenção só pode envolver as mesmas partes da ação, devendo ser conexos os pedidos da ação e da reconvenção. Ora, no caso, sequer haveria conexão de pedido nem identidade de partes na reconvenção e na ação. E isso porque, na ação de improbidade movida pelo membro do Ministério Público contra um agente público qualquer, quem é o autor da ação? O Ministério Público, não o *membro* do Ministério Público que assinou a petição inicial. E quem é o réu? O agente público cuja responsabilidade está sendo buscada. Ora, na reconvenção, o autor reconvinte é o agente público, réu da ação de improbidade. E quem é o reconvindo, réu na reconvenção? É o *membro* do Ministério Público, pessoalmente considerado... Ora, este último nem mesmo é parte na ação... Não existe no processo civil reconvenção contra quem não é parte! Isto é absurdo. Além disso, a reconvenção funda-se em fato novo, que é uma suposta improbidade na pro-

positura da ação, enquanto a ação se funda em outros fatos, anteriores à propositura da ação, os quais não têm nada a ver com a reconvenção: não há conexão entre os pedidos.

A reação foi maior do que o Governo esperava. Houve editoriais na imprensa, o Ministério Público reagiu, a sociedade questionou: afinal de contas, não são poucos os que hoje reconhecem o importante papel que um Ministério Público livre e independente pode desempenhar na defesa do próprio regime democrático — destinação à qual foi alçada a instituição na Constituição de 1988.

Assim, a contragosto, o Governo Federal voltou atrás menos de um mês depois, em janeiro de 2001, e reeditou a medida provisória tirando fora essas excrescências (Med. Prov. n. 2.088-36/01)...

Percebe-se claramente que todos esses são episódios de um processo reativo contra tudo aquilo em que se tornou o Ministério Público a partir da Constituição de 1988.

Finalmente, para coroar, no mau sentido, estas reações, vieram as inúmeras ações civis que passaram a ser sistematicamente movidas contra os membros do Ministério Público, nas quais se busca a *responsabilização pessoal* dos membros do Ministério Público.

O problema começou a surgir em todos os Ministérios Públicos, especialmente no Federal. O Dr. André de Carvalho Ramos há pouco nos relatou que dezenas de Procuradores da República já estão sendo processados civilmente, e, a meu ver, tudo leva a crer que esse triste rol vá aumentar. Nos Ministérios Públicos estaduais, caminha-se da mesma forma. Citarei dois exemplos, aos quais me liguei mais diretamente, porque fui consultado em ambos, que dizem respeito aos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro. São membros do Ministério Público que estão sendo acionados civilmente apenas porque exercitaram tudo aquilo que a Constituição e as leis puseram em suas mãos; até onde vi, não o fizeram com interesse pessoal, não agiram por perseguição, não o fizeram com dolo ou fraude — apenas cumpriram aquilo que entenderam justo e correto, dentro dos limites da lei. E mais: fizeram aquilo a que eram funcionalmente obrigados a fazer. E estão agora tendo de contratar advogados para dar explicações pessoais em juízo, estão enfrentando processos longos e caros, para, ao final, mostrarem apenas que estavam cumprindo o que a Constituição *manda* que eles façam.

Isto tudo é claramente um processo de intimidação: está em curso um processo de intimidação do Ministério Público.

Sem dúvida, há casos abusivos em que o membro do Ministério Público deve mesmo ser responsabilizado, com toda a amplitude possível. Não pensariam os senhores que, por ter sido Promotor de Justiça por três décadas, integrando o Ministério Público de São Paulo, tenha eu uma visão apenas protetiva dos ex-colegas de mister. Sei muito bem que há maus promotores; não são muitos, mas sei que há maus membros do Ministério Públi-

co e muito lutei contra eles. Problemas como falta de amor ao serviço ou problemas de desonestidade e corrupção, sei que existem; principalmente estes últimos, são raros, mas existem. Casos de prevaricação, abuso de poder, concussão ou corrupção, entre outros, têm ocorrido e devem ser combatidos com toda a energia que a instituição tenha, até de forma exemplar. Entretanto, se nos casos de abusos, erros, omissões, dolo ou fraude, é mesmo caso de responsabilidade civil, penal ou administrativa do membro faltoso, casos outros há, entretanto, em que não deve o membro do Ministério Público ser responsabilizado em grau algum. Resumiria assim meu pensamento: quando o membro do Ministério Público atue no exercício regular da sua função, sem dolo ou fraude, não pode ser responsabilizado civil ou penalmente. Qualquer falha sua poderá justificar em tese sua responsabilidade funcional, como nos casos de abuso, erro, omissão, dolo ou fraude, e até em caso de mera culpa; mas, nem toda falha justificará sua responsabilidade extrafuncional, no campo criminal ou civil.

Devemos distinguir quando o erro do membro do Ministério Público deve levar à responsabilidade civil, à responsabilidade penal, à responsabilidade administrativa, ou a todas elas em conjunto, ou a nenhuma delas quando tenha agido no exercício regular da função.

A razão dessas distinções consiste em preservar a atuação ministerial. Ao separar as funções de Estado, a Constituição criou órgãos distintos, estabelecendo seus poderes, garantias, deveres e, também, as responsabilidades diversas dos seus agentes. Algumas vezes a Constituição conferiu garantias excepcionais a alguns agentes públicos — por exemplo, os Juízes e os membros do Ministério Público gozam de vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade de subsídios. No tocante ao Ministério Público, a Constituição conferiu-lhe ainda, por expresse, o princípio da independência funcional. Com isso, não quis a Lei Maior criar uma categoria privilegiada de funcionários públicos, como pessoas mal informadas ou mal intencionadas poderiam sustentar. Quando a Constituição conferiu ao Ministério Público e à Magistratura garantias especiais, é porque queria não só recrutar os melhores agentes, como investi-los de garantias para que efetivamente pudessem fazer tudo aquilo para os quais ela os votava. Quando conferiu ao Ministério Público independência funcional, é porque queria que seus membros fossem corajosos, exercendo a independência em face até mesmo do próprio chefe da instituição; quando lhe conferiu a autonomia funcional, é porque queria que a instituição não se curvasse a outro império senão ao da lei, e não aos governantes ou a outros órgãos e Poderes do Estado. Quando a Constituição conferiu aos membros do Ministério Público e Magistrados a inamovibilidade, foi para preservar o princípio do promotor natural e do juiz natural. Quando lhes deu estas garantias, não estava a conceder privilégios, e sim ferramentas que reputou indispensáveis para que esses agentes exercitassem efetivamente suas funções constitucionais. É verdade que não foi intuito da Constituição conferir esses instrumentos ao Ministério Público para que ele ficasse gratuitamente processando poderosos, só por serem poderosos;

mas também é igual verdade que não os conferiu aos membros da instituição para que ficassem em casa acovardados, temendo causar problemas para os grandes, refestelando-se na segura ou pouco perigosa tarefa de processar os desvalidos. Se a Constituição trouxe tais garantias e funções ministeriais, foi para que os membros do Ministério Público tenham a efetiva possibilidade de, em sendo preciso, poderem processar tanto aquele pobre coitado que precisa de um advogado da assistência judiciária, quanto o político, o administrador ou o empresário que podem contratar os advogados mais bem remunerados do País.

Entremos, então, na análise do cerne de nossas discussões de hoje: o regime jurídico da responsabilidade do Ministério Público.

O art. 37, § 6º, da Constituição, que diz que as pessoas jurídicas do Direito Público e também as de Direito Privado, prestadoras de serviço público, responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, enquanto agentes, causarem a terceiros, assegurando-se o direito de regresso da pessoa jurídica contra o agente responsável, em caso de dolo ou culpa.

Se compararmos esse texto da Constituição com o texto da Carta anterior de 1969, veremos que foi abandonada a expressão “funcionário público”, preferindo-se a expressão “agentes”. A expressão antiga — *funcionário público* — permitia excluir com mais facilidade de seu âmbito o membro de Poder ou o membro do Ministério Público, que são agentes políticos e não funcionários públicos em sentido estrito (desconsiderada, aqui, a conceituação de funcionário público para fins penais, que tem conotação específica e âmbito próprio de incidência). Tecnicamente falando, o membro do Ministério Público é agente político e não funcionário público em sentido estrito.

Entretanto, a mudança de terminologia de *funcionário público* para *agente*, embora pudesse dar a impressão que a Constituição teve a intenção de estender a responsabilidade por dolo ou culpa ao membro do Ministério Público, ao Juiz e aos demais agentes políticos, na verdade teve outra motivação. A doutrina especializada bem esclarece que essa mudança se deve antes a diversa razão técnica, ou seja, a Constituição passou a prever nesse dispositivo a responsabilidade das pessoas jurídicas, não só as de Direito Público, como também as de Direito Privado, que prestem serviço público. A Constituição quis, assim, alcançar no § 6º do art. 37 a situação dos agentes de empresas de Direito Privado que prestem serviço público, e, nessa qualidade, causem danos a terceiros. A Constituição quis, pois, alcançar exatamente essa hipótese: tais empregados não são funcionários públicos, mas são agentes públicos. Daí, a Constituição passou a admitir que, nesses casos, haja responsabilidade da pessoa jurídica de Direito Público, que terá direito de regresso contra o agente responsável. Por isso a Constituição fala em responsabilidade dos *agentes públicos* nos casos de dolo ou culpa. A mudança de terminologia ocorreu simplesmente para cobrir a situação dos

empregados das pessoas jurídicas de direito privado, que não são funcionários públicos e sim são agentes.

E os agentes políticos, como ficam? Os agentes políticos estariam sujeitos ao regime geral da responsabilidade dos agentes públicos? Inclusive nos casos de dolo ou culpa, os agentes políticos poderiam ser responsabilizados pessoalmente? Por exemplo, o Presidente da República, que é um agente político, por negligência, comete um engano: poderá ser responsabilizado pessoalmente? Um Deputado, por um erro de interpretação de uma lei, pratica um ato de seu ofício equivocado: pode ser responsabilizado mesmo por mera culpa? Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, interpretando com erro uma prova, condenam um inocente numa ação penal originária; responderão pessoalmente pelo seu comportamento culposos?

A nosso ver, em todos esses casos, ainda que o Estado responda pelo dano, não haverá responsabilidade pessoal do agente político. Os agentes políticos são aqueles órgãos do Estado a quem a Constituição e as leis cometem decisões finais do Estado, na esfera de sua atribuição. Detêm toda independência funcional para poderem decidir com desembaraço, sem temerem represálias pessoais. São os chefes ou membros de Poder, ou seus delegados imediatos (Ministros, Secretários), são os membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, são aqueles que, em sua esfera de atribuições, tomam decisões de Estado com plena independência funcional.

Para todos estes, há um regime próprio de responsabilidade. Por exercerem funções originárias e próprias do Estado, têm um regime especial de responsabilização. É certo que o Estado, para exercer seus poderes e encargos, necessita de um conjunto de agentes, desde o corpo de funcionários, do mais humilde contínuo, até os chefes de Poder; só que uns são funcionários públicos em sentido estrito, outros são agentes políticos; a uns cabem funções subordinadas, a outros, funções independentes e próprias do Estado. No que diz respeito ao Ministério Público, enquanto um funcionário da instituição zela pela guarda dos veículos no estacionamento atento às ordens de seu superior hierárquico, um agente político tem a função responsabilizar os criminosos, agindo com plena independência funcional.

Ora, são agentes políticos os que fazem parte do primeiro escalão da Administração, os membros do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. Todos eles sujeitam-se a regras especiais de investidura, destituição, garantias e responsabilidades. São investidos ora em mandatos eletivos, ora em cargos vitalícios. São eles que, em síntese, tomam decisões últimas, nos limites da sua competência funcional. São decisões últimas, porque, ainda que possam ser revistas — e sempre há mecanismos de freios e contrapesos bastantes — tais decisões são tomadas com plena independência funcional, a qual vem assegurada, muitas vezes, como é o caso do Ministério Público, pela própria Constituição da República. Eles têm prerrogativas e responsabilidades próprias, fixadas

na própria Constituição e em leis especiais, muitas vezes em leis complementares, como é o caso do Ministério Público.

Essas regras especiais se justificam porque esses agentes executam funções próprias de soberania do Estado, que supõem um sistema de freios e contrapesos próprio, um sistema de poderes, vedações e garantias próprias, e, também, um sistema próprio de responsabilidade, já que detêm independência funcional.

Isso não quer dizer que a responsabilidade dos agentes políticos seja mais suave do que a dos demais servidores do Estado. Ao contrário: são responsabilidades graves, até mesmo responsabilidades políticas (*impeachment*); são responsabilidades extremamente onerosas para os agentes e para as instituições a que pertencem. Existem cargos públicos mais fiscalizados que os de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público? Reciprocamente eles se fiscalizam; o advogado fiscaliza a ambos, a sociedade fiscaliza a todos e a imprensa também. Todos sujeitam-se a controles funcionais, não raro por órgãos colegiados; normalmente suas decisões devem ser motivadas e tornadas públicas, podendo ser impugnadas.

Assim, por exemplo, ao acusar, ao promover a persecução penal, ao investigar danos ao patrimônio público ou ao meio ambiente, muitas vezes o membro do Ministério Público se dispõe indistintamente contra fracos e contra poderosos. Ai dele se não tiver uma atuação pessoal e funcional correta, porque é natural que se exponha muito. Em tese, o membro do Ministério Público pode responder não só sob o aspecto disciplinar, como sob o aspecto civil, penal e até político (em caso de *impeachment*).

O agente político tem, pois, maior liberdade de ação, mas tem maiores responsabilidades. A própria Constituição e as leis estabelecem regras próprias para todos eles, instituindo responsabilidade político-administrativa, responsabilidade civil, responsabilidade criminal e responsabilidade funcional. Assim, em virtude disso, Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Ministros dos Tribunais Superiores, Juizes em geral, Deputados, Senadores, todos eles são autoridades máximas nas suas áreas de competência, e, nessa qualidade, podem causar danos a terceiros, determinantes da responsabilidade indenizatória do Estado.

E o que acontece quando esses agentes políticos causem danos a terceiros? Quantas leis inconstitucionais o Presidente da República sanciona e anos depois os tribunais dizem que eram inconstitucionais e causaram danos? Quem responde por esses danos? A União responderá pelos danos; o Presidente, pessoalmente, só responderá se tiver agido com dolo ou fraude. Fora daí, não responderá pessoalmente, porque, se tiver agido no exercício regular de sua função, ainda que erre, seu erro será próprio do cargo. O erro que provoca a responsabilização pessoal do agente político é o erro proposital, é o erro doloso, é a fraude. Assim também, *mutatis mutandis*, ocorre em relação aos demais agentes políticos.

Os agentes políticos não são, portanto, funcionários públicos comuns; daí porque o sistema de sua responsabilidade não é a comum. Eles têm responsabilidades próprias. Pelo exercício regular das suas funções, seus danos determinarão a responsabilidade indenizatória do Estado. Tomemos, como exemplo, o do Juiz que, de boa-fé, condene um inocente. Isso, infelizmente, acontece diariamente. Por mais que o juiz se esforce, leia e releia os autos, sopesse as provas várias vezes, aplique o princípio da dúvida a favor do réu — assim mesmo, por mais culto e esforçado que seja, pode de boa-fé condenar um inocente, ao interpretar mal uma prova, ao não alcançar bem uma perícia. Com frequência os tribunais consertam esses erros, e às vezes até as revisões e as ações rescisórias consertam os erros dos próprios tribunais... Até mesmo anos depois da condenação, uma revisão criminal pode reconhecer que aquele réu era inocente. O Juiz que condenou o inocente vai pagar do seu próprio bolso a indenização devida?

Se o Juiz de boa-fé condenou um inocente, quem responderá pelo dano será apenas o Estado. O Juiz agiu regularmente, investido em suas funções de órgão originário do Estado, a quem a Lei Maior conferiu independência funcional. Ele usou de suas garantias e prerrogativas, procurando acertar, mas errou. Isso acontece e é inevitável.

O Presidente da República e o Parlamentar participam do processo de elaboração de uma lei, que anos depois é declarada inconstitucional. Eles vão pagar pessoalmente pelos danos que surgiram em decorrência da aplicação dessa lei inconstitucional? Salvo em caso de má-fé, não pagarão. Essa é a teoria aceita pelo Direito Constitucional e pelo Administrativo.

Resta dizer: mas, então, quando é que os agentes políticos responsabilizam a si mesmos? O Presidente da República pode impunemente agir como um déspota? O membro do Ministério Público pode livremente cometer desmandos? O Juiz pode condenar inocentes à vontade, e ficará tudo por isso mesmo, e sempre jogaremos todos os ônus nas costas largas do Estado?

Se fosse assim, seria mesmo um absurdo. Mas não é assim. Na verdade, devemos retornar à análise do artigo 37, § 6º, da Constituição: o Estado terá ação regressiva contra o agente causador do dano, em caso de dolo ou culpa.

Alguns juristas têm sustentado, como Hely Lopes Meirelles em seu clássico livro *Direito Administrativo Brasileiro* (19ª ed., pg. 72-3), que os agentes políticos são pessoalmente responsáveis em caso de abuso de poder, má-fé e até mesmo em razão de culpa grosseira. Também eu, há alguns anos, cheguei a pensar assim. Hoje, entretanto, recuso a responsabilização do agente político em caso de mera culpa.

Por que não haveria responsabilidade civil do membro do Ministério Público pelos danos que tenha causado por culpa?

Ora, ele é um agente político, dotado de plena independência funcional. Está relacionado entre as autoridades estatais para as quais a Constituição e as leis impõem um regime próprio de responsabilidade. Tão importante é o livre exercício de sua independência funcional, que a própria Constituição considera crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra as garantias institucionais do Ministério Público. Tão importante é o livre exercício do Ministério Público que, se o próprio Presidente da República atentar contra as garantias da instituição, poderá perder o cargo.

Sendo assim tão relevante para a ordem constitucional o exercício independente do Ministério Público, a tal ponto que foi erigido a princípio institucional, resta inquirir qual é a finalidade dessa garantia. Consiste em proteger o livre exercício da *função ministerial*. Por isso que, se o agente do Ministério Público errar, o Estado sempre responderá perante o lesado; o próprio Ministério Público, jamais responderá; o membro do Ministério Público será pessoalmente responsável só nos casos de dolo ou fraude.

Por que Ministério Público não responsabilizará jamais à própria instituição? Porque esta não detém personalidade jurídica. O Ministério Público é órgão do Estado; é o Estado. Já vi sentenças cíveis condenando o Ministério Público em encargos da sucumbência... Trata-se de equívoco significativo, pois o Ministério Público é o Estado; pela teoria da organicidade, o Ministério Público é a pessoa jurídica da qual ele faz parte.

Quanto ao membro do Ministério Público, a regra é sua inviolabilidade na esfera civil. Esta ocorre sempre que o exercício da função for regular, isto é, sempre que o membro esteja agindo de boa-fé, dentro de suas atribuições funcionais. Se ele tem atribuições para o ato (competência no sentido administrativo, não jurisdicional, evidentemente), se está agindo dentro das normas de razoabilidade (princípio implícito que rege a Administração) e se não está movido por dolo ou fraude — não há de ser responsabilizado pessoalmente na esfera civil. Não pode ser punido por agir, se, nesses casos, a lei supõe que sua ação é um dever. Na verdade, o membro do Ministério Público muitas vezes não tem nem mesmo a discricionariedade para agir ou deixar de agir: identificando a hipótese em que a lei exige sua ação, não poderia deixar de agir. Daí, as hipóteses de erro, causado por boa-fé, não lhe podem ser imputadas a título de responsabilidade civil pessoal.

Ora, se o membro do Ministério Público está agindo em estrita observância ao princípio da obrigatoriedade, se está acionando um réu não porque dele seja inimigo pessoal, mas porque entende fundamentadamente que a prova dos autos exige que assim o faça, se o membro do Ministério Público identificou a hipótese em que a lei exige sua atuação, então ele é obrigado a agir. Erraria o membro do Ministério Público não quando age ainda que contra um possível inocente que ele creia culpado, mas sim quando não age contra uma pessoa que acredite culpada. Claro é que, se o membro do Ministério Público age para satisfazer sentimento pessoal ou age movido por razões estranhas à função, então não estará no exercício regular da fun-

ção. Mas, ao contrário, se está no exercício regular da função, se não está nutrido por sentimento pessoal, se não é inspirado por razões estranhas à função, se apenas se curva ao princípio legal da obrigatoriedade, se não está imbuído de dolo ou fraude, se sua atuação é razoável, se não desborda os limites de suas atribuições — então o membro do Ministério Público é inviolável, para fins de responsabilização pessoal na área civil.

Dentro dessa linha, coerentemente, o art. 85 do Código de Processo Civil de 1973 estabelece de forma acertada que o órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. Devemos relevar o fato de a lei ter-se referido a *órgão*; deveria ter dito *membro*. O órgão muitas vezes é impessoal, como um colegiado — tal qual o Conselho Superior do Ministério Público, o Colégio de Procuradores. A responsabilidade, porém, quando houver, será pessoal, será do membro, não do órgão. Retomando a dicção do Código, vemos que a responsabilidade civil ocorre em caso de dolo ou fraude. A literalidade do dispositivo afasta a própria ideia de culpa. Esse dispositivo inspira-se no art. 133 do mesmo estatuto, que se refere à responsabilidade pessoal do Juiz. Por sua vez, esta última norma buscou sua inspiração no art. 121 do Código de Processo Civil de 1939. Pontes de Miranda comentou este último dispositivo com muita propriedade, em passagem que mais tarde veio a ser reproduzida em julgado do Supremo Tribunal Federal. Em lição que se referia aos Juízes, mas que sabemos de todo aplicável, por identidade de razão, aos membros do Ministério Público, Pontes de Miranda lembrou que o Juiz não é dotado da qualidade da inerrância; como não tem, nem poderia ter essa qualidade, o Direito só encontrou um caminho para responsabilizá-lo: recorrendo aos velhos conceitos de dolo ou fraude. E isso porque, nos casos de dolo ou fraude, podemos constatar diretamente que o Juiz agiu de forma consciente, em contrariedade àquilo que o ordenamento jurídico lhe impunha.

Em todos os casos em que caiba responsabilidade por ato praticado por agente público, a ação será proposta contra o Estado: é o que diz o § 6º do art. 37 da Constituição. Conforme o caso, o Estado é que terá ação regressiva contra o agente público que diretamente tenha causado o dano. É a teoria do risco administrativo. Nelson Nery Júnior, Pedro Roberto Decomain e José Afonso da Silva sustentam que, neste caso, o lesado agirá contra o Estado e não contra o causador do dano; o lesado invocará a responsabilidade objetiva, por força da teoria do risco administrativo, de forma que estará dispensado de provar a culpa do agente que causou o dano. Em sua ação contra o Estado, o lesado vai, pois, discutir a ocorrência do dano — sua materialidade e sua causação; mas não precisará discutir a culpa do agente. O § 6º do art. 37 não chegou, entretanto, a instituir a teoria do risco integral, porque, embora o lesado não precise discutir culpa, a ordem jurídica não comete ao Estado o risco integral, já que a pessoa jurídica de Direito Público pode provar dolo ou culpa do lesado e eximir-se da responsabilidade que lhe está sendo imputada.

Voltemos à análise da culpa. Como já anotei antes, Hely Lopes Meirelles sustentou que, em caso de culpa grave, os agentes políticos poderiam ser responsabilizados pessoalmente na esfera civil. Inicialmente, também seguiu esta orientação, e esta respeitável posição ainda é hoje seguida por Pedro Decomain, que escreveu importantes comentários sobre a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Entretanto, reestudei a matéria e hoje não mais reconheço a responsabilidade do membro do Ministério Público em caso de mera culpa.

A partir da Constituição de 88, os membros do Ministério Público passaram a deter um regime de garantias e responsabilidades próprias, só equiparáveis às dos Juízes. Ora, o sistema vigente exclui expressamente as hipóteses de responsabilização pessoal desses agentes nos casos de mera culpa (arts. 85 e 133 do CPC). A razão consiste em que a possibilidade de responsabilização pessoal por culpa levaria a um natural processo de intimidação psicológica, o que favoreceria a omissão e confortaria a fraqueza de não cumprir o dever. Imaginemos minha situação se eu fosse um Procurador da República em meu gabinete de trabalho, e tivesse sob estudo um inquérito policial ou um inquérito civil, que envolvesse interesses poderosos, de grandes empresários, de políticos importantes, de autoridades relevantes do Estado ou da República. Se eu estivesse convencido de que a Constituição e as leis não me dão garantias pessoais de indenidade, mesmo que toda prova dissesse ser caso de propor ação, sempre poderia temer que amanhã surgisse algum jurista muito culto que dissesse que o branco é preto e as coisas não seriam bem assim; sempre eu poderia acreditar que o Juiz poderia recusar meus melhores argumentos; sempre poderia temer que amanhã surgisse uma nova prova imprevisível, ou até mesmo uma interpretação nova para um fato velho, o que me levaria a responder pessoalmente por minha ação, ainda que eu estivesse imbuído de boa-fé. Eu poderia ter a coragem pessoal de arrostar todos os riscos; poderia não ter. Afinal, mesmo que eu me saísse bem na ação que me viesse a ser pessoalmente movida, eu teria que constituir advogado, teria que custear uma ação complexa, longa e cara, e eu poderia não dispor de recursos para tanto. Eu poderia ficar anos tentando provar que agi corretamente a cada denúncia que oferecesse, correndo ainda o risco de ser condenado simplesmente por ter feito aquilo que eu julgava que a Constituição e as leis exigiam que eu fizesse. Agora vamos ver o outro lado da questão. E se eu arquivasse esse caso? Se eu o arquivasse, poderia invocar minha independência funcional. Eu não precisaria esperar as altas luzes de um preclaro jurista para justificar um imaginoso arquivamento do inquérito. Normalmente, na pior das hipóteses, o Procurador-Geral ou o Conselho Superior do Ministério Público poderiam dizer que não concordam com minha respeitável opinião e mandariam que *outro* membro do Ministério Público propusesse a ação... E, se alguém processado fosse, seriam eles, não eu próprio...

Para que esta tentação, muito humana, não interfira na ação do Ministério Público, a lei confere garantias à instituição e a seus membros. A

Constituição não supõe que os membros do Ministério Público e da Magistratura todos tenham de ter a coragem fácil de um insano. Sem dúvida, exige-se que essas autoridades detenham coragem, mas não além daquela já naturalmente necessária para exercer sua função — o que já as expõe bastante, como infelizmente a morte de colegas nos dá triste exemplo. A Constituição e as leis exigem que os membros do Ministério Público, investidos de garantias especiais, ao menos cumpram os seus encargos até o fim. Para isso lhes deu garantias; não privilégios pessoais, como pessoas desinformadas ou de má-fé procuram fazer crer. Assim, se seguirmos a teoria de que, até no caso de mera culpa, o membro do Ministério Público poderia ser responsabilizado, será natural que o Ministério Público enquanto instituição se intimide, porque o erro fundado na culpa é uma possibilidade muito constante na atuação dos Juízes e Promotores — basta ver a quantidade de denúncias improcedentes e de sentenças e acórdãos reformados pelos tribunais...

Essas considerações me fizeram rever a questão da responsabilidade dos agentes políticos em caso de culpa. Somou-se a isso a tendência mais recente, que se generalizou entre os países democráticos, no sentido de que, para assegurar que os membros do Ministério Público sejam capazes de adimplir inteiramente suas funções sem intimidação, embora maneira necessariamente responsável, o sistema legislativo não deverá impor-lhes embaraços, perseguição, interferências indevidas ou sequer exposição excessiva ou injustificada à responsabilidade civil, pessoal, administrativa ou de qualquer outra natureza. Assim, o VIII Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes deliberou em Havana, Cuba, entre 27 de agosto a 07 de Setembro de 1990, que os Estados membros da ONU devem assegurar meios para que seus agentes encarregados da persecução criminal possam exercer suas funções sem intimidação, embaraço, exposição excessiva ou injustificada à responsabilidade pessoal. Esse Congresso não está propondo que os membros do Ministério Público possam fazer o que bem queiram e, mesmo assim, restarem incólumes, como o rei já foi incólume. Não: nos casos de excessos, deverão responder.

Dentro dessa linha, nossa lei positiva já diz, com todo o acerto, que, em matéria civil, o membro do Ministério Público responderá em caso de dolo ou fraude, somente. No que diz respeito à responsabilidade funcional, entretanto, esta é bem mais ampla.

Esses princípios estão, pois, assegurados nas linhas mestras do papel dos Promotores e Procuradores, adotadas pelo VIII Congresso da ONU para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, tendo a comunidade jurídica se comprometido a assegurar aos seus agentes as adequadas condições de imunidade para que possam cumprir a sua função com coragem e independência.

Suponhamos, porém, que o membro do Ministério Público tenha agido mais do que apenas com culpa: ele *sabia* que o réu era inocente e o denunciou, pediu-lhe a prisão preventiva; moveu-lhe uma ação civil pública

e pediu-lhe o sequestro dos bens apenas porque ele era um desafeto que ele desejava pessoalmente que fosse processado. O que fazer contra este membro do Ministério Público?

Mesmo nesse caso, a ação de responsabilidade ainda será movida contra o Estado; este, sim, é que terá ação regressiva contra o agente.

Caberia, entretanto, ação direta do lesado contra o próprio agente público, como está sendo comum hoje em dia? Aquele que se diz lesado por ato do Ministério Público contrata um advogado e este, em vez de acionar Estado, aciona o membro do Ministério Público. Muitas vezes aquele que se diz lesado não está interessado sequer em obter uma efetiva indenização, até porque são infundadas muitas dessas alegações de prejuízos indevidos; muitas vezes o indivíduo está apenas interessado em intimidar ou embaraçar a atuação do Ministério Público. Então ele processa o Promotor de Justiça ou o Procurador da República, e não o Estado, não a União. Isso é possível?

O § 6º do art. 37 da Constituição assegurou que essa ação de responsabilidade por ato de agente público deve ser proposta contra o Estado; este sim é que, se for o caso, terá ação contra o agente, fundada no direito de regresso.

Nem mesmo cabe denúncia da lide feita pelo Estado em face do agente, até para não introduzir fundamento jurídico novo na discussão do lesado contra o Estado. O sistema da Constituição de 88 é o seguinte: ação contra o Estado, regresso contra o agente. É o entendimento que temos seguido, harmônico com as lições de Pedro Decomain, nos seus comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos seus Comentários ao Código de Processo Civil (art. 85); de José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*; é a posição sustentada em Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, obra esta hoje atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

Contra esta orientação, existe o respeitabilíssimo posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*). Celso Antônio não vê razão para que o indivíduo não possa processar o Juiz, o Promotor, enfim, qualquer agente político diretamente responsável pelo dano. Faz ele exposição muito bem elaborada a esse propósito. Seria possível somar a seus argumentos até mais um: a conveniência do lesado. Imaginemos que o lesado acione o Estado por danos causados por um agente público. O que irá acontecer? Todas as vantagens processuais tem o Estado, não apenas nos prazos de contestação e recursos, mas ainda mais. E lá no fim do processo existe a temível e interminável fila dos precatórios, que o Estado paga quando quer, se quiser... Então o indivíduo, mesmo que não esteja querendo intimidar o agente público, muitas vezes prefere acionar diretamente o causador do dano, não o Estado.

Ainda que seja respeitável essa razão de conveniência do lesado, devemos reconhecer que a Constituição, para assegurar o funcionamento de seus serviços fundamentais dos órgãos originários, assegurou a indenidade pessoal de seus agentes, encarregados de tomar as decisões de governabilidade do Estado. O que seria dos Ministros do Supremo Tribunal se eles pudessem ser responsabilizados pessoalmente, em primeiro grau, pelos atrasos ou até pelos erros de suas decisões? Basta que a Maior Corte casse uma decisão dela própria, ou revogue uma Súmula, e estará reconhecendo seu próprio erro anterior... Nem como presunção seria possível admitir que nunca errem, apenas porque dão a última palavra. Quantas vezes voltam atrás, reveem súmulas, concedem revisões ou rescisórias de seus próprios julgados, proveem recursos contra atos de turma ou de seus próprios Ministros... E quanto aos que tiveram seus atos reformados? Vamos processá-los pessoalmente porque erraram? O que faríamos com os Presidentes da República, com os Governadores, com os Prefeitos, com os legisladores em geral, quando errem de boa-fé, ao interpretar incorretamente o interesse público? Percebendo que o Estado não funcionaria se todos os agentes políticos estivessem expostos à possibilidade de responsabilização pessoal mesmo quando errassem de boa-fé, a Constituição e as leis corretamente estabeleceram para eles um sistema próprio de garantias e responsabilidades.

Em razão disso, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello a esse respeito, embora extremamente respeitável, é o que, a meu ver, menos concorre para assegurar o funcionamento normal do Estado.

O que está errado não é o sistema instituído pela Constituição, segundo o qual o lesado deve agir contra o Estado, e este é que tem ação de regresso contra o agente público; o errado é aquilo que o Estado faz em relação a seus débitos judiciais: não os paga e deixa sem pejo crescer as filas de precatórios, tudo sob as vistas complacentes dos tribunais. O erro não é o procedimento operacional em si da responsabilidade dos agentes políticos, nem está na própria existência da lista de precatórios, até muito justa para evitar preterições ou favorecimentos; o erro é não programar nem pagar anos a fio as condenações judiciais...

Voltando, porém, à questão da ação de responsabilidade contra o Estado e seu direito de regresso, há alguns dias, o Supremo Tribunal Federal enfrentou esta questão que estamos agora a discutir (RE n. 228.977-SP, 2ª Turma, rel. Min. Néri da Silveira, j. 5-03-02, Informativo STF, 259). O caso envolvia a discussão da responsabilidade pessoal de um Juiz de Direito do Estado de São Paulo, porque ele, na sentença, tinha feito referências extremamente desabonadoras ao réu e, depois, tinha concedido uma entrevista à imprensa, acrescentado mais alguns pormenores. O réu processou pessoalmente o Juiz na esfera cível; este pediu sua exclusão do processo, entendendo que o Estado é que deveria responder pela pretensão reparatória e, se fosse o caso, regressivamente, deveria voltar-se contra o Magistrado. O

Tribunal de Justiça de São Paulo não aceitou as ponderações do réu e determinou que a ação prosseguisse contra ele. A 2ª Turma do STF, entretanto, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 228.977 de São Paulo, entendeu unanimemente que o Juiz acionado era parte passiva ilegítima, pois a ação deveria ser proposta apenas contra o Estado; o regresso, se fosse o caso, é que deveria ser exercitado contra o Juiz. Essa é exatamente a posição que vimos defendendo. É a única solução que assegura o melhor funcionamento da máquina estatal, por permitir que seus agentes políticos possam agir com destemor e determinação, providos de garantias para tanto, garantias estas que são necessárias à sua atuação funcional.

Em suma, e a título de conclusão, podemos dizer que, de fato, o Ministério Público mudou muito nestas duas últimas décadas. Os senhores, melhor do que ninguém, sabem como o Ministério Público mudou, até porque uma das mudanças mais notáveis do Ministério Público brasileiro se deu exatamente no Ministério Público da União. O Ministério Público passou a fazer jus às suas novas responsabilidades, em correspondência com as mudanças da própria sociedade, que se tornou mais livre e mais exigente, e passou a acompanhar mais de perto o trabalho daqueles que devem representá-la.

Por fim, ousarei apresentar uma pequena recomendação aos senhores, antes de passarmos aos debates, nos quais, estou certo, muito os senhores terão a contribuir, a questionar e até, por quê não, a objetar ao que eu já disse até aqui. Quero, modestamente, ponderar algo aos senhores: usem de redobradas cautelas nas investigações, de redobradas cautelas nas atuações em geral.

Certo é que há alguns pressupostos para a atuação ministerial. Para que o sistema funcione corretamente, é preciso que a sociedade compreenda bem o que o Ministério Público está fazendo; é imperioso que o Poder Judiciário tenha visão para reconhecer o importante papel que do Ministério Público e dele próprio se espera no reordenamento ético de nosso País. O trabalho sério do Ministério Público deve ser prestigiado e fortalecido pelo Poder Judiciário, até porque o trabalho ministerial acaba normalmente desaguando mais adiante nas ações judiciais. Se o Poder Judiciário não tornar viável o papel do Ministério Público em prol do saneamento moral do País, nada mudará efetivamente entre nós. Espero que o Poder Judiciário tenha essa sensibilidade, perceba o que está ocorrendo, pois os Juízes também estão sofrendo esse mesmo processo de intimidação.

Mas, a par desses pressupostos, é preciso prudência sim, na atuação do Ministério Público; é preciso respeitar a privacidade das pessoas; é preciso que o membro ministerial tenha a cada passo de sua ação a clara consciência de que está lidando com direito de pessoas que podem ser e não raro são inocentes. Se os membros do Ministério Público não gostam, e com razão, de serem processados quando nada devam, assim também os inocentes também não gostam disso, e, muitas vezes, há inocentes entre aqueles que o Ministério Público investiga; isso é até inevitável. Por isso, o

membro ministerial também deve observar o sigilo legal; não deve fazer exposição injustificada de pessoas que estão sendo apenas investigadas; não deve agir com juízos temerários. Falhas gratuitas em sua atuação podem expor, enfraquecer e até mesmo comprometer a própria instituição.

Mas, naqueles casos em que o membro do Ministério Público esteja cumprindo corretamente suas funções, não pode ter o que temer. Agindo rigorosamente dentro das suas atribuições legais, estará inteiramente acobertado ou resguardado em sua atuação funcional.

Com isso, meus senhores, encerro minha exposição. Perdoem-me, talvez tenha sido mais longa do que gostariam de ter ouvido, mas tenho a certeza de que agora, com os debates, virá a parte mais interessante do encontro, pois contaremos com os questionamentos, as objeções e as contribuições que são fruto da experiência profissional que certamente têm todos os senhores.

Muito obrigado.

- Dra. Zélia Luíza Pierdoná:

Eu convido o Professor Hugo e o Professor André para que possamos encaminhar as discussões.

Professor, antes de passar a palavra ao André, que está coordenando, eu não posso me privar de parabenizar esta brilhante palestra, porque, Professor, hoje virou lugar comum falar da responsabilidade dos membros do Ministério Público e, sem dúvida alguma, Professor, as suas palavras não só instrumentalizarão, como nos encorajarão para que nós possamos realmente desempenhar as funções constitucionalmente definidas, mas de forma responsável. Eu até fiquei, assim, admirada com suas palavras; gostei muito, porque não é aquela questão: Ah! podemos fazer tudo, vamos fazer tudo. Responsabilizou-nos e também nos encorajou. Eu gostaria, Professor, inclusive vou sugerir à Associação que no nosso próximo encontro, que vai ser em outubro, convide o senhor e tenho certeza que este convite deve ser homologado pelos colegas aqui presentes.

Eu só estou preocupada, Professor, porque nós temos 17 colegas recém empossados e esta sua palestra faz parte da 4ª Reunião Geral dos colegas de todo o Estado e agora eles vão ficar com uma ideia supervalorizada de que as reuniões são ótimas e que sempre haverá palestras como esta, então, como Procuradora-Chefe, estou muito preocupada em como nós vamos dar sequência a isto, porque certamente teremos problemas em acompanhar essa qualidade que ouvimos.

Mas, antes de passar a palavra ao colega André, que vai coordenar as discussões, eu gostaria de, também, parabenizá-lo não só pela es-

colha do tema, que é muito presente, muito oportuno, mas, principalmente, pela escolha do nome. André está de parabéns, a Escola Superior está de parabéns por isso, não o convidei porque achei que você tivesse saído mais cedo, faço convite no sentido de que todos nós que estávamos à mesa voltamos para o debate, e passo, então, a coordenação dos trabalhos ao colega André, porque o Professor está se dispondo a discutir conosco, a ouvir nossas dúvidas, os nossos anseios sobre este tema. Parabéns mais uma vez ao Professor.

Muito obrigada pela sua participação e o senhor está sempre convidado. Hoje eu o convidei para jantar e ele disse que, como nós não tínhamos feito este convite antes, ele não poderia, mas na próxima vez ele vem para jantar conosco, certo? Porque a sua presença sempre nos é muito agradável. Obrigada.

- Dr. André de Carvalho Ramos

Em primeiro lugar, agradeço novamente ao Professor Hugo Nigro Mazzilli pelo brilhantismo da sua palestra e pela gentileza novamente de ter aqui acolhido nosso convite e, sem delongas, pelo adiantado da hora, eu gostaria de passar a palavra a qualquer um que queira fazer uma pergunta, iniciar o debate, iniciando pelo colega Pedro, de Bauru. Os colegas que porventura venham a fazer perguntas ou participar dos debates, gostaria que usassem o microfone.

- Dr. Pedro Machado (Bauru)

Boa noite Professor, eu só queria fazer uma pergunta, mais para confirmar se eu realmente entendi o que o senhor explicou. O Ministério Público, enquanto instituição, só pode ser parte legítima no pólo passivo de uma ação judicial, dentro desta ótica que o senhor colocou, em caso de mandado de segurança e *habeas-corpus*; fora dessas situações o Ministério Público só tem legitimidade ativa e não passiva, esta é a linha que o senhor defende, não?

- Professor Hugo

Sim, em regra geral é isso o que procurei dizer. O Ministério Público pode ser parte processual passiva, mas parte formal, não só nestes casos que o Dr. Pedro bem lembrou, mas ainda em alguns outros casos, como em embargos à execução em ação civil pública que esteja sendo mo-

vida pela instituição, pois, nos embargos, o exequente passa a ser o embargado. Em todos esses casos, o Ministério Público será parte passiva formal, não material, porque não haverá uma pretensão formulada em face do Ministério Público, propriamente dito.

O que temos é que nesses casos, o Ministério Público é parte passiva formal. Também no processo de usucapião, o Ministério Público é citado como parte *pro populo*, assumindo posição de parte passiva formal. Mas tanto nesse, como nos demais casos, o Ministério Público não suporta, enquanto instituição, os efeitos do dispositivo da sentença. O pedido não é feito contra ele, exceto em embargos à execução quando se busca a desconstituição do título executivo formado em ação por ele proposta. O que eu quis dizer durante a exposição anterior, e agora agradeço a oportunidade de melhor explicitar, é que o Ministério Público não pode ser parte passiva material numa ação, pois, não tendo personalidade jurídica, não tem aptidão para estimular, no pólo passivo, a formação da relação processual: não sucumbe, nem é condenado.

Na verdade, o Ministério Público é o Estado. Assim, se o Ministério Público, por um de seus agentes, causar um dano, e se vier a ser necessário que o lesado acione alguém pela pretensão reparatória, a parte material que deve responder pelo dano não será nunca o Ministério Público e sim o Estado.

É por isso que vejo com surpresa algumas decisões equivocadas que condenam o Ministério Público a pagar honorários de advogado em ações civis públicas por ele propostas, julgadas improcedentes. Trata-se de erro técnico porque, na verdade, se o Ministério Público da União entrar com uma ação e sucumbir, podemos até discutir se são devidos ou não os honorários advocatícios, mas não podemos impor esse encargo ao Ministério Público, porque, em sua ação, ele responsabiliza a União, da qual é órgão.

A propósito, Dr. Pedro, recordarei uma curiosidade que ocorreu quando da elaboração da Carta de Curitiba, que já foi mencionada pelo Dr. André. Em 1986, o Ministério Público nacional era díspar, como eu vinha dizendo aos senhores. Estávamos às vésperas da Constituição de 1988, e queríamos buscar um perfil nacional uniforme para a instituição. Naquela época, um culto Procurador de Justiça do Rio de Janeiro, Sérgio D'Andrea Ferreira, propôs que o Ministério Público adquirisse uma “personalidade institucional pública”. Por uma série de razões, nós nos opusemos a isso, até porque, se o Ministério Público fosse uma pessoa jurídica, poderia responder sim por danos que seus agentes causassem.

O que vingou foi o contrário: o Ministério Público é órgão do Estado. Então, quando processa o réu, exercendo o direito de punir, é o direito de punir do Estado que está sendo exercitado; quando o Ministério Público defende o meio ambiente, é na qualidade de órgão estatal que o está fazendo. Ser órgão do Estado não quer dizer, porém, que seja órgão do governo, em vista de sua autonomia institucional.

- Dr. André de Carvalho Ramos:

Agora vou passar a palavra ao Dr. Jefferson, de Marília.

- Dr. Jefferson Dias (Marília):

Professor, duas perguntas rápidas para o senhor: Até onde a total omissão da Corregedoria, ou seja, a falta de um controle interno efetivo colabora para o surgimento de um controle externo?

E a segunda pergunta: No caso de ação de improbidade administrativa, como ficaria o membro do Ministério Público: também está sujeito à ação de improbidade? Como seria, então, o caso de ação de improbidade, já que no pólo ativo a legitimação é concorrente com vários órgãos iguais?

- Professor Hugo:

Conheço bem o Ministério Público do Estado de São Paulo e posso dizer aos senhores que existem falhas na apuração de infrações de seus próprios membros. Não falarei sobre as falhas correspondentes que possam existir no Ministério Público da União, que os senhores conhecem melhor do que eu. Falarei agora daquele Ministério Público que eu integrei por três décadas. E o farei com franqueza. O Ministério Público tem membros corajosos, denodados, esforçados. Mas também tem membros que querem ganhar mais e trabalhar sempre menos; membros que não podem ver processos, por causa de uma pequena idiossincrasia contra eles; membros que dão atenção a tudo, menos à carreira: lecionam com carga horária incompatível com a dedicação prioritária aos graves encargos da instituição ministerial, membros que fazem do Ministério Público não sua primeira, mas sua última profissão. Sei que o Ministério Público não é tudo na vida de seus membros; afinal, temos nossas famílias, nós mesmos temos responsabilidades outras também. Mas, de minha parte, sempre pus o Ministério Público no primeiro plano, sob o aspecto profissional. Mas não era isso o que eu vi em diversos membros da mesma instituição.

Há colegas que dão outras prioridades à sua vida funcional, e, às vezes, acabam deixando aquelas do Ministério Público para um lugar bem remoto na sua escala de valores. Aí as comarcas se entopem de serviços parados em suas mãos; são aqueles que não atendem à população; não movem as ações necessárias; fazem sábias e laboriosas cotas de “pelo

prosseguimento” e do “nada a opor”. Por tudo isso, creio, realmente, que a Corregedoria-Geral do Ministério Público deve ser bem rigorosa. De minha parte, fico feliz em nunca ter sido Corregedor dentro da minha instituição, porque talvez, se tivesse sido, teria bem menos amigos... Afinal, não podemos querer consertar a casa dos outros, antes de consertarmos a nossa.

Entretanto, creio que tudo isso está mudando para melhor. Lembro-me de que, antigamente, era muito mais comum encontrar Promotores de Justiça acomodados do que hoje. Hoje, vejo nos jovens que entram no Ministério Público de todo o País uma vontade, um idealismo, uma força muito grande, suficiente para mudar e aprimorar cada vez mais a instituição.

E se há erros, e erros existem, a maior parte deles é causada pela natureza do homem e não por exclusiva falha de uma Corregedoria-Geral ou de um único Promotor. É trabalho de toda a instituição lutar contra isso. Creio que há uma melhora, pois eu, que já vi como era e vejo como é hoje, posso dizer que melhorou extraordinariamente a instituição. Se eu contasse aos senhores como é que foi o começo da minha carreira, na minha primeira Comarca, os senhores ficariam incrédulos. Havia três colegas de Promotoria; eu era substituto. Cada qual deles praticamente dividia por metade o serviço comigo... Não atendiam o público, um deles quase não aparecia no Fórum, outro me entregava só os inquéritos policiais relatados, ficando com aqueles em que bastava concordar com a dilação de prazo pretendida pela autoridade policial... Existiam e ainda existem problemas. Mas a grande verdade é que, quem faz o Ministério Público são aqueles que acreditam nele; não são aqueles que estão ou deveriam estar sendo investigados pela Corregedoria. Estes não fazem o Ministério Público.

Com relação ao segundo ponto levantado pelo senhor, Dr. Jefferson, diz respeito à ação de improbidade. Sim, o membro do Ministério Público pode ser réu em ação de improbidade. Temos, aliás, no Estado de São Paulo, o caso de dois membros do Ministério Público que são réus em ação desse jaez, movida pela própria instituição, porque teriam violado o sigilo funcional. Trata-se de fatos de gravidade, enquadrados na Lei n. 8.429/92; podem perder o cargo na ação que lhes está sendo movida, porque teriam divulgado questões do concurso a candidatos que privilegiaram. Temos também casos, ainda que raros, de enriquecimento sem causa, de violação dos princípios da administração. Em todos esses casos, podem os membros do Ministério Público ser réus em ação de improbidade. O que não se admite é que possam ser acionados em juízo pelo simples fato de estarem cumprindo regularmente mandamentos que a Constituição e as leis puseram em suas mãos. Improbidade é o Procurador, que faz parte de uma banca de concurso, passar as perguntas do concurso a seus alunos, antes do exame... Mas improbidade alguma há em o membro do Ministério Público processar uma pessoa, ainda que esta pessoa venha depois a ser declarada inocente por um tribunal, desde que ele não tenha agido nem com dolo, nem com fraude, ou seja, sem ter agido com má-fé.

- Dr. Jefferson Dias:

No caso de improbidade, no pólo ativo, só há a legitimação do Ministério Público?

- Professor Hugo:

Na verdade, o que ocorre é o seguinte: o Estado, enquanto pessoa jurídica, está naturalmente legitimado a defender a si mesmo. Ele, aliás, é o legitimado ordinário; para isso, tem seus representantes, que podem e devem defendê-lo. O cidadão, nos casos da ação popular, também pode defender o patrimônio público. O Ministério Público igualmente pode fazê-lo.

Já vi, muitas vezes, o questionamento de alguns advogados e de algumas Cortes, dizendo que seria absurdo que o Ministério Público defendesse o Estado, seja porque ao Ministério Público está vedada a representação judicial da Fazenda, seja porque o Estado tem seus próprios procuradores.

Ora, tanto o próprio Estado pode defender-se, por meio de seus procuradores, como o cidadão e o Ministério Público podem fazê-lo, se for o caso. A diferença é que o Estado defende a si mesmo por legitimação ordinária — o Estado tem o seu procurador, o seu advogado, e, quando comparece em juízo para se defender, temos a legitimação ordinária.

Entretanto, às vezes, o causador do dano ao Estado é o administrador em exercício, ou um ex-administrador ligado ao administrador atual. Nesses casos, o sistema vigente inviabiliza a ação da máquina estatal. A decisão de acionar fica nas mãos do chefe da advocacia do Estado, que é cargo de escolha do chefe do Poder Executivo. Então, se este pode controlar a nomeação e a destituição daquele que em tese teria o poder de processá-lo ou processar seus aliados, nesses casos a legitimação ordinária não vai funcionar. Por isso que, nesses casos, a Constituição confere legitimação extraordinária ao cidadão, por meio da ação popular, e ao Ministério Público, por meio da ação civil pública. Nesses casos, o cidadão e o Ministério Público não agem como representantes da Fazenda Pública, e sim como substitutos processuais da coletividade, na defesa do patrimônio de todos. Sustento ainda que, em matéria cível, o Ministério Público jamais detém exclusividade no pólo ativo, devendo agir naqueles casos em que a legitimação ordinária não funcionou.

Caso entendêssemos, porém, que a atuação do Ministério Público em favor do zelo pelo patrimônio público devesse sempre ocorrer, então

iríamos voltar a dele fazer um cobrador da dívida ativa do Estado. Não é assim, porém. A partir da Constituição de 1988, foram desmembrados os papéis de Ministério Público e advocacia da Fazenda.

Em suma, naqueles casos em que a legitimação ordinária não funciona, estará o Ministério Público legitimado para exercer seu papel.

- Dr. André de Carvalho Ramos:

Vamos passar a palavra agora ao colega Marlon, aqui de São Paulo.

- Dr. Marlon Weichert (São Paulo):

Professor, são basicamente três indagações, porque, conforme designação, trago muitas dúvidas, e tenho que cumprir o mister em relação aos colegas de São Paulo.

Uma primeira dúvida é a seguinte: se a nossa Lei Orgânica do Ministério Público da União prevê, na parte disciplinar, a possibilidade da responsabilização do membro por negligência, será que havendo previsão específica, como numa infração disciplinar, isso modificaria o raciocínio exposto em caso de culpa, ou em nenhum caso de culpa haveria possibilidade de responsabilização do membro do Ministério Público?

A segunda questão é se, em caso de culpa, o Estado responderia objetivamente ou subjetivamente pela culpa, e nesse caso, não haveria a possibilidade de regresso contra o Ministério Público? Eu queria confirmar este entendimento quanto ao que o senhor expôs.

E uma terceira situação é que, em caso de um processo movido contra o membro do Ministério Público, a instituição do Ministério Público teria legitimidade para requerer a sua própria participação na lide, como assistente do réu?

- Professor Hugo:

Agradeço muito as perguntas do Dr. Marlon, bem como a objetividade e a clareza das questões, muito oportunas.

A Lei Orgânica do Ministério Público da União, assim como a dos Estados, responsabiliza os membros do Ministério Público até mesmo por negligência. Essa responsabilização existe, só que não se trata de res-

responsabilidade civil; é responsabilidade funcional, disciplinar ou administrativa. É certo que, se um membro do Ministério Público, ainda que de boa-fé, errou ao denunciar alguém, porque não leu bem as provas, porque deixou de realizar uma diligência ou de considerar um elemento de convicção, então esse membro pode merecer responsabilização funcional. A Corregedoria-Geral do Ministério Público deverá investigar por quê ele agiu mal, por quê não fez a diligência que deveria ter feito, por quê perdeu o prazo, por quê causou dano. O membro poderá responder por tudo isso, sob o aspecto administrativo, ainda que não tenha agido nem com dolo nem com fraude, mas poderá advir responsabilidade administrativa. O que não me parece cabível é responsabilizá-lo civilmente em caso de mera culpa, porque isso poderia coarctar a ação da própria instituição.

Em relação às hipóteses de culpa — adentramos agora no exame da segunda questão — se o agente político praticar uma ação dentro das suas atribuições, mas se tiver agido com culpa, o Estado responderá objetivamente, é a teoria do risco administrativo. O lesado não vai precisar discutir a culpa do membro do Ministério Público, do Juiz, do Prefeito; vai discutir apenas se houve o dano, provando sua existência e sua autoria, e o nexos causal. Mas o Estado, se vier a ser condenado, terá ação regressiva contra o agente, salvo se se tratar de agente político, pois o sistema estende a este a indenidade no tocante à responsabilidade por culpa.

Quando o Juiz vai sentenciar, não consultará o tribunal sobre o que deve fazer. O simples fato de deter independência funcional aumenta a possibilidade de que possa errar; mas, em compensação, confere-lhe maior poder para decidir de acordo com a lei e sua consciência. Daí, para bem se desincumbir desse poder, é garantido pela indenidade. Por isso, não haverá ação de regresso nem contra o Ministério Público, que é o braço do Estado, nem contra o agente político em caso de culpa; nesse caso, haverá responsabilidade do próprio Estado, mas não haverá regresso.

E a terceira pergunta formulada pelo Dr. Marlon é muito oportuna. Sobre a hipótese, o Dr. Moacir já me tinha alertado, pouco antes da reunião. Trata-se de discutir se a instituição do Ministério Público poderia intervir no processo assistindo o réu no pólo, evidentemente, passivo, atuando até mesmo como litisconsorte. Seria isto possível ou não? Em tese, creio possível, desejável, talvez até necessário.

Uma ação movida contra um membro do Ministério Público, em razão de ato praticado no exercício de suas funções, pode visar a intimidar o membro do Ministério Público ou a embaraçar o próprio exercício da atuação ministerial. Se o escopo for esse, a ação poderá estar em busca de elidir garantias constitucionais da instituição.

Ademais, se um membro do Ministério Público, ainda que de boa-fé, é responsabilizado em juízo porque errou ao denunciar um inocente, logo teremos de responsabilizar, também, o juiz que, de boa-fé, recebeu a mesma denúncia ou condenou o mesmo inocente. Se qualquer agente públi-

co estiver sendo responsabilizado pelo exercício regular de funções de soberania do Estado, haverá interesse público na solução dessa lide, a justificar a intervenção ministerial.

- Dr. André de Carvalho Ramos:

Agora vou passar a palavra ao colega Pedro Barbosa.

- Dr. Pedro Barbosa (São Paulo):

Boa noite Professor. Primeiro, quero pedir ao senhor a autorização para tocar em um assunto que está ligado às causas dessa tentativa de responsabilização pessoal dos membros do Ministério Público, ou seja, a questão que o senhor abordou quando o senhor, no início da exposição, falou sobre alguns fatos que levaram a essas responsabilidades de natureza civil, administrativa etc... Eu queria saber, Professor Mazzilli, qual a sua visão sobre a possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público. Como é que o senhor vê esta questão na jurisprudência e se acredita haja uma tendência favorável à consolidação dessa possibilidade, apesar de o estatuto constitucional do Ministério Público expressamente não dar esta função aos membros do Ministério Público.

- Professor Hugo:

O Dr. Pedro Barbosa coloca o dedo num dos pontos mais delicados da atuação do Ministério Público moderno. A Constituição conferiu ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal, atribuiu-lhe o controle externo da atividade policial, mas não falou uma só palavra sobre a possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público. E mais: as leis infraconstitucionais também não avançaram suficientemente nesta matéria.

O Código de Processo Penal dá ao Ministério Público o poder de requisição. Essa requisição, o Ministério Público pode exercitar diretamente; não precisa requerê-la ao Juiz, nem requisitá-la por meio da autoridade policial. A Lei da Ação Civil Pública e outras leis também aludem ao poder direto de requisição ministerial. Também a Constituição lhe permite expedir requisições e notificações, nos procedimentos de sua competência, não as limitando a qualquer tipo de área, o que significa alcançarem quaisquer áreas de sua atuação funcional. Mas, de fato, falta ainda que a legislação infraconstitucional explicita mais claramente o que espera do Ministério Público no seu papel de titular privativo da pretensão punitiva estatal.

Enquanto a legislação infraconstitucional não faz isto, surgem as inevitáveis indecisões, as controvérsias judiciais e os posicionamentos jurisprudenciais mais diversificados. Já vi, e os senhores também, posicionamentos que sustentam que a investigação criminal é exclusiva da Polícia. Diz-se que o art. 144, § 1º, IV, da Constituição, confere à Polícia Federal a exclusividade no exercício das funções de polícia judiciária da União. *A contrario sensu*, argumentam alguns que, mantido o princípio da simetria, a Polícia Estadual teria, então, exclusividade das investigações criminais que não fossem de interesse da União.

A leitura desse dispositivo constitucional deve ser diversa. A Constituição não quis conferir exclusividade à Polícia para investigar crimes, tanto assim que as Comissões Parlamentares de Inquérito não raro investigam crimes; os Tribunais de Contas não raro apuram crimes; o Ministério Público investiga danos a diversos interesses que também podem consistir crimes, como em matéria ambiental, do consumidor ou do patrimônio público; o Juiz Corregedor também acaba investigando crimes funcionais. O Código de Processo Penal contém dois dispositivos, em vigor incontestemente há décadas, que bem demonstram que o inquérito policial é inteiramente dispensável para o exercício da ação penal: o art. 12 (o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra) e o art. 40 (quando, em autos ou papéis de que conheceram, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia). Assim, o Ministério Público pode basear a imputação penal em quaisquer elementos de convicção idôneos que lhes cheguem às mãos, como cópias de processos, documentos por ele requisitados diretamente, informações colhidas pela própria instituição ou fornecidas por terceiros.

Sem dúvida, no sistema hoje vigente, o inquérito policial é muito importante, é útil, normalmente dele se vale o Ministério Público. Mas a investigação criminal não é privativa da Polícia por vários motivos.

Em primeiro lugar, porque o art. 144, § 1º, da Constituição, quando diz que a Polícia Federal tem exclusividade no exercício da função de polícia judiciária da União, está apenas querendo dizer que a polícia judiciária da União exclui essa função da polícia estadual. A Constituição está proibindo que a polícia dos Estados exerça a função de polícia judiciária da União; não está impedindo que outros órgãos do Estado investiguem crimes, muito menos vedando que o faça aquele que é o titular privativo da pretensão punitiva estatal. Está apenas dizendo que a polícia estadual não pode exercer as atividades de polícia judiciária da União. Assim, essa suposta exclusividade do poder de investigar crimes não foi instituída pela Constituição; simplesmente não existe.

Em segundo lugar, seria rematado despropósito que a Constituição desse ao Ministério Público a titularidade da ação penal com privatividade, dele fizesse o único órgão estatal que pode propor ação penal pública,

e lhe vedasse os meios eficientes de desincumbir-se desse seu mister, especialmente naqueles casos em que os mecanismos ordinários de investigação dos crimes não funcionassem. Os senhores poderão indagar: mas quando não funcionariam? Deixemos de lado agora exemplos do momento e busquemos exemplos clássicos. Há algumas décadas, tivemos aqui no Estado de São Paulo, a famigerada figura do *Esquadrão da Morte*. Um grupo de policiais, alguns da mais alta hierarquia da polícia, “julgava” e aplicava as “penas”, sem processos, executando na ponta de revólveres quem bem lhe viesse. Estávamos em outra época; em alguns círculos achava-se bonito que policiais, que teriam prestado bons serviços à Ditadura, fizessem isso; a execução de supostos bandidos tinha até certo aplauso popular, a tal ponto que, quando da morte de um dos líderes do *Esquadrão da Morte*, o Governador do Estado foi desfilar, segurando a alça do caixão...

O Ministério Público quis lutar contra isto. Deveria valer-se do inquérito policial? Inquérito policial para investigar delegados de polícia da mais alta hierarquia? Que gozavam da simpatia de governantes? O que o Ministério Público fez? Investigou diretamente os crimes, em colaboração com o Poder Judiciário, e isso foi o começo do fim do Esquadrão da Morte de São Paulo.

Um outro exemplo. Suponham os senhores que uma autoridade, uma alta autoridade do Estado ou da República, esteja envolvida em grave denúncia de improbidade administrativa, como o desvio de dinheiros públicos. Requisitar um inquérito policial a ser instaurado e conduzido pela polícia será problema muito delicado, porque aquela autoridade estadual ou federal poderá ter ascendência hierárquica sobre a polícia.

Não sustento que o Ministério Público deva hoje substituir a investigação policial pela própria. A atividade de polícia judiciária existe; normalmente a polícia faz um inquérito policial aproveitável, para os fins a que se destina; normalmente a polícia trabalha no sentido do interesse comum, que é em defesa da coletividade. Mas, naqueles casos excepcionais em que os próprios policiais estejam envolvidos nos crimes, naqueles casos em que as próprias autoridades que controlam a polícia estejam envolvidas nos crimes, nesses casos, o Ministério Público precisa ter a coragem de fazer as investigações diretamente; precisa ter a coragem de sustentar a sua legitimidade para fazer essas investigações. Esse será o único meio de levar a cabo a sua destinação constitucional de promover a correspondente ação penal. Caso contrário, não conseguirá promover ação penal alguma. E os senhores sabem que, na teoria constitucional, se a Constituição deu os fins, dá os meios. Quais são os meios para o Ministério Público exercer a ação penal, se a autoridade investigada controla a polícia? Nesse caso, os meios compreendem a investigação direta. Devemos, assim, valer-mos do art. 129 da Constituição, cujos incisos lhe permitem fazer requisições diretas, presidindo não só inquéritos civis como outros procedimentos administrativos de sua

competência. E, para ter sucesso nessa tarefa, o Ministério Público precisa contar com a indispensável compreensão do Poder Judiciário.

Sei que para que esse caminho tenha êxito, é preciso ter muita prudência. É a segunda vez que lhes falo em prudência hoje. Talvez os senhores estejam me tomando por pessoa tímida. Não me faria justiça essa avaliação. Em minha atuação funcional exercitei todas minhas funções em sua plenitude, e, só para mencionar fatos mais recentes, como membro de Conselho Superior do Ministério Público paulista, cheguei a votar decisivamente no sentido de que fossem processados, entre outros, dois ex-Governadores de Estado por improbidade administrativa. Usei de todos os poderes que a Constituição e as leis puseram nas minhas mãos. Fiz tudo que estava ao meu alcance, mas busquei ao extremo a prudência. Prudência não é medo; prudência é respeito, é cuidado, é juízo, é respeito aos direitos de quem pode ser inocente; é busca do acerto.

Sugiro que os membros do Ministério Público investiguem diretamente, mas com prudência, ou seja, só o fazendo naqueles casos em que possam convencer o Juiz de que bem agiram ao investigarem diretamente. Vamos precisar do Poder Judiciário para nos dar força nessas investigações. Mas, se o Poder Judiciário lavar as mãos e disser que o Ministério Público não pode investigar crimes, em hipótese alguma, então nós teremos um belo artigo na Constituição que não será nada mais que mera letra morta: será o art. 129, inc. I...

- Dr. André de Carvalho Ramos:

Passo a palavra agora ao Dr. Moacir, Subprocurador Geral da República.

- Dr. Moacir Guimarães Moraes Filho (Brasília):

Dentro dessa resposta última que o senhor bem desenvolveu, me veio justamente uma ideia, depois de ter ouvido um debate acirrado sobre os problemas internos do Ministério Público.

Seria possível que o Ministério Público desaforasse um inquérito policial já em fase bem adiantada na polícia, chamando-o para seu âmbito, e prosseguindo na investigação? O que se tem verificado em algumas Procuradorias municipais é a dificuldade do Ministério Público em conviver com a atuação policial. Ora, o policial corrupto evidentemente continua emperrando a atividade de controle do Ministério Público.

Farei, então, duas perguntas. Uma, se é possível desaforar, trazer para o âmbito do Ministério Público, e neste continuar uma investiga-

ção já iniciada pela polícia, ou se é possível desaforá-lo e, embora continuando os autos na polícia, passar as investigações para aquela banda que não é podre. Aí o Ministério Público poderia, com segurança, aproveitar o relatório do inquérito que lhe fosse mais satisfatório?

A outra pergunta refere-se à questão da responsabilidade. No Conselho Superior do Ministério Público, eu já tive a oportunidade de votar duas vezes essa matéria, e então propus, inicialmente, que a defesa dos colegas demandados pudesse ser feita pela Procuradoria-Geral dos Direitos do Cidadão. Na segunda votação, que foi a mais recente, que gerou, inclusive, a designação do Dr. Marlon, eu votei no sentido que a intervenção se fizesse por meio de assistência simples na relação processual, até porque seria uma forma de não vincular o Ministério Público, em princípio, à tese que vai ser apresentada na defesa daquela ação. Então eu pergunto se, dentro dessa perspectiva da indenidade, da inviolabilidade do membro do Ministério Público no exercício de suas funções, como ficaríamos nós no domínio da responsabilização civil? Como ficariam os efeitos civis de uma sentença condenatória, sob o aspecto patrimonial, em relação ao membro do Ministério Público condenado? Seria imprestável como título executivo judicial para executar e o patrimônio do membro do Ministério Público no tocante à reposição de um dano moral?

- Professor Hugo:

Eu queria agradecer as ponderações do Dr. Moacir.

Desde a Lei Complementar federal n. 40/81, que foi a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, já tinha ficado previsto que, em caso de crimes cometidos por membros do Ministério Público, o inquérito policial seria encaminhado ao Procurador-Geral, a quem competiria o seu prosseguimento. Esta possibilidade foi reafirmada no parágrafo único do art. 18 da Lei Complementar n. 75/93 e no parágrafo único do art. 41 da Lei n. 8.625/93.

Tudo reforça, pois, nossas ponderações de que a polícia não é o único órgão estatal encarregado de efetuar investigações criminais.

Suponham os senhores, porém, que a polícia esteja investigando um crime de outra autoridade que não um membro do Ministério Público, e, pela repercussão política, pelos envoltimentos eventuais de policiais com os detentores do poder, o Ministério Público esteja convencido de que a investigação não esteja sendo conduzida de forma isenta. Poderia também aí o Ministério Público requisitar os autos para prosseguir nas investigações?

Hoje não há instrumentos legais que permitam esta requisição. Então, o que se poderia fazer nesse caso? A meu ver, desenvolver uma investigação paralela sobre estes fatos.

Todas essas questões que aqui estamos discutindo, senhores Procuradores da República, dizem respeito a uma história que não está pronta. Trata-se de uma história está acontecendo hoje, que está sendo escrita passo a passo. Não se trata de uma lição que possamos ler no Nelson Hungria ou no Pontes de Miranda. O desenrolar dessa história vai depender muito da seriedade do trabalho do Ministério Público, do cuidado profissional que a instituição tenha, do descortino do Poder Judiciário, e também do tipo de País que nossas autoridades, nossos Parlamentares e nossos Magistrados querem que nós tenhamos nos próximos anos. Essa é a verdade.

De minha parte, sempre tive muito cuidado nas denúncias que dei. Quando eu enfrentava uma tese mais ousada eu a aliava a um caso que a justificasse, porque assim aumentava as possibilidades de êxito. Em casos em que esteja evidente, em que esteja bem claro que policiais ou autoridades estejam envolvidos, como no caso do *Esquadrão da Morte*, se o Ministério Público instaurasse ainda hoje uma investigação direta, teria maiores oportunidades de vê-la referendada pelos tribunais; caso o Ministério Público se dispusesse a investigar crimes que nada justificasse fossem tirados da rotina da polícia, possivelmente esta sua atitude não obteria receptividade nos tribunais. Assim, em casos em que a polícia esteja tendo dificuldades, mas pode levar a cabo sua tarefa, façamos uma requisição aqui, indiquemos uma providência acolá, complementemos uma imperfeição da polícia com uma requisição ou outra, mas não lhe tentemos tomar a condução do inquérito policial, porque o Judiciário nem sempre dá razão às reivindicações do Ministério Público. Mas, nos casos em que a polícia esteja desinteressada ou incapacitada de investigar um crime, a possibilidade de sucesso da iniciativa ministerial direta passará a ser mais efetiva.

Temos de ter estratégia. Vamos investigar crimes, devemos investigar crimes? Sim. Estou dizendo que o Ministério Público pode investigar crimes. Em meu livro *O inquérito civil — as investigações do Ministério Público* (Saraiva, 2000), defendo a possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público; não para que a instituição ministerial dispute hoje o espaço investigatório da polícia, até porque não tem estrutura para isso, ainda até porque, em muitos casos, a polícia investiga bem. Mas, nos casos em que ela investigue mal, aí sim o Ministério Público deve tomar as providências a seu cargo, com boas chances de os tribunais reconhecerem a legalidade do que está fazendo.

Enfim meus senhores, esta é uma história que está acontecendo, é uma história da qual fazemos parte. Vamos ver como nós nos comportamos, incluindo os Juízes. Dependemos muito da visão deles sobre todas essas questões. Devemos procurá-los, convidá-los para reuniões e debates, pois, se a grande maioria deles, assim como a grande maioria do Ministério Público está interessada na melhora das condições culturais, sociais e éticas de nosso país, essa luta haveremos todos de vencer juntos.

A segunda questão que o Dr. Moacir propõe diz respeito ao fato de ter ele submetido ao Conselho Superior do Ministério Público um projeto de Resolução, já acolhido, no sentido de que a própria instituição ministerial deve fornecer supedâneo àquele Procurador da República que esteja sendo acionado em um processo de responsabilidade civil, intervindo na qualidade de assistência simples. Quero louvar a iniciativa do Conselho Superior do Ministério Público por essa iniciativa que me interessou extraordinariamente. Já pedi ao Dr. Moacir em particular, e agora o faço em público, no sentido de que ele me faça a gentileza de me mandar uma cópia desta Resolução. Quando o membro do Ministério Público é colocado como réu numa ação civil, na verdade pode tratar-se de uma tentativa de intimidação da própria instituição.

Reconheço a necessidade de o Ministério Público poder e dever intervir nesses processos com total independência. Dentro da linha de tudo aquilo que venho dizendo, creio ter ficado claro que essas ações de responsabilidade devem ser movidas contra o Estado, não contra o agente político.

Não obstante os percalços que os membros do Ministério Público têm sofrido, eu não poderia deixar de dar uma palavra, também, de louvor ao belo trabalho feito pela instituição. A meu ver, essa é a melhor arma para a defesa do Ministério Público. A melhor arma não é o mero entusiasmo, o mero arroubo. Sem dúvida, o Procurador da República precisa ter a coragem, mas, mais do que isso, o estudo, a disciplina e a maturidade, pois sua responsabilidade é altíssima, já que lida com valores extraordinariamente caros.

- Dr. André de Carvalho Ramos:

Gostaria de dar a palavra à Dra. Ana Lúcia Amaral da Procuradoria Regional da República em São Paulo.

- Dra. Ana Lúcia Amaral:

Hugo, é muito bom tê-lo aqui conosco. Você sempre será um de nós, com certeza.

Eu, às vezes, ensandeco e começo a elucubrar e faço algumas coisas. Você observou muito bem que há uma nítida articulação de intimidação contra o Ministério Público e você citou uma proposta de alteração na Constituição, na linha da responsabilidade.

Depois, a Medida Provisória 2088-35, naquela versão que depois foi alterada na ocasião da edição da medida provisória 2088/36, eu, cá

com meus botões, fiquei imaginando a seguinte situação: a medida provisória é um ato do Poder Executivo, do Presidente da República, e, através desse ato, ele estará impondo limitações ao exercício de uma instituição, dita permanente, com prerrogativas constitucionais. Desta forma, as limitações implicariam em violação dos direitos humanos, na medida em que órgão aparelhado para exercer suas atribuições na defesa dos direitos humanos estaria inibido em sua atuação. Eu, como cidadã, sentindo ter havido violação aos meus direitos humanos, porque eu assumiria um órgão criado para defesa desses direitos, eu me sentiria cerceada. Eu encaminhei uma reclamação para a Comissão Americana de Direitos Humanos, narrando a situação. Embora fosse membro do Ministério Público, era uma cidadã que se sentia violada; eu não sentia que as instituições do País me dariam proteção, porque essa medida provisória dificilmente seria atacada por um dos principais legitimados, que seria a Procuradoria-Geral da República, pois via de regra o Procurador-Geral da República não promove ações contra as medidas provisórias, porque o Procurador-Geral da República é de escolha do Presidente da República, ainda que haja sabatina do Senado.

E mais, eu dizia que as ações diretas de inconstitucionalidade, via de regra, no Supremo Tribunal Federal, não tinham julgamento conclusivo. Eu me vali de uma pesquisa acadêmica sobre ADINs de 1988 a 1998, que mostrava somente uma ADIN que tinha tido julgamento de mérito e que as outras ou tinham liminar que nunca tinham apreciação final, ou nem sequer tinham apreciação liminar. Chegou a ser aberto um procedimento segundo os ritos da Comissão.

Nesse meio tempo, houve a mudança da Medida Provisória, mas, no meu entender, a Med. Prov. n. 2.088-36 mantinha limitações à atuação do Ministério Público. Eu informei a mudança dessa medida provisória, com a nova redação, mas insistia em que eu me considerava ainda em situação de ameaça, porque a instituição continuava sem os devidos instrumentos para sua atuação.

O Governo Brasileiro foi notificado de que existia esta reclamação, porque era minha reclamação, havendo uma outra, apresentada pelo Dr. Filomeno, e a reclamação dele foi anexada à minha. O Governo Brasileiro veio e disse que aquela medida provisória já era objeto de uma ADIN proposta pelo Procurador-Geral. Eu recebi a comunicação disso e respondi que senti que a ameaça aos meus direitos permanecia porque, como havia dito na manifestação anterior, o Supremo Tribunal Federal normalmente não aprecia ADINs. Olha, até hoje permanece sem apreciação uma eventual liminar; além disso, essa medida provisória sofreu outras reedições, o Procurador-Geral até chegou a perder a oportunidade de um aditamento, considerando que não era mais necessário esse aditamento. Eu mandei esta resposta lá para a Comissão Internacional de Direitos Humanos Americana.

Em suma, diante desse projeto de lei aí, Lei da Mordança e coisas paralelas, e a ação concreta do governo brasileiro promovendo ações de

improbidade contra membros do Ministério Público, é muita alucinação da minha parte pensar nesta alternativa? Ausência de decisão da Suprema Corte brasileira numa ação dessa equivale ao exaurimento das vias, dos meios funcionais existentes para proteção dos direitos humanos, que é um requisito para processar a reclamação, é o exaurimento das linhas nacionais. Aí você já pensou nisso? Foi pegado meio na dúvida, parecido como o que eu faço via de regra, via e-mail?

Obrigada.

- Professor Hugo:

Antes de tudo quero homenagear a Procuradora da República Dr.^a Ana Lúcia Amaral pelo trabalho que tem feito, um trabalho incalculável, enorme, de muitos anos, liderando muitas lutas institucionais, especialmente em matéria de ação civil pública. Quero homenagear a coragem institucional que ela sempre demonstrou.

De fato a Dr.^a Ana Lúcia me coloca um problema sobre o qual eu não tinha ainda meditado, nem conhecia os detalhes da sua reclamação. Pareceu-me da exposição que a sua reclamação veio corroborada por outra do Dr. José Geraldo Brito Filomeno, que é o atual Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, um colega a quem respeito, foi meu companheiro de lutas institucionais no Ministério Público paulista. Quando vejo o Dr. Filomeno e a Dra. Ana Lúcia numa luta em conjunto, eu imagino quão respeitável é esta luta, pelo que conheço dos dois.

Penso ser correta a crítica que a Dra. Ana Lúcia faz ao Supremo Tribunal Federal, que não decide inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade. É uma constatação de mais de 12 anos, no curso dos quais, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o Supremo faz um juízo preliminar, um juízo de mera viabilidade de uma liminar, e normalmente a questão morre por aí.

É um desapontamento, para dizer o mínimo. Questões muito sérias, pois dizem respeito à constitucionalidade do ordenamento jurídico, não são resolvidas senão sob julgamento preliminar, por Ministros que se reservam para julgar o mérito e não o fazem por anos a fio, salvo em casos raríssimos. Parece-me que isto é realmente uma falha muito séria, entre outras que existem no Supremo Tribunal Federal, como sabemos. Desejamos que o Supremo Tribunal se volte mais para as questões constitucionais, para as questões de maior alcance social, que exerça mais o seu papel de Poder de Estado, para interferir mais efetivamente na governabilidade do País. Não para efetuar interferências políticas no sentido partidário, é óbvio, pois isto não seria papel do Supremo, mas para exercer todo o poder que lhe foi outorgado na Constituição. Nesse ponto, o Supremo Tribunal fica aquém des-

sas possibilidades. Qual foi a reação que o Supremo teve contra o notável abuso das medidas provisórias? Modéstíssima. Qual a posição que o Supremo teve contra o Plano Collor, que bloqueou de forma claramente inconstitucional todos os ativos financeiros? Modéstíssima e atrasada. Qual o papel que o Supremo teve em inúmeras questões tormentosas da nossa vida política e constitucional, inclusive na questão da destituição do Presidente Collor? Após o empate da votação no Supremo, foram dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça que decidiram a questão... A maior Corte Constitucional, com todas as prerrogativas que tem, não conseguiu resolver se o Presidente da República devia ser cassado ou não! Muitas vezes o Supremo não decide com a brevidade, não decide com a eficiência, não decide com a firmeza que deveria.

É uma pena. Nós esperamos do Supremo Tribunal Federal que ele também, como o Ministério Público, mude. Até certo ponto é compreensível que os Tribunais, pela sua tradição de equidistância, pela sua tradição de isenção, pelo seu distanciamento, é compreensível que demorem mais para reagir aos estímulos da sociedade. Tenho, porém, a esperança de que este processo culmine com o aprimoramento institucional.

Retomando as observações da Dr.^a Ana Lúcia, quero dizer que concordo integralmente com seus comentários formulados a propósito da Medida Provisória 2088/35 na sua redação de dezembro de 2000. Entendo que essa medida provisória do Presidente da República visou claramente a ofender as garantias constitucionais do Ministério Público.

Entretanto, tendo em vista a nova redação da Medida Provisória (2.088-36/01), que entrou em vigor a partir de janeiro do ano subsequente, gostaria de examinar diretamente os fundamentos da representação da Dra. Ana Lúcia para melhor apreender seu posicionamento. Com relação à reedição da aludida medida provisória, vejo nela os mesmos vícios da falta de urgência e da falta de relevância, tão comuns aliás, em inúmeras outras medidas provisórias.

A mera possibilidade do indeferimento da petição inicial da ação de improbidade — objetivada na reedição da medida provisória — é uma questão procedimental que poderia ser disciplinada pelo Código de Processo Civil; poderia ser tratada como mais uma hipótese de inépcia da inicial. Então, não me parece que essa possibilidade, só por isso, cerceie a atuação do Ministério Público.

Mas, à vista do teor da medida provisória de janeiro de 2001, bem como da exposição oral que acaba de ser feita pela Dr.^a Ana Lúcia, não consegui vislumbrar em que a Med. Prov. 2.088-36/01 estaria ainda cerceando o trabalho do Ministério Público. Assim, sem maior estudo, não gostaria de opinar a respeito.

Realmente gostaria de ler primeiramente a sua argumentação, Dr.^a Ana Lúcia, como foi lançada à guisa de fundamento da representação,

porque, no tocante ao texto original da Medida Provisória 2.088-35/00, estamos de acordo; mas, com relação à versão imediata, n. 2.088-36/00, embora padecendo de alguns defeitos ainda capitais, mesmo assim parece-me que esmaeceu em muito o cerceamento que se tentaria impingir ao Ministério Público.

- Dr. André de Carvalho Ramos:

Como não há mais inscritos, e em virtude do adiantado da hora, como não haverá mais inscrição, eu gostaria, novamente, de agradecer ao Dr. Hugo Nigro Mazzilli.