

Princípios institucionais
do Ministério Público brasileiro (*)

Hugo Nigro Mazzilli¹

Sumário: O artigo examina os princípios institucionais do Ministério Público brasileiro: unidade, indivisibilidade e independência funcional. *Autonomia* funcional não se confunde com a independência, pois consiste na liberdade que o Ministério Público tem de exercer seu ofício em face de *outros órgãos do Estado*; já a *independência* funcional é a liberdade que os órgãos e agentes do Ministério Público têm de exercer suas funções em face de *outros órgãos ou agentes da mesma instituição*. Por fim, o artigo procura conciliar a independência funcional dos membros do Ministério Público com a necessidade de se obter atuação harmônica dentro dos fins institucionais.

Abstract: The article examines the institutional principles of the Brazilian Ministério Público: unity, indivisibility and functional independence. Functional autonomy should not be confused with independence, since it consists in the freedom whereby prose-

(*) Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>. Artigo publicado na *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 731 jan./2013 – abr/2013, p. 9, com atualizações feitas em ago. 2013.

1. Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Ex-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, Procurador de Justiça aposentado, Diplôme supérieur d'études françaises (Université de Nancy-II), Consultor jurídico, Advogado, hmazz03@terra.com.br.

cutors exercise their functions in view of other organisms of the State, whereas the functional independence is the freedom whereby they exercise their functions in view of other agents in the same institution. The article aims at reconciling the functional prosecutor's independence with the need to harmonically work within the institutional purposes.

Palavras-chave : Ministério Público brasileiro / autonomia e independência funcional / atuação harmônica / planos de atuação funcional / papel do Conselho Nacional do Ministério Público

Índice: 1. Introdução; 2. O princípio da unidade e a independência funcional; 3. O princípio hierárquico; 4. A atuação uniforme da instituição; 5. A reestruturação institucional. 6. Os planos de atuação funcional; 7. As recomendações de atuação funcional do CNMP; 8. Conclusão

1. Introdução

Nos albores dos anos 80, a ditadura militar iniciada em 1964 começava a chegar ao fim: a sociedade já se agitava em prol de mudanças, das quais o exemplo mais marcante foi a campanha em prol de eleições diretas (as chamadas *diretas já*), e os próprios militares que tinham tomado o poder já aceitavam fazer a transição para um governo civil. Havia, pois, a expectativa generalizada de uma nova ordem constitucional.

Nesse processo que antecedeu a elaboração da Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro foi capaz de fazer a autocrítica, sabendo identificar e propor suas mudanças. Para tanto, considerou não só os problemas sociais da atualidade, como seus próprios

problemas. Estudou alternativas e levou suas reivindicações adiante, pois suas lideranças estavam conscientes de que, se a própria instituição não as propusesse, de qualquer forma mudanças viriam em relação à instituição. A intenção era, portanto, não deixar que o Congresso constituinte modificasse a seu bel-prazer o Ministério Público nacional enquanto se assistia a isso de braços cruzados; pelo contrário: a intenção era participar ou até promover as mudanças. Assim, enquanto ao fim da ditadura militar de 1964-1984 o País se dava conta de que caminhávamos para uma nova ordem constitucional, o Ministério Público já se reunia em congressos, discutia teses e chegava a um texto nacional de consenso para reforma da própria instituição (Carta de Curitiba, 1986).² Assim, quando instaurada a assembleia nacional constituinte, o Ministério Público levou-lhe suas propostas, previamente discutidas à exaustão.

Depois de um longo trabalho de acompanhamento dos trabalhos constituintes, foi total o sucesso. A Constituição de 1988 foi um marco fundamental na história do Ministério Público brasileiro, ao assegurar-lhe relevo que jamais texto constitucional algum nem de longe tinha conferido à instituição, mesmo no Direito comparado. Pela primeira vez, a Lei Maior disciplinou de forma harmônica e orgânica o Ministério Público nacional e suas principais atribuições, conferindo-lhe garantias de Poder de Estado. A independência e as autonomias da instituição deixaram de ser buscadas como meras vantagens corporativas, para serem alçadas, antes, a condições práticas para o livre exercício de suas funções no Estado democrático de Direito.

2. A Carta de Curitiba consubstanciou o acordo histórico entre as lideranças do Ministério Público nacional a propósito de suas principais reivindicações para a Constituinte; v. seu inteiro teor em <http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/ccuritiba.pdf>; v. ainda nossa tese *A Carta de Curitiba e a Constituinte* (1987), em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/curitibaconst.pdf> (acesso em 17-07-2013).

O Ministério Público tornou-se instituição permanente, cujos *fins* incluem o zelo pelo regime democrático e pelos mais altos valores sociais, nestes incluídos, por óbvio, a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e dos individuais indisponíveis, do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. E, para que pudesse desincumbir-se desses misteres, a Constituição conferiu-lhe novos e indispensáveis *instrumentos*, enquanto reforçava suas antigas atribuições: *a)* reafirmou-lhe a tradicional promoção da ação penal pública, mas agora com privatividade; *b)* incumbiu-o de zelar para que os poderes públicos e os serviços de relevância pública obedecessem aos direitos assegurados na Constituição, podendo tomar as medidas necessárias à sua garantia; *c)* atribuiu-lhe o controle externo da atividade policial; *d)* ampliou-lhe o exercício da ação civil pública.

Entretanto, foi também preciso conferir *garantias* ao Ministério Público para que pudesse defender a lei e a sociedade, e não mais o Estado ou seus governantes. Ademais, reconheceu que lhe seria impossível efetivamente defender o regime democrático, combater o crime e zelar para que os próprios Poderes de Estado respeitassem os direitos assegurados na Constituição, se continuasse a depender apenas do Poder Executivo para se preparar para agir — ou seja, não poderia mais depender apenas das investigações policiais. Assim, a Constituição assegurou ao Ministério Público o poder investigatório direto, com a instauração do inquérito civil e de outros procedimentos administrativos a seu cargo, bem como com a expedição de notificações e requisições para investigar diretamente e preparar-se para as ações civis ou penais públicas consequentes.

Sob o aspecto institucional, a Lei Maior afirmou-lhe, ainda, as *autonomias* (funcional, administrativa e financeira), e, sob o aspecto funcional, aboliu o princípio hierárquico, ao consagrar o princípio oposto — o da *independência funcional*.

Todavia, para assegurar a plena dedicação de seus membros às funções, a Constituição também lhes trouxe as *vedações* que entendeu necessárias, em razão do que lhes proibiu o exercício da advocacia, bem como de outras funções públicas, e lhes interditou o exercício da atividade político-partidária, entre outras proibições.

Com o mesmo escopo, foi mister ainda cogitar de impor *controles* à instituição e a seus agentes. A Constituição exigiu a participação da Ordem dos Advogados do Brasil nos concursos de ingresso à carreira, bem como deu aos Poderes Executivo e Legislativo a investidura e a demissão dos chefes do Ministério Público. Submeteu os agentes da instituição aos crimes de responsabilidade. E, agora por meio de Emenda Constitucional de 2004, instituiu-se o controle externo da instituição e de seus membros, a ser realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Assim, apesar da independência funcional e das autonomias da instituição, ou até precisamente por causa delas, podem os membros do Ministério Público ser responsabilizados pelo *exercício irregular* da função: respondem por erros ou abusos que cometam, não só sob o aspecto disciplinar, como também no campo político (crimes de responsabilidade), civil e penal. Têm, porém, indenidade pessoal quando ajam no *exercício regular* das funções: nesta hipótese, mesmo que causem danos a terceiros, só responsabilizam o Estado, pois o contrário seria tolher-lhes a ação, que por escolha da Lei Maior, deve ser a mais livre possível, como é próprio dos agentes políticos.

No tocante ao *controle externo do Ministério Público* instituído em 2004 por meio da Emenda Constitucional n. 45, impõe-se recordar que essa ideia não surgiu apenas durante o exercício do poder de reforma da Constituição. Já nos constituintes originários, havia uma tendência bastante intensa de instituir controle externo sobre o Poder Judiciário e o Ministério Público. De fato, dentre os Poderes de Estado, é o Judiciário o mais hermético, porque totalmente alheio a qualquer forma de controle democrático — seus membros ingressam sob concurso e têm investidura vitalícia, ao contrário dos membros do Executivo e Legislativo, cujo mandato se submete a eleições periódicas. Da mesma limitação de legitimidade democrática sofre o Ministério Público, aspecto que passa a assumir maior relevo a partir de 1988, pois agora ele não só alcançou as mesmas garantias do Poder Judiciário, como ainda detém o exercício direto de parcela da soberania estatal.

Mas por que se diz que o Ministério Público detém parcela da soberania do Estado? É porque exerce a titularidade privativa da ação penal pública, e, nessa condição, cabe-lhe decidir se vai ou não provocar a prestação jurisdicional. Caso decida propor a ação, o Poder Judiciário exercerá a soberania do Estado para dizer se aquele fato é ou não crime. Mas quando o Ministério Público, tempestiva e fundamentadamente, entende que não há base para a imputação, e por isso decide não propor a ação, o próprio Poder Judiciário não pode ordenar que a ação seja proposta. É o Ministério Público que dá a última palavra a respeito, condicionando o exercício do *ius puniendi* estatal, prerrogativa que lhe é assegurada diretamente pela Constituição (ou seja, *é juiz antes do juiz*). A exceção à privatividade ocorre apenas em caso de inércia do Ministério Público — pois aí caberá a ação penal privada, subsidiária da pública. Não havendo inércia, nenhuma pessoa, órgão ou entidade, estatal ou

não, pode substituir-se ao Ministério Público na promoção da ação penal pública, pois o *ius puniendi* é emanção direta da soberania do Estado.

Se o Ministério Público entender que não há base para a denúncia, deverá expender os fundamentos de sua manifestação processual. Segundo o Código de Processo Penal vigente, o controle da não propositura da ação penal ainda é exercido pelo juiz. Trata-se, porém, de controle absolutamente impróprio, pois o juiz chega ao ponto de dizer: *eu não concordo com que a ação não seja proposta; eu quero que a ação seja proposta; então vou encaminhar os autos ao procurador-geral por tais e tais motivos, para que a ação seja ajuizada*. Ora, o juiz não deveria manifestar-se sobre a não propositura da ação, pois, se não há pretensão, não há jurisdição; deve, sim, manifestar-se quando a ação é proposta, ou quando provocado pelas partes se uma ilegalidade tiver sido eventualmente praticada durante a investigação. Mas o sistema, absurdamente ainda em aplicação no País, permite que, quando o Ministério Público decide não propor a ação penal, o juiz não aceite o arquivamento e peça ao procurador-geral que a proponha... Completa o absurdo o art. 28 do Código de Processo Penal ao dizer que, se o chefe do Ministério Público insistir no “requerimento” de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, o juiz será “obrigado” a atendê-lo... Ora, requerimento não é; trata-se, antes, de ordem de arquivamento que o juiz não poderá recusar-se a cumprir. A lei apenas se valeu de eufemismo ao falar em requerimento ao qual o juiz *é obrigado a atender*...

Entretanto, ao mesmo tempo em que a Constituição deu ao Ministério Público um relevo jamais conferido, os constituintes originários já se tinham preocupado com a imposição de um sistema de freios e contrapesos não apenas sobre o Poder Judiciário, mas tam-

bém sobre o Ministério Público, que alcançara garantias de Poder. Assim, já nos trabalhos constituintes de 1988, por poucos votos não foi desde então criado um controle externo sobre o Poder Judiciário e sobre o Ministério Público.

Todavia, aquilo que o constituinte originário não fez em 1988, a chamada *Reforma do Judiciário*, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, acabou fazendo em 2004, ao criar o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, aquele para controle dos órgãos do Poder Judiciário, este para controle dos órgãos do Ministério Público nacional.

Sob o ponto de vista acadêmico, parece-nos não possa o poder constituinte derivado criar limitações e controles tais sobre um Poder de Estado, como é o caso do controle instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, pois isso seria próprio do poder constituinte originário. De fato, o novo controle alterou significativamente o equilíbrio entre os Poderes, submetendo a própria cessação da investidura dos integrantes do Judiciário ao novel Conselho, de que participam pessoas indicadas por outros Poderes e órgãos. Entretanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, admitiu a constitucionalidade desses novos Conselhos (ADIn n. 3.367, julgada em 2005).

Deixando de lado, porém, a questão teórica, insta dizer que, sob democracia, controles externos são salutares, pois fazem parte do sistema de *freios e contrapesos*. O que normalmente provoca mais polêmica é a forma de exercitar o controle.

Pela natureza eletiva dos cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, no Brasil o povo já exerce diretamente controle sobre os respectivos agentes, escolhendo, aprovando ou rejeitando periodicamente seu exercício nas funções públicas. Entretanto, sobre o

Poder Judiciário e o Ministério Público, não existe qualquer controle eletivo da população, nem sobre a investidura ou a duração da investidura de seus integrantes, nem sobre o exercício de suas funções.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 criou, pois, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como para o controle do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros. Já havia, porém, algumas formas de controle externo sobre Ministério Público e Magistratura mesmo antes da promulgação da EC n. 45/2004. Cuidemos apenas de demonstrá-lo no tocante ao Ministério Público: *a*) a atividade funcional do procurador-geral submete-se a controle externo no processo de investidura, *impeachment* e destituição; *b*) no concurso de ingresso há a salutar participação da Ordem dos Advogados do Brasil; *c*) a Constituição tempera a privatividade da ação penal pública com a ação penal subsidiária por parte da vítima ou sucessores, para contraste da inércia ministerial; *d*) a legitimidade do Ministério Público nunca é exclusiva para as ações civis públicas, o que permite seja sua eventual omissão suprida por órgãos governamentais, pelas associações civis e até pelo cidadão, por meio das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações civis públicas, ou, no último caso, por meio da ação popular; *e*) em todos os atos de suas *atividades-fim* junto ao Poder Judiciário, a atuação ministerial é contrastada pelas partes e seus procuradores e pelas autoridades jurisdicionais; *f*) em todos os atos de suas *atividades-meio*, os órgãos do Ministério Público recebem controle orçamentário dos tribunais de contas e do Poder Legislativo; *g*) os cidadãos podem promover responsabilidades dos membros do Ministério Público por meio da ação popular; *h*) há controle recíproco entre os diversos Ministérios Públicos, pois eles detêm legitimidade concorrente e

disjuntiva em diversas ações, ou podem agir em litisconsórcio,³ sendo que o Ministério Público Federal, par a par com o dos Estados, em alguns casos poderá interpor recurso extraordinário das decisões da Justiça dos Estados, e os Ministérios Públicos dos Estados podem, em alguns casos, atuar junto a Cortes federais.⁴ De fato, não permitir que o Ministério Público Estadual atuasse junto a estas Cortes seria vedar-lhe acesso à Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça, criando uma espécie de subordinação hierárquica entre o Ministério Público estadual e o federal, e cerceando a autonomia do primeiro.⁵ Nessa linha, o plenário do Supremo Tribunal Federal corretamente já admitiu que o procurador-geral de Justiça de um Estado ali fizesse sustentação oral.⁶

Assim como já ocorre sobre o Poder Judiciário ou sobre quaisquer Poderes ou instituições do Estado, também sobre o Ministério Público deve mesmo existir alguma forma de controle externo, não para cercear a independência e a liberdade funcionais da instituição ou de seus agentes, mas para assegurar que estes prestem contas ao Poder Legislativo, à imprensa e à coletividade não só sobre o exercício das atividades-fim (como a promoção da ação penal ou da ação civil, em defesa dos valores que lhe incumbe zelar), como também sobre o exercício das atividades-meio (como as decorrentes da autonomia administrativa e financeira). Não é por outro motivo, aliás, que a Constituição supõe publicidade e transparência nos órgãos públicos, só obstada em casos excepcionais, em que possa resultar prejuízo à privacidade das pessoas ou à coletividade.

3. A propósito, v. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 26ª ed., Saraiva, 2013, Cap. 18.

4. LOMPU, art. 37, parágrafo único.

5. AgRg no AgRg no AREsp n. 194.892-RJ, 1ª Seç. STJ, j. 24-10-12, v.u., rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe*, 26-10-12.

6. QO no RE n. 593.727-MG, STF Pleno, j. 21-06-12, m.v., rel. Min. Cezar Peluso, *DJe*, 28-06-12.

Em busca, portanto, de mais amplo controle externo, a EC n. 45/2004 criou, à semelhança do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B), o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A). Deu-lhes natureza exclusivamente administrativa, e, no tocante ao Conselho Nacional do Ministério Público, destinou o colegiado ao controle da atuação administrativa e financeira de todos os ramos do Ministério Público brasileiro, bem como ao controle do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

O objetivo deste estudo ora consiste em discutir aspectos ligados ao poder fiscal desse órgão, pois, se de um lado a emenda constitucional conferiu ao Conselho Nacional do Ministério Público o poder de controle, de outro também assegurou aos diversos ramos da instituição a autonomia funcional e administrativa, bem como impôs o princípio da independência funcional na instituição. Mais especialmente, pretendemos aqui discutir se o Conselho Nacional pode impor regras, metas ou planos de atuação na atividade-fim para os vários ramos do Ministério Público brasileiro. Caber-lhe-ia estabelecer diretrizes para a atuação funcional dos membros da instituição, em suas atividades-fim? Em nome do princípio institucional da unidade, caber-lhe-ia o planejamento estratégico nacional para o Ministério Público brasileiro como um todo, ou para cada um de seus ramos específicos, dentro de uma política institucional voltada para a sociedade?

Afinal, poderia ser dito, a Constituição também assegura como princípios institucionais do Ministério Público a unidade e a indivisibilidade; assim, como os vários ramos do Ministério Público nacional não têm chefia única, não seria próprio e até desejável que ao Conselho Nacional do Ministério Público coubesse a tarefa de uniformizar a ação institucional do Ministério Público em todo o País?

São precisamente essas questões que nos propomos ora a discutir.

2. O princípio da unidade e a independência funcional

É tarefa delicada estabelecer os exatos contornos dos princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público. Começemos por lembrar que, em vez da regra que hoje consta do art. 127, § 1º, da Constituição (que consagra, como princípios institucionais do Ministério Público, a unidade, a indivisibilidade e a *independência funcional*), durante os trabalhos constituintes chegou a ser proposto que os princípios institucionais seriam unidade, indivisibilidade e *hierarquia*, e o próprio Anteprojeto Afonso Arinos falava em independência funcional “sem prejuízo da unidade e da indivisibilidade da instituição” e, ao cuidar da inamovibilidade, alçava o poder de designação do procurador-geral a limites incontroláveis.⁷ Só isso já mostra que, quando se fala em unidade e indivisibilidade funcional, para uns, o consectário lógico é a hierarquia — como no modelo clássico do *parquet* francês;⁸ entretanto, para outros, posto se fale nas mesmas unidade e indivisibilidade, a estas se justapõe a independência funcional, particularidade do Ministério Público brasileiro. Na disputa entre os dois modelos, na Constituinte de 1988 venceu o da independência, preferido pelo Ministério Público nacional desde a Carta de Curitiba (1986). Assim, por sua própria reivindicação, na Constituição prevaleceram os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, ou seja, exatamente o oposto à hierarquia.

Unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; *indivisibilidade* significa que esses membros podem ser substitu-

7. Art. 313, I e II, do Anteprojeto Afonso Arinos.

8. Ou, como lá se costuma dizer, *la parole est libre, mais la plume est servante*.

idos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida na lei.⁹ Entretanto, se podemos admitir a unidade abstrata de *ofício* do Ministério Público, não existe unidade de seus *ramos* nem indivisibilidade efetiva de *funções*. Unidade funcional alguma existe entre Ministérios Públicos de Estados diferentes e os da União, nem entre esses e os Ministérios Públicos junto aos tribunais de contas; indivisibilidade alguma existe entre funções tão díspares cometidas a uns e outros.

E o que é *independência funcional*? Para compreender corretamente o princípio da independência funcional, cumpre, primeiramente, distingui-lo da autonomia funcional. A autonomia funcional é da *instituição* do Ministério Público, ou seja, consiste na liberdade que tem de exercer seu ofício em face de *outros órgãos do Estado*, subordinando-se apenas à Constituição e às leis; já a independência funcional é atributo dos órgãos e agentes do Ministério Público, ou seja, é a liberdade que cada um destes tem de exercer suas funções em face de *outros órgãos ou agentes da mesma instituição*, subordinando-se por igual à Constituição e às leis. Assim, por exemplo, em razão da autonomia funcional, o Ministério Público dá a última palavra sobre a não promoção da ação penal pública, o que condiciona o conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário (Cód. de Processo Penal, art. 28); mas é em razão da independência funcional que um procurador de Justiça pode propugnar pela absolvição de um réu, mesmo que seu colega de instituição tenha apelado em favor da condenação.

Entretanto, se independência funcional significa liberdade para tomar decisões dentro dos limites da lei, isso não significa arbítrio. Não pode cada membro do Ministério Pú-

9. V. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 132 e s., 7ª ed., Saraiva, 2013.

blico, invocando a independência funcional ou seu papel de defensor do regime democrático, escolher que leis quer cumprir, e que leis não quer cumprir.¹⁰ Nem o Ministério Público nem o Poder Judiciário têm legitimidade para dizer quais as regras que deveriam existir no País. Com Calamandrei, cabe dizer que, se o Ministério Público adverte que a lei foi violada, não lhe pode ser consentido abstenha-se de acionar ou de intervir para fazer com que a lei se restabeleça,¹¹ a não ser que — e o acréscimo é nosso — a própria lei lhe permita agir sob critérios de oportunidade e conveniência (como na transação penal do art. 98, I, da CF, ou no compromisso de ajustamento de conduta da Lei n. 7.347/85). Em outras palavras, *identificando o órgão do Ministério Público uma hipótese em que a lei lhe imponha agir*, não tem como não o fazer. Embora tenha liberdade para apreciar se ocorre hipótese de agir, *identificada esta*, não se pode recusar a fazê-lo, seja para propor a ação, seja para recorrer, seja mesmo para produzir uma prova ou praticar qualquer ato do ofício. Assim, a quebra do dever de agir é violação do princípio da obrigatoriedade, e ocorre não apenas quando o promotor diz que *é caso de agir, mas não age*, como também quando, por negligência ou dolo, diz *não ser caso de agir embora o exame do caso concreto evidencie, acima de dúvida, que a ação do Ministério Público era exigível*. Esta observação é necessária, para não darmos pretexto a que o dever de agir seja violado impunemente, apenas mudando-se a fundamentação da inércia (bastaria que o promotor se recusasse a agir dizendo que *não identifica a hipótese de agir...*). Assim, tanto viola o dever de agir o promotor que diz: *aqui há crime na sua materialidade, são claros os indícios de autoria, não está extinta a punibilidade, não ocorre causa de isenção de pena nem excludente do crime, o agente não é*

10. V. nosso *O acesso à Justiça e o Ministério Público*, p. 74, 6ª ed., Saraiva, 2013.

11. Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, § 126, 2ª ed., Pádua, Cedam, 1943.

inimputável, a lei exige que eu aja, mas ainda assim não vou agir, como aqueloutro que, por negligência ou dolo, não vê ou diz que não vê, ou simplesmente não quer ver o crime que está acima de dúvida evidenciado nos autos, e assim mesmo diz: não vou agir. Pouco importa que diga: reconheço ser caso em que a lei exige que eu aja, mas, fundado na liberdade funcional, não vou agir, ou que diga: não identifique hipótese de agir e por isso não vou agir. Se em ambas as situações a hipótese de agir decorrer clara em concreto, a recusa será abusiva.

Se em princípio é lícito que o membro do Ministério Público não aja quando não identifique hipótese em que a lei torne obrigatória sua atuação, não menos verdade é que, para admitir a licitude de sua recusa, deve estar fundada em adequados elementos fáticos e jurídicos. A liberdade e a independência funcionais existem, mas não se pode invocar levemente uma ou outra para justificar posições estritamente arbitrárias ou pessoais. Não pode o membro do Ministério Público invocar como um *bill* de indenidade sua suposta *liberdade para violar a lei*, sob pena de cairmos em petição de princípios: se em nome de um conceito absoluto de liberdade eu não pudesse cercear alguém, então eu também não poderia cercear nem mesmo quem violasse a própria liberdade... Ora, essa interpretação, sustentada em nome da liberdade, importaria afinal em negá-la.

É por isso que a liberdade e a independência funcionais são apanágios dos agentes políticos, não para tomarem a lei nos dentes e dela fazerem o que bem queiram, e sim para que, nas esferas de suas atribuições, tomem responsabilmente as decisões últimas do Estado em matérias que a Constituição e as leis puseram em suas mãos. E nunca de forma arbi-

trária, mas sim sempre subordinados ao ordenamento jurídico, sujeitos, portanto, a um rigoroso mecanismo de controle e de responsabilidades.

Em suma, os *membros* do Ministério Público (promotores e procuradores de Justiça, procuradores da República, procuradores do Trabalho, procuradores do Ministério Público Militar, procuradores do Ministério Público de Contas) e os *órgãos* do Ministério Público (incluindo os órgãos unipessoais ou os colegiados, como o Conselho Superior ou o Colégio de Procuradores), *no exercício da atividade-fim*, só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis. Exceto quando a própria lei o imponha (como nos casos do art. 28 do Cód. de Processo Penal ou do art. 9º da Lei n. 7.347/85, em que agem por delegação), não podem receber ordens funcionais como *proponha a ação*, ou *recorra*, ou *peça a condenação ou a absolvição neste ou naquele caso*, ou *sustente esta tese e não aquela*. Entretanto, quando se trate da prática dos *atos da atividade-meio*, aqui devem seguir as instruções e regulamentos das autoridades administrativas competentes, como ao realizar despesas orçamentárias, ao expedir atos de promoções ou remoções etc.

Os órgãos do Ministério Público não estão obrigados a observar atos normativos, resoluções, portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da administração no que diga respeito ao mérito do que devam ou não fazer nos atos da atividade-fim; aqui, é irrestrita a liberdade funcional. Essa característica decorre da natureza jurídica da relação que existe entre os membros do Ministério Público e a instituição a que pertencem. Os membros do Ministério Público são *agentes políticos* — ou seja, órgãos independentes do Estado, situados no topo da esfera hierárquica de suas áreas de competência, como o são os membros do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

rio.¹² Entretanto, reitere-se, no exercício da atividade-meio, devem seguir os atos regulamentares das autoridades administrativas competentes (se é caso de comunicarem o ajuizamento de alguns tipos de ações, se devem fazer relatórios do movimento da promotoria, como devem realizar e comprovar as despesas da unidade etc.).

Assim, quando a Constituição diz que são princípios institucionais do Ministério Público a unidade e a indivisibilidade, ela já os limita imediatamente com a independência funcional; com isso, reduz a unidade e a indivisibilidade às características próprias do Ministério Público brasileiro. Até mesmo é caso de questionar se teria agido com acerto o constituinte ao inserir no bojo da Lei Maior os princípios da unidade e da indivisibilidade, limitados assim que foram a expressão tão peculiar. Lembremos, aliás, que, antes de terem sido inseridos em sede legislativa, os princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público tinham apenas caráter doutrinário — e com esse caráter talvez devessem ter sido mantidos. De onde foi que a Constituição tirou a assertiva de que o Ministério Público brasileiro seria uno e indivisível? Não foi da Carta de Curitiba (1986), pois o próprio Ministério Público nacional já tinha recusado o confuso apotegma, que foi trazido para a legislação brasileira pela Lei Complementar 40/81. Mas de onde a própria Lei Complementar 40/81 tirou essa assertiva? Tirou-a da doutrina local, que, influenciada pela doutrina francesa, falava num Ministério Público uno e indivisível — e, coerentemente, hierarquizado. Ora, a doutrina francesa era calcada num *Estado unitário*, onde o Ministério Público era supostamente uno e o procurador-geral concentrava nas mãos o poder de avocação e delegação; assim, lá era praxe falar-se em *parquet* uno e indivisível e mais, hierarquizado; con-

12. Nesse sentido, v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 26ª ed., p. 71-73, ed. Malheiros.

tudo, mesmo no Ministério Público francês, a concepção de unidade e indivisibilidade do Ministério Público já vinha sendo entendida em termos e não em valor absoluto.¹³

A doutrina brasileira há muito viera repetindo esses princípios sem maior crítica, pondo em relevo a chefia da instituição (princípio da unidade e da hierarquia), bem como destacando a suposta unicidade da função (a permitir a substituição, a delegação e a avocação). Isso se explica porque, desde os códigos napoleônicos do começo do século XIX, a cultura francesa teve difusão muito grande no mundo ocidental, e, na área do Direito, isso teve maior impacto principalmente nos países de tradição cultural semelhante, baseados no Direito Romano. No Brasil, isso não foi diferente, sem que se atentasse, porém, para as peculiaridades locais. No Brasil, *Estado federado*, esses princípios do Ministério Público francês precisavam ser repensados, para que pudessem ser compreendidos de acordo com a nossa realidade. E isso só começou a ser feito a partir da Carta de Curitiba (1986).

Consequentemente, a Constituição de 1988, ao lado dos princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público brasileiro, longe de inserir o princípio hierárquico, ao contrário, recusou-o de maneira tão forte e expressa, que, em vez de apenas omiti-lo, registrou, ao contrário, ser princípio institucional do Ministério Público o da “independência funcional”. Superou, portanto, os conceitos clássicos de unidade e indivisibilidade, pois que a chefia do Ministério Público passou a ser apenas administrativa, agora sem caráter hierárquico funcional.

13. Michèle-Laure Rassat, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, p. 83, Paris, Lib. Gén. de Droit et de Jurisprudence, 1967; Alfredo De Marsico, *Diritto processuale penale*, p. 74, Napoli, Eugenio Jovene, 1966.

É preciso, pois, dar adequada dimensão aos conceitos de unidade e indivisibilidade, em face das peculiaridades de nosso Ministério Público.

3. O princípio hierárquico

Foi lenta a superação do princípio hierárquico no Ministério Público brasileiro.

Em vista de sua formação histórica, nascida dos procuradores do rei, era muito natural que, por muito tempo, a instituição ficasse encarregada da defesa dos interesses da Coroa, tanto na área patrimonial como na persecução criminal. Como advogados do rei, podiam ser escolhidos e demitidos *ad nutum*, estando estritamente sujeitos ao princípio hierárquico.

Essas raízes históricas influenciaram o Ministério Público moderno por séculos. Foi natural que, em muitos constituintes de 1988, surgisse a ideia de manter, entre os princípios institucionais do Ministério Público, o da unidade, o da indivisibilidade e, conseqüentemente, o da hierarquia. Entretanto, de acordo com conquista já advinda desde o art. 16 da Lei Complementar n. 40/81, reafirmada no art. 5º, I, da Carta de Curitiba de 1986, a independência funcional foi reivindicação do próprio Ministério Público brasileiro. Assim, o que prevaleceu na Constituinte foi o oposto do princípio hierárquico: a par dos já tradicionalmente mencionados princípios da unidade e da indivisibilidade, o § 1º do art. 127 da Constituição consagrou a independência funcional.

Apesar da clareza do texto constitucional, creem alguns que o princípio hierárquico ainda subsista, tanto que o art. 28 do Código de Processo Penal permite que o procurador-geral, como chefe do *parquet*, mande propor a ação penal pública. Entretanto, não é bem

assim. Primeiro, é excepcional a possibilidade de o procurador-geral rever um ato da atividade-fim de um órgão do Ministério Público: o poder de revisão não é regra, e sim só ocorre em situações legais específicas, como na revisão do arquivamento de inquérito policial (CPP, art. 28) ou de inquérito civil (Lei n. 7.347/85, art. 9º). Depois, essa revisão em nada fere a independência funcional dos membros do Ministério Público. A independência funcional é a possibilidade que a lei confere ao agente político de tomar decisões originárias na sua esfera de atribuições; essa possibilidade o órgão do Ministério Público detém ao decidir se propõe ou não uma ação; contudo, não é porque detém independência funcional, que sua decisão não possa submeter-se à revisão; pelo contrário. O controle é saudável, e até mesmo atos de Poder são sujeitos a revisão interna ou controle externo: a sentença do juiz pode ser reformada em grau recursal; o veto do chefe do Executivo pode ser rejeitado pelo parlamento. Numa democracia, não deve haver poder sem controle. Ninguém nega que o juiz tenha independência funcional quando absolve ou condena; contudo, suas decisões sujeitam-se a recursos, e o tribunal pode cassar a sentença e substituir o *decisum*, mandando prender aquele que o juiz absolveu. E, quando baixarem os autos, o juiz estará obrigado a expedir mandado de prisão contra a pessoa que ele próprio julgou inocente, pois não há humilhação alguma em submeter-se à lei.

É o caso de lembrar precedente ilustrativo de quando éramos Promotor de Justiça de primeira entrância, em Santa Fé do Sul. Em 1978, recebemos um inquérito policial; depois de estudá-lo, concluímos que o indiciado não tinha cometido crime algum; requeremos o arquivamento. O juiz fez longa fundamentação para sustentar que havia crime, que o indiciado o tinha cometido, e, pois, deveria ser denunciado, e mandou os autos ao procurador-geral. Veja-se: aquela provável denúncia já estaria recebida antes mesmo de ofertada... era

o próprio juiz que estava pedindo que a ação fosse proposta! Imaginemos um quadro semelhante, agora na esfera civil: o juiz chega a um indivíduo e lhe diz: *você não quer propor esta ação? Não? Mas você está errado, tem de cobrar seu crédito, eu quero processar este réu...* Ora, isso é um absurdo, uma verdadeira teratologia. Apesar disso, o art. 28 do Código de Processo Penal permitia e ainda permite que o juiz faça isso, sem qualquer reação dos tribunais... Então, o juiz encaminhou os autos ao procurador-geral, mas este insistiu no arquivamento. O que fez o juiz? Indeferiu o arquivamento e mandou prosseguir o inquérito policial! Ajuizamos no Tribunal de Justiça de São Paulo um *habeas corpus*, numa época em que era raridade um promotor de Justiça dirigir-se diretamente ao tribunal, e este, acolhendo nossa impetração, cassou a decisão do juiz, para que fosse acatada a ordem de arquivamento emanada do procurador-geral (RT, 508/319).

O Ministério Público detém, pois, a última palavra sobre o não exercício da ação pública; contudo, mesmo que seu ato seja protegido pela autonomia funcional, submete-se a controle, que ora é ainda exercido pelo próprio juiz (CPP, art. 28), ora é exercido, mais corretamente, por um colegiado da própria instituição (Lei n. 7.347/85, art. 9º). Afinal, a lei não teria conferido à instituição o poder de recusar-se a propor uma ação pública, se não tivesse instituído o controle da inércia. Na área criminal, o ideal seria que o controle fosse feito como no arquivamento do inquérito civil, ou seja, por um colegiado da instituição, que tem mais condições de chegar a uma decisão arejada, porque contrastada por eventuais tendências diversas. O órgão colegiado poderia mandar que a ação fosse proposta.

Poderia o promotor assim designado pelo procurador-geral ou pelo colegiado recusar-se a propor a ação? Não. O primeiro promotor, aquele que propendeu pelo arquivamen-

to, toma a decisão originária, com a independência funcional própria aos agentes políticos; o procurador-geral ou o colegiado, conforme o caso, também são agentes políticos e agem com independência funcional, aprovando ou rejeitando o arquivamento; mas o segundo promotor, aquele que vier a ser designado pelo procurador-geral ou pelo colegiado para propor a ação, não agirá como agente político e sim atuará por delegação: a decisão final da instituição já terá sido tomada, incumbindo ao segundo promotor cumpri-la. Ele apenas mencionará, na peça inicial, que, por delegação do procurador-geral ou do colegiado competente, está promovendo aquela ação. É o mesmo que faz o juiz ao escrever nos autos: *em cumprimento ao ven. acórdão do tribunal, expeça-se mandado de prisão* — ainda que tenha de mandar prender aquela mesma pessoa que tinha absolvido antes de ser sua sentença reformada pelo tribunal.

O promotor tem independência funcional para tomar as decisões que a lei pôs em suas mãos; não para recusar cumprimento à deliberação tomada por outro órgão a quem a lei atribuiu a manifestação final da instituição no caso concreto.

Em síntese, afirmada que está a independência funcional dos membros do Ministério Público, a que ficam então reduzidas a unidade e a indivisibilidade institucionais? A que fica reduzido o suposto princípio hierárquico?

A unidade do Ministério Público *enquanto instituição* existe. Podemos dizer que o Ministério Público é uma organização nacional destinada a um fim social, e isso vale para todos os seus ramos. Esse fim é o zelo dos interesses sociais, todos, e dos interesses individuais, quando indisponíveis — é o que faz quando combate o crime e a improbidade administrativa, ou quando defende o meio ambiente e os incapazes. Igualmente, quando o Códici-

go de Processo Penal diz que o Ministério Público oferecerá a denúncia, isso vale para o Ministério Público Federal, para o do Estado do Amazonas ou o do Rio Grande do Sul: há unidade do ofício. Entretanto, sob o ponto de vista administrativo ou funcional, unidade alguma existe entre ramos diversos do Ministério Público brasileiro. Só no Ministério Público da União, há vários ramos, outros Ministérios Públicos há em cada Estado da federação, todos com autonomia funcional e administrativa. E, a par de todos eles, ainda temos Ministérios Públicos ditos *especiais*, que atuam junto aos tribunais de contas, que não estão integrados nem ao Ministério Público dos Estados nem aos da União, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Então, o princípio da unidade precisa ser bem compreendido, ante as peculiaridades do Ministério Público brasileiro. Consideradas as autônias, temos unidade *em cada Ministério Público*. A indivisibilidade da função não existe de um ramo para outro do Ministério Público, de maneira que o agente de um ramo não pode substituir-se a outro agente de outro ramo; e, mesmo num único ramo, a indivisibilidade assegura apenas a possibilidade de substituição dos agentes *na forma da lei*, nunca arbitrariamente nem ao alvedrio do procurador-geral. Desta forma, ficou sepultada na obsolescência a possibilidade de o antigo procurador-geral do rei avocar, designar ou delegar o que quisesse ou quando bem entendesse.

Consequentemente, embora ainda possamos falar em princípio hierárquico nos atos da atividade-meio do Ministério Público, a hierarquia foi sucedida pelo princípio da independência funcional, nos atos da atividade-fim.

4. A atuação uniforme da instituição

Como a Constituição e as leis impõem finalidades a serem desempenhadas pelo Ministério Público, torna-se necessária coerência em sua atuação nacional.

Entretanto, como conciliar as autonomias e a independência funcional no Ministério Público, com uma vontade institucional direcionada a um fim? Como obter atuação uniforme e integrada não só entre os vários ramos do Ministério Público, como também entre os diversos agentes do mesmo ramo?

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que quem tem de assegurar a unidade de fim do Ministério Público não são seus próprios membros, nem os atos regulamentares de cada ramo da instituição, nem o Conselho Nacional do Ministério Público. Cabe à Constituição e às leis fixar os objetivos do Ministério Público, e apenas a elas. Estas é que fixam os limites e os fins da atuação ministerial. Assim, se a lei considera prioridade a criança e o adolescente, a vontade institucional já está afirmada; não pode ser negada pelos órgãos e agentes da instituição, nem pode ser alterada por planos de atuação funcional. Em segundo lugar, para obter atuação mais harmônica e coerente da instituição em seus diversos níveis, é preciso repensar a estrutura administrativa do Ministério Público brasileiro, para atender às atuais exigências sociais.

5. A reestruturação institucional

Começemos pelo aspecto estrutural: quantidade maior de membros do Ministério Público não significa necessariamente maior eficiência. Tomemos, para exemplificar, o Estado de São Paulo. Não precisaríamos de mais de dois mil promotores, com sérios pro-

blemas de logística (acomodação nos fóruns ou em prédios próprios, superposição ou conflitos de atuação etc.). Se continuarmos multiplicando os quadros, não resolveremos os problemas institucionais. Mais desejável seriam menos promotores e mais estrutura, para garantir não só eficiência, como unidade de atuação. Numa comarca com dezenas de promotores do meio ambiente, todos com independência funcional, como obrigá-los a seguir o mesmo caminho? Como elaborar um plano de atuação, e, mais ainda, como conseguir pô-lo em prática, se seus executores são funcionalmente independentes? Se, entretanto, tivéssemos um único promotor do meio ambiente, mesmo numa Capital como São Paulo, a unidade de atuação seria naturalmente conseguida.

Todavia, como seria possível que um só promotor cuidasse de todo o meio ambiente de uma comarca tão complexa como uma Capital? Bastaria que fosse dotado da estrutura necessária. Melhor que dezenas ou centenas de promotores se superpondo ou conflitando, seria contar com um só promotor, mas dotado de estrutura: peritos, advogados, funcionários — pois o promotor não precisa nem deve nem pode *pessoalmente* fazer tudo, desde estudar o caso até digitar a peça processual. Guardadas as proporções, é como o procurador-geral, que tem inúmeras atribuições, a serem executadas por seu gabinete. É, ainda, o que ocorre em toda a Administração: um prefeito, ainda que da Capital, tem seu secretariado. Com a estrutura necessária, um promotor poderia fazer mais do que simplesmente se fosse substituído por dois.

Para mais harmonia na atuação institucional, devemos diminuir os quadros de agentes do Ministério Público. Além de pesados para o Estado, a multiplicidade de agentes, fun-

cionalmente independentes e com atribuições superpostas, gera desnecessários conflitos e reduz a eficiência.

Propomos uma nova metodologia.

Para os assuntos de *interesse geral do Estado*, poderíamos ter um membro do Ministério Público da mais alta instância que tomaria as decisões — porque não um procurador de Justiça? Imaginemos um dano ambiental circunscrito a uma comarca do interior; para as providências institucionais a respeito, teríamos o promotor da comarca. Pensemos agora num dano ambiental que atingisse várias comarcas, ou toda uma região, ou até alcançasse ou ultrapassasse o Estado. Poderíamos ter o *promotor estadual do meio ambiente*. Pode ser difícil encontrar um procurador-geral disposto a ver outro órgão do Ministério Público com atribuições tão amplas que poderiam fazer-lhe sombra... Mas vamos além: a par dos promotores das comarcas, poderíamos ter um promotor *estadual* para cada área relevante, um para a educação, outro para a saúde, outro para o consumidor, outro para as pessoas discriminadas... A população imediatamente saberia quem é o responsável pela política do Ministério Público em cada matéria.

Essas, porém, não podem ser funções vitalícias; segundo a Constituição, só o cargo do membro do Ministério Público é vitalício; não suas funções. A função vitalícia teria sérios inconvenientes: poderia acomodar o promotor ou até criar *reizinhas* — o promotor poderia ficar vinte anos ou mais naquela promotoria, e a concepção do Ministério Público ficaria estagnada nas mãos de uma única pessoa. Para resolver isso, o Ministério Público da União nos dá uma boa solução: em se tratando, por exemplo, do procurador federal dos direitos do cidadão, o artigo 40 da Lei Complementar 75/93 limita o exercício da função a

dois anos. Poderíamos criar sistema semelhante para cada função estadual do Ministério Público, com investiduras feitas pelo Conselho Superior, por tempo certo, ainda que com possibilidade de uma recondução se fosse o caso. Teríamos maior coerência na atuação institucional. Entretanto, é saudável haver periódicas alternâncias dos titulares de funções, para arejamento da instituição.

6. Os planos de atuação funcional

Aprofundemos, agora, a questão das prioridades da atuação funcional do Ministério Público, há pouco apenas esboçada.

Diversas leis de organização dos Ministérios Públicos estaduais instituem planos de atuação funcional, destinados a impor objetivos e diretrizes institucionais. Para esse fim, dispõem que, ouvidos órgãos administrativos da instituição, o plano geral e os projetos especiais devem ser estabelecidos pelo chefe do Ministério Público; já os programas das promotorias devem ser elaborados por elas próprias, ao passo que os programas integrados devem conformar-se com o plano geral.

Não cremos adequado que o procurador-geral possa reunir alguns órgãos ou pessoas para dizer qual é o plano de atuação do Ministério Público para as comarcas do Estado, ou para uma comarca específica, porque o plano de atuação de cada comarca saberá dele quem for promotor lá. E, se amanhã esse promotor sair e entrar outro em seu lugar, este é que saberá. Ele é que estará em contato com a comarca, e não será um plano feito por Conselho Superior, Colégio de Procuradores, Centro de Apoio, Promotoria ou Procuradoria-Geral que vai dizer, a um órgão dotado de independência funcional, o que ele deve fazer no exer-

cício dos atos da atividade-fim. Isso decide ele, pautando-se apenas na lei, e respondendo por isso.

Se na Administração os planos de governo servem para limitar a discricionariedade e garantir continuidade ao serviço público, já, no Ministério Público, a regra é a obrigatoriedade; a exceção é a discricionariedade. O que é obrigatório é aquilo que a lei quer. Nos atos da atividade-fim, o membro do Ministério Público pode discordar das precedências estabelecidas pelo procurador-geral, pelos órgãos administrativos da instituição, ou pelos seus antecessores na promotoria, pois as primazias são apenas as da lei. Se esta diz que são prioridades crianças, idosos e réus presos, ou que o interesse social prepondera sobre o individual — inútil plano de atuação que o repetisse; írrito se o contrariasse.

Mesmo que os chamados planos de atuação funcional fossem elaborados pelas próprias promotorias, ou pelo próprio promotor, isso não os tornaria vinculantes para os promotores que se sucedessem.

Sem dúvida, é desejável e factível a continuidade da atuação institucional; mais que conveniente, é necessária. Contudo, não podemos engessar a atuação local do Ministério Público com planos feitos por quem não os vai executar, para serem cumpridos por quem é dotado de independência funcional... Suponhamos que um promotor assumira uma promotoria, e veja que no plano de atuação funcional ficara estabelecido, por exemplo, que seu foco devesse ser algum aspecto da defesa do consumidor. Ainda que em tese esse seja um objetivo legítimo, pode ocorrer que o promotor conclua que sua prioridade imediata é o destino dos resíduos sólidos, ou o combate à poluição da água que abastece a cidade. Assim, respeitadas as precedências já estabelecidas pela Constituição e pelas leis, no mais ele é que deci-

de a precessão. Os planos administrativos não podem invadir esfera na qual tem liberdade de agir.

É perceptível que o Ministério Público e a própria sociedade estão angustiados com a necessidade de mais harmonia no trabalho institucional, não só para evitar conflitos decorrentes da sucessão de promotores em meio a uma atuação, como para tornar mais eficiente o trabalho institucional. A solução, porém, deve ser buscada de maneira a respeitar os princípios constitucionais. Nunca é demais reiterar: as ordens que o Promotor tem que cumprir já existem; as prioridades já estão estabelecidas *na lei*.

Mesmo na França, modelo de *parquet* tradicionalmente hierarquizado, embora ainda se mantenha o ministro da Justiça como responsável pela política penal determinada pelo governo — o qual, para esse fim, poderá precisar as grandes orientações dessa política, por meio de instruções gerais que venha a publicar —, recentemente já surge forte tendência no sentido de proibir o próprio ministro da justiça de dirigir-se aos procuradores da República para impor-lhes instruções individuais.¹⁴

Mas, se no Brasil o promotor já tem *liberdade* para identificar os problemas de sua promotoria e *independência funcional* para tomar as iniciativas que lhe pareçam apropriadas para a defesa dos interesses a seu cargo, então como dar continuidade à atuação institu-

14. Nesse sentido, v. projeto de lei, apresentado em 27 de março de 2013 pela Ministra da Justiça da França, já promulgado em lei em 25 de julho de 2013, que altera o Código de Processo Penal, ao restringir o poder hierárquico do Ministro da Justiça e Guarda dos Selos sobre os procuradores da República. Em 1999, na Alemanha, aconteceu justamente o contrário, no célebre caso Helmut Kohl, cf. Raoul Muhm, Il caso Helmut Kohl analisi di una corruzione, in <http://www.larchivio.org/xoom/muhm-kohl.htm>, acesso em 23-07-13.

cional, como buscar a unidade de atuação, em casos de licenças, férias, promoção, remoção, aposentadoria?

O sistema deve ser bom o suficiente para *identificar* os problemas e dar-lhes *tratamento*. Qual é o promotor que, havendo ou não plano de atuação funcional, ao chegar à comarca onde vai trabalhar, e diante do problema de lixo urbano de extrema gravidade, qual o promotor que não daria continuidade ao trabalho já iniciado pelo seu antecessor? Aí entram aspectos também disciplinares. Se o novo promotor deixar de dar continuidade ao trabalho do antecedente, no caso concreto pode ser que se esteja omitindo no cumprimento dos deveres. Pode ser que esteja sendo negligente ou ineficiente. Isso é fato a ser apurado. Mas, se não se tratar disso, se a mudança de prioridade for razoável, estará protegida pela lei.

Não podemos transformar a autonomia e a independência funcional do Ministério Público brasileiro, garantidas na própria Constituição, em subordinação funcional imposta por planos administrativos. Foi dentro da autonomia e da independência funcional que o Ministério Público moderno construiu tudo aquilo que alcançou. A autonomia e a independência funcional são a nobreza da nossa instituição: não basta que o membro do Ministério Público tenha autonomia funcional; é preciso que também detenha independência funcional. É por meio delas que até o mais novo promotor de Justiça substituto, nos atos da atividade-fim da instituição, não está subordinado nem ao promotor titular, nem ao próprio procurador-geral, nem ao governante — subordina-se à vontade da lei.

O Ministério Público precisa encontrar equilíbrio em sua atuação, mas a harmonia há de vir naturalmente com a diminuição das pessoas que podem tomar a decisão. Para tan-

to, deve advir uma nova estrutura funcional das promotorias de Justiça, procedendo-se, sobretudo, a um adequado sistema de controle da ação e da omissão de seus agentes.

7. As recomendações de atuação funcional do CNMP

E o Conselho Nacional do Ministério Público, de sua parte, poderia ditar políticas funcionais de atividades-fim para os diversos ramos do Ministério Público brasileiro?

Que possa propor rumos finalísticos para o Ministério Público brasileiro, parece-nos até desejável; que possa impô-los, não.

A atuação do CNMP, circunscrita aos limites constitucionais, não pode substituir a dicção legal, nem interferir nas autonomias do Ministério Público ou na independência funcional de seus membros no exercício da atividade-fim. Mesmo que os planos de atuação funcional proviessem desse colegiado, a conclusão não seria diferente, pois o poder de controle do CNMP tem limites, diante da independência funcional dos membros da instituição, bem como diante da autonomia funcional de cada Ministério Público. Considere-se, ademais, que foi a própria Constituição que cometeu a dito colegiado zelar pelas autonomias do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, I).

As metas de atuação do Ministério Público não são estabelecidas por planos administrativos de atuação, provenham estes de cada ramo do Ministério Público, ou do CNMP, que não têm função alguma para estabelecer as atividades-fim do Ministério Público. Tais metas, já temos insistido, são fixadas na Constituição e nas leis: estas é que dizem o que é o Ministério Público e para que serve ele, enquanto instituição, com um fim a realizar no meio social. As prioridades funcionais já estão estabelecidas na lei e nas decisões dos seus

órgãos de execução, em decorrência da liberdade e da independência, que são próprias de seus membros, na qualidade de agentes políticos.

O CNMP tem finalidades e limites próprios, que lhe foram cometidos pelo poder constituinte derivado, como os já referidos controles administrativo, financeiro e disciplinar do Ministério Público nacional. A par disso, parece-nos ainda possamos admitir que o Conselho exerça um papel prospectivo, embora sem caráter coercitivo. Ao exercer o controle externo sobre os diversos ramos do Ministério Público, é possível que se depare com problemas pontuais ou gerais e aponte soluções; assim, de todo desejável expeça considerações ou recomendações a respeito. Ainda que não possa vincular os agentes do Ministério Público às suas recomendações no exercício da atividade-fim, terão elas importante valor político, que pode e deve ser bem aproveitado.

A força política de recomendação, ainda que desprovida de caráter sancionatório, decorrerá do cuidadoso levantamento de dados a respeito de um problema afeto ao Ministério Público local ou nacional. Assim, por exemplo, o CNMP não pode ditar a política penal ou ambiental para os Ministérios Públicos; mas pode fazer o levantamento de um problema que conduza a uma proposta a ser apresentada aos diversos ramos da instituição. Afinal, a atividade disciplinar ou correcional do CNMP não existe só para punir, mas também orientar.

A recomendação naturalmente terá peso e valor pela sua qualidade intrínseca, desde que apresente propostas objetivas e viáveis. Considerar detidamente a recomendação convém a todos, ao Conselho, ao Ministério Público e à própria coletividade, destinatária final

dos trabalhos institucionais. A sociedade será não só beneficiária, como aliada do Conselho, na identificação e na cobrança de solução para os problemas apontados.

Suponhamos que o CNMP identifique um problema na área dos direitos fundamentais, ligado às condições carcerárias em determinado local. Suponhamos ainda que o Conselho faça levantamento adequado do problema, recomendando providências factíveis, como remanejamento de presos para vagas existentes, interdição de presídio, correções de irregularidades pontuais. Não irá fazer recomendações vagas ou abstratas, como esta: *o Ministério Público deverá combater as condições inadequadas dos presídios locais*. Sob esse aspecto genérico, a lei já basta, pois ela já assegura os direitos fundamentais. Seria, pois, inútil fizesse recomendação como esta: *o Ministério Público deverá zelar pelos direitos dos presos*. Ora, a lei já diz isso: os prisioneiros têm direitos constitucionais e legais, e o Ministério Público já deve zelar por isso, obrigado que está a fazer as visitas periódicas às cadeias. Mas se o CNMP fizer levantamento concreto, dizendo que em determinadas cadeias há problemas identificados, para cuja correção existem propostas indicadas, como a transferência de presos para locais indicados onde haja vagas — nesse caso, haveria como cobrar providências e até responsabilidades, se o membro do Ministério Público destinatário da recomendação a deixasse de lado e se omitisse, não tomando nem aquela nem outras providências quaisquer. Haveria cobrança institucional e até social, pois as recomendações seriam viáveis, e seriam divulgadas na própria comarca. Tudo isso sugere que recomendações tais sejam consideradas, ou, se não, que haja motivo idôneo para recusá-las.

É, pois, possível considerar o importante papel *político* do CNMP no planejamento de ações dos Ministérios Públicos locais; nunca, é claro, papel *político-partidário*. Deve,

ainda, fazê-lo com habilidade e prudência, para não desrespeitar, nem de longe, as autonomias institucionais e a independência funcional, pelas quais ele deve ser o primeiro a zelar.

Todavia, se o problema denunciado pelo CNMP continuar existindo, e se nada estiver sendo feito pelo órgão de execução para enfrentá-lo ainda que caminhos haja para isso, então este último não poderá invocar a independência funcional como justificativa para se omitir no cumprimento de deveres funcionais. A independência funcional existe para resguardá-lo ao seguir por um caminho dentre alternativas viáveis e legais, não para que possa impunemente se omitir ou puramente descumprir dever funcional e, depois, dizer: *eu faço o que quero, não faço o que não quero, pois tenho independência funcional*. Ora, se há dever legal descurado, a omissão ou a inércia geram responsabilidade.

Verdade seja dita, há promotores que se escondem atrás da independência funcional como desculpa para a falta de amor ao trabalho. Ora, a independência funcional, bem utilizada, é saudável, porque garante o promotor contra indevidas pressões externas ou até mesmo oriundas de setores da própria instituição. Garantido por esse princípio, o membro do Ministério Público pode melhor servir a lei, nos limites de sua consciência. Tão importante é o princípio, que foi inscrito na própria Constituição. Assim, a independência funcional existe, e precisa ser respeitada; contudo, os deveres funcionais também existem, e também precisam ser cumpridos. Se, dentro dos limites da independência funcional, o agente do Ministério Público escolhe entre opções válidas sem violar dever funcional algum, ninguém pode censurá-lo, ainda que escolha o caminho que o CNMP, o corregedor-geral, o chefe da instituição ou até mesmo a maioria dos membros da instituição não escolhessem. Agindo dentro dos limites da lei, sua decisão deve ser respeitada. Sua independência funci-

onal vale tanto quanto a do juiz que absolve ou condena, de acordo com sua livre e motivada convicção — o tribunal pode reformar a sentença, mas não pode puni-lo, se o juiz não violou dever funcional algum. Entretanto, se o juiz faltou com os deveres funcionais, seja ao condenar, seja ao absolver, sua independência funcional também não o eximirá de responsabilidade.

Tomemos um exemplo. Suponhamos que, num crime de gravidade, o promotor de Justiça desista da produção de toda a prova de acusação para pedir a absolvição do réu por falta de provas que ele próprio provocou... Mesmo que para isso ele invoque sua independência funcional, poderá antes ter faltado com seu dever funcional. No caso, a independência funcional não lhe seria escusa: ele tinha o dever de produzir a prova. Se, mais do que omissos, foi ativo ao frustrar o dever legal de zelo, eficiência e probidade, então terá faltado com o dever funcional. No caso, a questão não consistiria em saber se ele tem ou não independência funcional — isso, todos os membros do Ministério Público têm, quando no exercício da atividade-fim. A questão consistiria em verificar se, em concreto, ele descumpriu dever funcional.

Temos visto com frequência promotores e procuradores se queixarem da invocação de independência funcional por *outros* colegas (nunca os vi se queixarem da própria independência funcional...). Dizem que é um absurdo que um promotor que mal chega a uma comarca ou promotoria, invoque a independência funcional para descumprir metas e planos traçados pelos primeiros, para uma atuação tradicional e consolidada da promotoria.

O argumento não impressiona. Não é porque uma posição é praticamente incontroversa, tradicional, talvez até sumulada pelo mais alto tribunal do País, que não possa ser

contestada. Fosse assim, e um dia o próprio Supremo Tribunal Federal não teria revogado sua Súm. 394, velha de quase quarenta anos, que, numa assertiva antirrepublicana, assegurava foro por prerrogativa de função mesmo para quem não mais tivesse função pública alguma... Não se pode punir o promotor só porque ele não siga a cartilha da maioria. Por quê? Por que ele pode ter razão! Veja-se o advogado que, sozinho, questionou essa súmula que estava sendo incontrovertidamente aplicada há décadas pela Suprema Corte... Mas a súmula não se tornou inconstitucional apenas no dia da revogação; tinha sido inconstitucional aqueles anos todos... Não fosse a rebeldia de um operador do Direito que resolveu enfrentar a opinião prevalente, até do próprio tribunal a que se dirigia, e a súmula ainda estaria em vigor... Ou então, pensemos no célebre caso *Betts versus Brady*, quando em 1963 a Suprema Corte Norte-Americana acolheu a petição de um simples preso, para admitir que todos os réus têm direito a advogado no processo criminal, ao contrário de sua própria jurisprudência solidificada há décadas!

Só porque a maioria dos membros de uma promotoria pensa de uma maneira, isso não é motivo para impor um procedimento a um membro do Ministério Público que pense diferentemente, pois, desde que este aja dentro da lei e sustente posição jurídica razoável e fundamentada, terá plena liberdade para defendê-la, garantida por sua independência funcional. Todavia, se sustentar algo ilegal, se cometer abuso de poder, desvio de finalidade ou prevaricação, ou se se omitir no cumprimento dos deveres do cargo, aí haverá falta funcional, e o princípio da independência funcional não irá socorrê-lo.

A independência funcional não é garantia para omissão nem para descumprimento de dever legal. Se não dermos ao juiz, ao promotor ou ao advogado a possibilidade de lutar

contra o que entendam fundamentadamente errado, ainda que estejam a contrariar posições pacíficas nas próprias instituições a que pertencem, estiolaríamos o desenvolvimento do Direito. Bem usada, a independência funcional é garantia para a sociedade; mal usada, não é escusa para sanções disciplinares. Assim, se o promotor disser: *eu não vou fazer prova nestes autos, não quero apurar fatos que em tese são criminosos, e quero pedir a absolvição do réu por falta dessas mesmas provas* — então vamos punir o promotor, porque aí não se trata de questão de independência funcional, e sim de violação de dever funcional. Terá faltado com os deveres do cargo, de zelo, de eficiência, de probidade.

8. Conclusão

Não será enfraquecendo o princípio da independência funcional que obteremos melhor e mais harmônica atuação dos membros da instituição. Ao contrário: é possível respeitá-lo, e, ao mesmo tempo, cobrar o cumprimento dos deveres funcionais.

Muitas vezes, os méritos do princípio da independência funcional são contestados: o procurador-geral pode sentir-se contrariado quando o promotor resiste a planos de atuação funcional; o corregedor-geral também, quando o promotor o invoca para se exculpar de faltas funcionais; os órgãos administrativos da instituição também, quando promotores desconsideram projetos e planos gerais; os próprios colegas também, quando novos promotores chegam às comarcas e abandonam ou não dão continuidade a planos especiais de atuação ou ao acompanhamento de casos concretos. Em todos esses casos, pode surgir a grita surda para que o princípio da independência funcional não tenha todo esse alcance. São esses os que querem independência para eles próprios e vinculação para *os outros*...

Necessário, sim, é que os membros do Ministério Público cumpram *efetivamente* as prioridades *da lei*, e que haja eficientes mecanismos de controle e responsabilidade em razão de sua atuação.

Bibliografia

Alfredo De Marsico, *Diritto processuale penale*, Napoli, Eugenio Jovene, 1966.

Confederação Nacional do Ministério Público — Conamp, *Carta de Curitiba*, 1986, disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/ccuritiba.pdf> (acesso em 17-07-2013).

Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 26ª ed., São Paulo, ed. Malheiros.

Hugo Nigro Mazzilli, *A Carta de Curitiba e a Constituinte*, Tese apresentada ao VII Congresso Nacional do Ministério Público, pub. AMMP/Conamp, São Paulo, abr. 1987. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/curitibaconst.pdf> (acesso em 17-07-2013).

Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

Hugo Nigro Mazzilli, *O acesso à Justiça e o Ministério Público*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, no prelo.

Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

Michèle-Laure Rassat, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, Paris, Lib. Gén. de Droit et de Jurisprudence, 1967.

Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, § 126, 2ª ed., Pádua, Cedam, 1943.

Raoul Muhm, *Il caso Helmut Kohl analisi di una corruzione*, in <http://www.larchivio.org/xoom/muhm-kohl.htm> (accesso em 23-07-13).