

# FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO<sup>1</sup>

**Hugo Nigro Mazzilli**

**Promotor de Justiça em S. Paulo**

Sumário: I – Introdução; II – Campo de atuação; III – O Ministério Público e a Constituição de 88: 1. Trabalhos preparatórios; 2. Posicionamento constitucional; IV – Funções constitucionais do Ministério Público: 1. Classificação; V – Rol constitucional das funções: 1. Ação penal pública; 2. O defensor do povo; 3. Promoção do inquérito civil e da ação civil pública; 4. Ação de inconstitucionalidade e representação interventiva: a) ação de inconstitucionalidade; b) representação interventiva; 5. Defesa das populações indígenas; 6. Expedição de notificações e requisições; 7. Controle externo da atividade policial; 8. Representação da Fazenda Pública; VI – Norma residual ou de extensão; VII – As notificações e as requisições; VIII – Promotor *ad hoc*; IX – O princípio da obrigatoriedade; X – Análise da atuação do Ministério Público no processo penal: 1. A titularidade da ação penal pública; 2. A relação de organicidade; 3. O Promotor como agente político; 4. Natureza da função exercida pelo Ministério Público no processo penal; 5. A constitucionalidade do art. 28 do Código de Processo Penal; 6. O Ministério

---

1. Aula proferida pelo autor, no Curso de Adaptação aos Promotores de Justiça Substitutos promovido pela Escola Paulista do Ministério Público e pela Procuradoria-Geral de Justiça em 02-04-1991, no Auditório Queiroz Filho, publicada na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86. n. 310. p. 5-18. abr./jun. 1990; disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/rf310.pdf>, em 10-10-2018.

Público é parte? 7. Relacionamento entre o Promotor e a Procuradoria-Geral de Justiça; XI – Ação civil pública: 1. Conceito de ação civil pública; 2. Ações civis públicas de iniciativa do Ministério Público; 3. O problema da vinculação do órgão do Ministério Público; 4. O arquivamento do inquérito civil; 5. Interesse de agir e legitimidade; 6. Objeto da ação civil pública; 7. A defesa do meio ambiente; 8. A defesa do consumidor; 9. A defesa de outros interesses difusos e coletivos; XII – Atendimento ao público.

## ***I — INTRODUÇÃO***

Para corretamente enfrentar o tema das funções institucionais do Ministério Público, é indispensável fazer um exame global da instituição do Ministério Público — o que é, o que faz, qual o fundamento da sua atuação — não só sob o ponto de vista legal, mas também sob o ponto de vista social; a seguir, devemos buscar sua destinação, seu embasamento e suas atribuições constitucionais.

Esse exame fornecerá o como e o porquê se chegou não só à razão das normas vigentes, que conferem à Instituição as atuais funções que por ela são exercidas, como também devemos, assim, buscar o conteúdo e a fundamentação constitucional e institucional do Ministério Público enquanto ofício, enquanto conjunto de atribuições, poderes e deveres.

Pela filosofia do Curso de Adaptação, inicialmente será dado um enfoque prioritário para o aspecto criminal. O objetivo do Curso, que se deve ter em mente, consiste, de um lado, em buscar colocar o novo colega em contato com as matérias com as quais *efetivamente* vão trabalhar logo mais, bem como permitir-lhe um contato com profissionais que já exerceram todas essas atribuições que a partir de amanhã serão exercidas pelos novos colegas. De outro lado, também é objetivo do Curso discutir, a cada passo, os fundamentos e o sentido da intervenção ministerial, para que nossas funções não sejam compreendidas como um amontoado de atividades, mas como um conjunto harmônico de atribuições, de uma Instituição que tem um fim a realizar no meio social.

E mais e principalmente: é objetivo do Curso examinar as garantias dos membros do Ministério Público, garantias estas que excedem as de um funcionário público em sentido estrito. Trata-se de garantias excepcionais: independência funcional (em face dos colegas, em face da Instituição); vitaliciedade (que visa a assegurar o

vínculo jurídico do agente com o cargo, predicamento este que hoje só é compartilhado com os magistrados); inamovibilidade (que, aderindo ao cargo, agora visa a assegurar o exercício das funções a ele inerentes).

E porque essas garantias? São conferidas justamente porque a lei sabe como é árduo o ofício do Ministério Público; como é difícil ter muitas vezes de tomar partido a favor do governado contra o governante; a favor do obreiro e do acidentado do trabalho contra o patrão ou a empresa; a favor do pobre contra o rico; a favor do cidadão contra o político; a favor da vítima contra o não raro bem sucedido criminoso.

Não devem os Promotores de Justiça ver suas prerrogativas processuais e extraprocessuais, suas garantias pessoais e funcionais como atributos de uma profissão privilegiada; devemos ver aquelas prerrogativas como garantias que são, que o constituinte conferiu à Instituição do Ministério Público e a seus agentes, para que sirvam o povo, o pobre, o espoliado, o sem-justiça — esta a única razão de ser de nossa Instituição.

## **II — CAMPO DE ATUAÇÃO**

Não vamos aqui divagar sobre as instituições ou órgãos que podem ser considerados precursores da função do Ministério Público. Vamos mais objetivamente buscar a causa histórica do Ministério Público.

O Ministério Público, tal como o conhecemos hoje, não surgiu de repente, num só momento, num só lugar, seja por ordenanças francesas ou lusitanas. Na verdade, foi formado lenta e progressivamente, em resposta a exigências históricas.

Sua origem se liga à questão da soberania. Quando o desenvolvimento do Estado paulatinamente começou a impedir que os soberanos pudessem pessoalmente exercitar todas as funções de soberania (fazer e aplicar a lei), passaram estes a instituir tribunais; depois, passaram eles a colocar, junto a esses tribunais, agentes seus, representantes deles, monarcas, para defender os interesses dos governantes e da Coroa.

Depois, veio a promoção da ação penal, que é decorrência do *jus puniendi* estatal, expressão da soberania.

E, enquanto o Ministério Público cada vez mais foi alargando sua atuação na área criminal, a ponto de hoje conquistar a exclusividade da promoção da ação penal pública, ao mesmo tempo foi-se afastando da defesa dos interesses dos governantes, da Coroa ou da atual Fazenda Pública.

Aliás, é bom que tenhamos sempre presente que esse mesmo processo de formação continua, pois o Ministério Público está em contínuo processo de crescimento.

Hoje, o ofício do Ministério Público é muito diversificado:

Na esfera criminal, investiga ou determina a investigação de crimes, denuncia-os ou não ao Poder Judiciário; busca a responsabilização em juízo dos autores dos fatos.

Os novos colegas vão ver que sua primeira tarefa, agora como Promotores, é começar a explicar a seus familiares, a seus amigos, à sociedade, enfim, que o Promotor de Justiça não é um acusador cego ou implacável, obrigado, a todo o custo, a buscar a condenação de alguém.

Ao contrário — e isso é muito importante — é o Promotor de Justiça, antes mesmo do órgão do Poder Judiciário, a *primeira* real garantia de proteção das liberdades do cidadão, por ser ele quem assegura o pressuposto de uma imputação feita por órgão independente, que tem plena liberdade de convicção e de atuação. É o Promotor que detém nas mãos o poder de acusar — expressão do direito de punir, do qual é titular o Estado soberano. Nessa relevante função, pode e deve o Promotor, conforme o caso, inclinar-se pelo arquivamento de uma investigação criminal, ou pela absolvição, caso se convença da inocência do acusado. Até mesmo pode e deve impetrar *habeas corpus*, quando é o caso.

Está aí o Promotor a viabilizar, somente a partir dessa acusação independente, a atuação de um juiz efetivamente imparcial, porque agora desvinculado do ônus de investigar, de provar, de acusar.

Outro erro que se costuma supor entre os leigos: Promotor é só o Promotor Criminal. É muito nobre o exercício da Promotoria criminal; é das mais relevantes, é mesmo nossa primeira atribuição constitucional; é a única sobre a qual conserva nossa Instituição a exclusividade. Contudo, outras relevantes atribuições tem ele, seja na área institucional em geral, seja especificamente na área cível, que, entretanto, não são historicamente das primeiras nem convém que sobre elas tenha exclusividade (porque aqui o titular do interesse material não é o Estado, mas a coletividade como um todo). Trata-se de atribuições que vêm crescendo significativamente: além da atuação em defesa do regime democrático e em favor do efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais, pode ainda

atuar como *órgão agente* (propondo inúmeras ações civis públicas — não só nas hipóteses mais citadas nos livros mais tradicionais, como a ação de nulidade de casamento ou o pedido de interdição; mas ações para defesa do meio ambiente, do consumidor, até para defesa do correto transporte do bóias-frias, como os jornais têm noticiado nos últimos dias) ou como *órgão interveniente* (oficiando nos processos que o legislador considerou mais relevantes, como naqueles em que há interesse público evidenciado por uma questão ligada a alguma das partes — como os incapazes —, ou ligada ao próprio interesse material em litígio — como as matérias de família, as ações populares e tantos outros casos).

Existem ainda relevantes encargos extra-judiciais do Ministério Público. É o atendimento anônimo de milhares de pessoas, todos os dias, em todas as comarcas, em todos os Fóruns do País. Nessa tarefa, os Promotores de Justiça conciliam, orientam, intercedem, resolvem questões que, muitas vezes, antes de serem jurídicas, são mais problemas humanos e sociais.

Pois é para dar uma visão geral da Instituição, é para buscar um denominador comum em todas essas relevantes funções hoje cometidas ao Ministério Público, é para isto que aqui orientaremos nossa exposição em favor de uma análise global das funções do Ministério Público.

Mas, a cada momento da exposição, algo deve ficar sempre presente. O Ministério Público não mais é um órgão do Estado destinado a intransigentemente defender a Coroa, ou seja, a Fazenda Pública de hoje; nem, com maior razão, é hoje destinado à defesa dos interesses dos governantes. Agora, a Constituição deu liberdade e autonomia ao Ministério Público; a seus agentes, deu independência funcional, inamovibilidade e vitaliciedade, para que defendam intransigentemente os interesses da coletividade como um todo; para que defendam os interesses maiores da comunidade; para que zelem pelas liberdades públicas; para que defendam os direitos do cidadão até mesmo em face do Estado e dos governantes.

### **III — O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO DE 88**

#### **1. Trabalhos preparatórios**

Necessariamente, nosso exame sobre o Ministério Público e suas funções de hoje tem de buscar o embasamento constitucional da Instituição.

Nas Constituições anteriores, apenas dispositivos esparsos cuidavam do Ministério Público (ora só cuidavam da escolha do Procurador-Geral da República — Constituição de 1891 e Carta de 1937; ora lhe davam Título próprio: Constituições de 1934 e 1946; ora o integravam ao Poder Judiciário — Constituição de 1967; ora o ligavam ao Poder Executivo — Carta de 1969). Tratava-se de um Ministério Público desarticulado, sem que houvesse sequer uma “consciência nacional” da Instituição, de que falava Carlos Siqueira Netto. Cada Estado não tinha uma filosofia ou uma doutrina de Ministério Público.

Com os trabalhos iniciais da Confederação das Associações Estaduais de Ministério Público (CAEMP), depois convertida na Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP), o Ministério Público começou a mobilizar-se nacionalmente de forma mais específica a partir da frustrante reforma constitucional de 1977. O fruto desse trabalho culminou com a edição da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LC 40/81) que, embora ainda com muitas imperfeições, foi um significativo crescimento, que fez começar a moldagem de um perfil nacional para a Instituição.

Com a vitória da oposição sobre o regime militar, eleito indiretamente Tancredo Neves em 1984, surgiu um compromisso do novo governo, a par com a aspiração geral de uma nova e legítima ordem constitucional.

Preparando-se para os trabalhos da já próxima Assembléia Nacional Constituinte, a CONAMP, então chefiada por São Paulo, sediou em junho de 1985 o VI Congresso Nacional de Ministério Público, sob a então direção de Luiz Antonio Fleury Filho e Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo. Centenas de teses institucionais foram apresentadas, discutidas e votadas (cf. *Justitia*, 131).

Em outubro de 1985, a CONAMP expediu um questionário aos membros do Ministério Público nacional: indagava-se do posicionamento constitucional da Instituição; qual o processo de escolha do Procurador-Geral de Justiça; quais as garantias, funções, impedimentos dos membros do Ministério Público.

Com esses elementos, em junho de 1986, as lideranças do Ministério Público nacional se reuniram em Curitiba, onde discutiram e aprovaram um texto nacional, um compromisso para defesa de posições junto à Assembléia Nacional Constituinte. A esse documento, chamou-se de *Carta de Curitiba*.

Sobreveio o trabalho da chamada Comissão de Estudos Constitucionais, ou Comissão Afonso Arinos, que já buscou traçar um perfil mais moderno para o Mi-

nistério Público. Depois, com a instalação dos trabalhos da Constituinte, Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, já então na qualidade de Presidente da Conamp, submeteu-se à primeira audiência pública realizada pelo Congresso Constituinte. Depois, seguiram-se as várias fases dos trabalhos de elaboração da nova Constituição, até chegarmos ao texto final, hoje vigente, a respeito do Ministério Público, ou seja, um texto que consagrou efetivamente um grande avanço nas lutas institucionais.

## **2. Posicionamento constitucional**

Na Constituição de 1988, o Ministério Público conquistou posição em Capítulo próprio — *Das funções essenciais à Justiça*; viu-lhe ligada à essência de suas finalidades a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

A defesa do regime democrático pelo Ministério Público, novidade em nosso Direito, de inspiração na Constituição portuguesa de 1976, explica-se porque, na verdade, a manutenção da ordem democrática pressupõe o cumprimento das leis e o respeito dos direitos constitucionais do cidadão — tarefas pelas quais deve o Ministério Público empenhar-se.

Sobreleva, assim, considerar a destinação do Ministério Público na defesa do interesse público primário, visto sob o ponto de vista da indisponibilidade do bem coletivo.

Ficaram mencionados na nova ordem constitucional os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade, bem como da independência funcional (CR, art. 127, § 1º; LC 40/81, art. 2º). Na verdade, os dois primeiros provêm especialmente de inspiração da doutrina francesa (unidade, como uma só instituição, com uma só chefia; indivisibilidade, como um só ofício; e, na França, o princípio hierárquico é mais efetivo, como na advocatária).

No Brasil, porém, pelas peculiaridades de um Estado Federado e não unitário, não se pode falar pura e simplesmente em unidade do Ministério Público. Há várias instituições de Ministério Público, só se podendo conceder unidade em cada uma delas. Quanto ao ofício, a rigor também não é uno, haja vista que num mesmo processo vários órgãos da Instituição podem estar a exercer funções inacumuláveis nas mãos de um só deles. Por fim, a chefia institucional é antes administrativa que funcional: ao contrário de se supor uma Instituição hierarquizada, assegurou-se antes

um Ministério Público onde seus agentes gozam de independência funcional, predicamento expressamente garantido na nova Constituição (art. 127, § 1º).

## **IV — FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

### **1. Classificação**

Vamos examinar as funções ministeriais sob dois aspectos: quanto à sua natureza e quanto à sua titularidade.

Quanto à *natureza*, podemos distinguir suas funções em típicas e atípicas.

Dentro da destinação institucional que lhe reservam as leis, o Ministério Público atua mais freqüentemente em funções típicas, ou seja, em funções intrinsecamente próprias ou peculiares à instituição, à sua natureza: é o caso da ação penal pública (CR, 129, I), da promoção da ação civil pública (CR, 129, III), do zelo de interesses sociais ou individuais indisponíveis (CR, 127) etc.

Contudo, ainda há e também já houve funções outras cometidas ao Ministério Público que lhe são ou, conforme o caso, já lhe foram atípicas, como a advocacia da Fazenda, hoje vedada à Instituição e apenas exercida de forma residual; como a supletiva prestação de assistência judiciária aos necessitados (LC 40/81, art. 22, XIII) e aos reclamantes trabalhistas (CLT, art. 477, § 3º; Lei n. 5.584/70); como a defesa do revel ficto (CPC, art. 9º); como a substituição processual da vítima pobre nas ações cíveis *ex delicto* (CPP, art. 68), hoje atribuição prioritária das defensorias públicas.

A tendência atual certamente consiste, a nosso ver, no esvaziamento das funções atípicas: a Fazenda tem seus advogados, que devem defender seus interesses patrimoniais (CR, 129, IX, 131, e art. 29, § 5º do ADCT); agora está sendo criada a Defensoria Pública, cujo dever constitucional consiste em prestar assistência judiciária aos necessitados (CR, art. 134).

Entretanto, enquanto ainda conservarmos funções atípicas, devemos exercitá-las adequadamente, buscando sempre um objetivo comum nas funções típicas e atípicas: trata-se da busca de um *interesse público* primário, ou seja, um interesse ligado à defesa da comunidade com um todo, a defesa do bem geral. Com efeito, e é de sabença de todos, há diversas categorias de interesses, que, sumariamente podem ser sintetizadas em dois grandes grupos: o interesse privado (como o direito de propriedade) e o interesse público em sentido estrito (como o direito de punir do Estado soberano). Entretanto, entre ambos os grupos, reconhece-se a presença de categorias



intermediárias: o interesse coletivo (como o dos jogadores de um time de futebol, o dos professores do Estado, os dos membros do Ministério Público), os interesses difusos (que atingem uma coletividade indeterminada) e, finalmente, o interesse público em sentido lato (que diz respeito à comunidade como um todo).

O interesse público, no sentido lato, pelo qual deve zelar o órgão do Ministério Público, geralmente está ligado à defesa de:

*a) pessoas determinadas* (incapazes, portadores de deficiência, acidentados do trabalho);

*b) grupos de pessoas determinadas ou determináveis* (populações indígenas, consumidores);

*c) toda a coletividade* (nas ações penais; na ação popular; na defesa do meio ambiente).

Nos dois primeiros casos, fala-se em intervenção pela qualidade da parte; no último, em intervenção motivada pela natureza da lide. É claro, entretanto, que mesmo neste último caso, o Ministério Público sempre intervém em defesa de um interesse ligado a pessoas, ou seja, aqui se trata de um grupo de pessoas, isto é, o interesse da convivência social como um todo.

O que deve o Ministério Público buscar quando atua num processo?

A Constituição dá o denominador comum: trata-se do zelo pela indisponibilidade de um interesse. Há interesses que são objetivamente indisponíveis (por exemplo, na ação penal, quando temos o conflito entre o direito de punir estatal e a liberdade individual); outros interesses, porém, são relativamente indisponíveis (à vista de quem seja seu titular — ex.: um automóvel pertencente a uma pessoa incapaz).

Na atuação em favor de uma indisponibilidade absoluta, ligada a um interesse público impessoal, a legitimidade de agir do Ministério Público faz pressupor atuação desvinculada; contudo, nas hipóteses de atuação em favor de uma indisponibilidade absoluta ou relativa ligada à qualidade de uma das partes, sua atuação é nitidamente protetiva.

Vamos exemplificar com uma ação de nulidade de casamento. Nesse feito, busca o Ministério Público uma atuação desvinculada às partes. Está ele destinado

à busca da procedência do pedido apenas se reconhecer que o casamento foi contraído com alguma nulidade absoluta; em caso contrário, pode o órgão ministerial propugnar pela improcedência, mesmo que tenha sido o próprio Ministério Público o autor da ação. Pode, pois, apelar em favor da procedência ou da improcedência do pedido, conforme entenda seja o caso. Contudo, nessa mesma ação, é de perguntar-se qual interesse poderia ter ele em recorrer da sentença, para discutir a só fixação do montante da verba honorária, que, esta sim, interessa apenas a partes maiores e capazes?!

Outro exemplo: suponhamos a atuação ministerial em feito em que haja incapazes. Trata-se de atuação teleologicamente protetiva; não obstante, não é o órgão ministerial obrigado a recorrer a favor do incapaz, que a seu ver não tenha razão. Contudo, se o incapaz obteve procedência de seu pedido, mesmo que ao ver do órgão ministerial não tenha ele razão, não terá o Ministério Público interesse processual na reforma da sentença que deu ganho de causa ao incapaz. Ao apelar contra a vitória do incapaz, aí estaria defendendo interesses agora sim disponíveis da outra parte, que é maior e capaz.

Assim, para bem medir sua intervenção, o órgão do Ministério Público deve pois, em primeiro lugar, atentar para a causa que o trouxe ao processo.

Vistas, em linhas gerais, as linhas distintivas entre as funções típicas e atípicas, agora resta examinar a distinção fulcrada na titularidade exclusiva ou não da função. Quanto à *titularidade* de função desempenhada pelo Ministério Público, podemos apontar aquela que lhe é exclusiva (apenas e tão-somente a promoção da ação penal pública), distinguindo-a das demais, todas estas concorrentes com outras pessoas ou órgãos. Adiante faremos abordagem especial de cada uma das funções ministeriais.

## **V — ROL CONSTITUCIONAL DAS FUNÇÕES**

### **1. Ação penal pública**

A primeira das funções do Ministério Público, elencadas no art. 129 da Constituição da República, consiste na promoção da ação penal pública.

Esta matéria, bem como a promoção da ação civil pública, será examinada em separado, logo adiante, para um trato mais minucioso da matéria.

## **2. O defensor do povo**

Impõe o art. 129, II, da CR ao Ministério Público o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição da República, com a obrigação de promover as medidas necessárias a sua garantia.

Com efeito, nos últimos anos, tem-se falado muito na criação de um *defensor do povo*. Deveriam estas funções recair na pessoa de um *ombudsman*, à guisa dos países escandinavos? Deveríamos criar um órgão novo? Acaso se poderia esperar que ao próprio Ministério Público se poderiam confiar essas novas funções?

Certamente por levar-se em conta a tradição de atendimento ao público que têm os Promotores de Justiça em todo o País, acabou por prevalecer esta última opção.

Nessa relevantíssima função, entre outras providências, deve o Ministério Público empreender firme combate à violação da ordem social e, em especial, dos chamados direitos humanos. Como exemplo, lembremos deve ele zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais; buscar seja dado real atendimento médico nos hospitais e postos de saúde; fiscalizar a existência de vagas nas escolas; zelar pelas condições em que se encontram os presos. Em todos esses casos, não se podem perder de vista os limites das atribuições de cada órgão ministerial. Trata-se, outrossim, de função nova, que exige, naturalmente, as maiores cautelas e equilíbrio.

Acredito não se poder prescindir de uma adequada legislação infraconstitucional para assegurar mecanismos mais adequados de uma atividade fiscalizatória geral. Desde já, entretanto, é possível admitir ao órgão ministerial: *a)* receber petições, reclamações ou representações de pessoas interessadas; *b)* instaurar, presidir ou determinar a abertura de procedimentos administrativos para apuração de denúncias e posterior propositura de ações civis públicas ou de ações penais públicas de suas atribuições; *c)* expedir notificações; requisitar informações; *d)* realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

## **3. Promoção do inquérito civil e da ação civil pública**

Igualmente, pela riqueza e peculiaridade da matéria, merecerá ela tratamento à parte neste trabalho, pouco mais adiante.

#### **4. Ação de inconstitucionalidade e representação interventiva**

Dentro deste tema, torna-se obrigatório fazer uma referência à ação direta de declaração de inconstitucionalidade e à representação interventiva, sem, porém, maiores minudências, pois se trata de ações originárias junto a tribunais, o que leva a crer que os novos colegas certamente não vão propor estas ações tão cedo...

##### **a) Ação de inconstitucionalidade**

A ação direta de declaração de inconstitucionalidade cabe, na área do Ministério Público, e abstraídos agora os demais legitimados ativos, ao Procurador-Geral da República (CR, arts. 129, IV, e 103, VI). No Estado de São Paulo, seguindo o modelo federal, cabe tal iniciativa ao Procurador-Geral de Justiça (CR, art. 125, § 2º; CE, art. 90, III).

Naturalmente, a existência de tais ações diretas de inconstitucionalidade em nada obsta à possibilidade de, em concreto, ou seja, *inter partes*, ser incidentemente reconhecida a inconstitucionalidade, alegada como defesa.

##### **b) Representação interventiva**

De forma esquemática, podemos dizer que a ação interventiva pode ser:

1º) espontânea (ou de ofício: CR, art. 84, X);

2º) provocada — que por sua vez se divide em:

a) discricionária (sob solicitação do Poder coacto ou impedido — art. 36, I, da CR);

b) vinculada (após requisição de tribunal ou após provimento de representação interventiva: arts. 36, I/IV e 35, IV, da CR).

#### **5. Defesa das populações indígenas**

O art. 129, V, da Constituição comete ao Ministério Público a defesa em juízo dos “direitos e interesses das populações indígenas”.

Trata-se de mais uma hipótese de atuação *propter partem*, na defesa de um interesse personificado (ou seja, atuação protetiva).

Além da legitimação conferida ao Ministério Público, a Constituição também atribui iniciativa concorrente aos próprios índios e a suas comunidades e organizações (CR, art. 232). Note-se que no interior do Estado e até em favelas da Capital, existem índios, justificando-se o zelo da atuação ministerial na defesa dos valores de que cuidam os arts. 231, 232 e 210, § 2º (proteção da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças, das tradições, dos direitos originários sobre as terras dos índios).

Entendemos deva a proteção individual dos índios ser feita perante a Justiça comum; apenas a “disputa sobre direitos indígenas” cabe aos juízes federais (CR, art. 109, XI). Neste último caso, trata-se da defesa de direitos difusos ou globais; a não se entender assim, admitir-se a proteção apenas perante a Justiça Federal seria autêntico desfavor aos índios, porque não está esta estruturada em todo o País, como o está a Justiça comum.

## **6. Expedição de notificações e requisições**

Os incs. VI e VIII do art. 129 da Constituição de 1988 disciplinam o poder ministerial de expedir notificações e requisições.

Embora colocados tais incisos dentre o rol das funções ministeriais, na verdade, não se trata de *funções*, mas de instrumentos de atuação. Cuidaremos da matéria mais adiante.

## **7. Controle externo da atividade policial**

A nova Constituição comete ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, “na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior” (CR, art. 129, VII). Essa lei será a lei local de organização de cada Ministério Público.

Note-se que foi uma verdadeira tendência da Constituinte estabelecer um sistema completo de freios e contrapesos: por poucos votos não foi aprovado o Conselho Nacional de Justiça, para controle externo da Magistratura e do Ministério Público; foi, entretanto, mantido um adequado sistema de controle externo sobre Município (art. 31), sobre entidades da administração direta e indireta (arts. 70 e 74) etc.

Qual seria o objeto dessa forma de controle externo do Ministério Público sobre a atividade policial, antevista pelo constituinte e até hoje não regulamentada na maioria das leis locais?

É multifária a atividade policial, mas, a nosso ver, o controle que o Ministério Público deve exercer sobre ela diz respeito essencialmente às áreas em que a atividade policial se relaciona com as funções institucionais do Ministério Público: trata-se da investigação de crimes, dentro e fora dos inquéritos policiais, ou seja, a tarefa de polícia judiciária e de apuração de infrações penais.

A expressão *controle*, advinda do francês, significa ato de vigilância, verificação e fiscalização administrativa; inspeção, supervisão, exame minucioso das atividades, dos órgãos, das atividades.

Mas como será exercido tal controle? Conforme já se antecipou, depende ele do advento de lei complementar local; necessariamente, a lei nacional de que cuida o art. 61, § 1º, II, *d*, da Constituição da República, irá impor a respeito algumas normas gerais.

Para adequada desincumbência de tal atribuição constitucional, penso devamos caminhar para a fiscalização da apresentação ou não-apresentação de *notitia criminis*, que nem sempre é canalizada regularmente para a apuração dos atos criminosos; para o acompanhamento e melhor coleta de elementos de convicção destinados a formar a *opinio delictis*; para a apuração de crimes em que estão envolvidos policiais, governantes ou pessoas que possam influenciar negativamente na correta apuração dos fatos delituosos; para as visitas ordinárias ou extraordinárias às delegacias e aos locais onde estejam pessoas sujeitas à prisão processual; para o acompanhamento de lavratura de atos e termos policiais (boletins de ocorrência, flagrantes, oitiva de testemunhas, indiciados ou vítimas); para o combate à tortura e aos meios ilícitos de prova.

Nessa tarefa, ao constatar o cometimento de ilícitos penais ou a existência de falhas administrativas, deverá o órgão ministerial tomar providências na esfera de suas atribuições (CR, art. 129, incs. I a III); na área administrativa ou penal, que exceda o campo de sua atuação, deverá o órgão ministerial dirigir-se às autoridades competentes, pertençam estas ao próprio Ministério Público ou não.

Vejo pelo programa do Curso de Adaptação que os novos colegas terão uma palestra específica sobre o inquérito policial. Contudo, desde já, anoto ser tarefa que exige cuidados especiais no adequado relacionamento do Ministério Público e da Polícia Civil, especialmente na fase do inquérito. No acompanhamento das atividades da Polícia Judiciária, pode ocorrer que o Promotor surpreenda prisões ilegais ou até mesmo torturas, nas suas visitas às Delegacias ou à Cadeia Pública. Nesses casos,

deve agir com rigor, dentro de suas atribuições, coibindo os abusos de imediato com os meios legais a seu alcance, bem como apurando as responsabilidades.

Em nosso sistema jurídico, o Delegado Polícia preside o inquérito, o que não o exime do dever de atender às requisições efetuadas pelo órgão do Ministério Público, até mesmo *durante* a elaboração do inquérito. O órgão ministerial pode fazer tais requisições por ofício ou, se presente ao ato extrajudicial, pode fazê-las pessoalmente. Tratando-se de requisições formuladas por quem tenha atribuições para tanto, são elas ordens que exigem cumprimento.

Ainda recentemente, o Procurador-Geral de Justiça ao examinar um protocolado oriundo de Lucélia, corretamente reconheceu que o órgão ministerial pode efetuar requisições seja *antes* do inquérito (como a própria requisição do inquérito), seja *depois* de ultimado este (como quando, em vez de denunciar, entende ele necessárias novas diligências), seja, enfim, *durante* o andamento do dito inquérito policial, como titular exclusivo da promoção do *ius puniendi* estatal: seu poder de requisição também se destina à apuração das infrações penais por parte da Polícia (CR, VIII; cf. Pt. n. 11.101/90-MP.).

## **8. Representação da Fazenda Pública**

Em princípio, a nova Constituição trouxe aos órgãos do Ministério Público a vedação a propósito da representação das entidades de direito público (CR, 129, IX); entretanto, por exceção, norma transitória impôs ainda ao Ministério Público estadual a representação da União, até o advento da lei complementar relativa à Advocacia-Geral da União (ADCT, art. 29, § 5º).

Anote-se, porém, uma curiosidade: embora a representação judicial da Fazenda tenha sido a própria causa histórica da Instituição, o Ministério Público acabou dela se divorciando. Hoje, como tem lembrado nosso Procurador-Geral Doutor Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo, é o Ministério Público o braço armado do cidadão, ou seja, um órgão de defesa da sociedade e do cidadão contra seus agressores, entre os quais não raro se encontra o próprio governo ou os governantes.

Apontamos a total incompatibilidade de o Ministério Público exercer a advocacia, ainda que em favor da Fazenda. Se de um lado vez ou outra se apontam vantagens práticas, vemos, antes, verdadeira incompatibilidade real.

Aqui devemos insistir na distinção efetuada por Renato Alessi, a que mais de uma vez já nos socorremos, quando se analisam as facetas do interesse público: com efeito, é possível distinguir, de um lado, o modo pelo qual a Administração vê o interesse da coletividade (*interesse público secundário*) e, de outro, o efetivo bem geral (*interesse público primário*). À primeira vista, poderia parecer chocante nem sempre coincidam um e outro ângulo do mesmo interesse público; aliás, trocando idéias com promotores norte-americanos, surpreenderam-se eles. Acredito, contudo, ser injustificada sua surpresa quanto a essa sempre virtual e às vezes efetiva descoincidência. Por exemplo, a Administração pode, até por erro de avaliação, entender de construir uma usina nuclear em terreno inadequado, a trazer graves perigos para a coletividade; pode pretender a inundação de regiões de valor cultural ou ecológico, como vastas florestas tropicais; pode licenciar ou até mesmo explorar o funcionamento de uma siderúrgica que, dezenas de anos a fio, lança poluentes sólidos na atmosfera, com lesões incalculáveis à coletividade. Seriam estas decisões, tomadas não raro ao sabor de influências políticas ocasionais, apenas porque partidas da própria Administração, seriam elas, por si sós, sempre e sempre, qual presunção absoluta, um efetivo bem para a coletividade? E nos outros Países seria diferente? Tantas decisões de ir à guerra, a divisão de países, a corrida armamentista etc. — tudo isto mostra que nem sempre acertam aquelas pessoas encarregadas de tomar tais decisões. Tanto que volta e meia volta-se atrás em decisões de todo o tipo, à só mudança de governos. Daí a descoincidência, pelo menos virtual, entre o aludido interesse público primário e o secundário.

Voltemos, entretanto, à questão da representação da Fazenda. Suponhamos que o Procurador-Geral da República, acumulando as funções de Ministério Público e de chefe da advocacia da União, estivesse dando um parecer. Substancialmente, fá-lo-ia como representante da Fazenda ou como órgão do Ministério Público? É evidente que ambos os interesses precisam ser bem zelados, mas por órgãos distintos, porque se trata de interesses potencialmente inconciliáveis nas mãos de um só órgão. Interesse e fiscalização não se conciliam, como já foi reconhecido exatamente a esse propósito por nossa mais alta Corte (*RTJ*, 62:139 e 143).

Enfim, adveio a vedação à defesa e à consultoria das pessoas jurídicas de direito público interno pelo Ministério Público, posto que em parte atenuada tal vedação pela norma transitória do art. 29 e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.



## **VI — NORMA RESIDUAL OU DE EXTENSÃO**

Agora, o inc. IX do art. 129 da Constituição confere ao Ministério Público a possibilidade de lhe serem cometidas outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade.

Trata-se de norma que deve ser decomposta em duas partes: *a*) temos, de um lado, a norma de encerramento, pela qual poderá o Ministério Público exercer outras funções, desde que compatíveis com suas finalidades institucionais; *b*) de outra parte, temos a já aludida vedação para a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas — matéria sobre a qual nos reportamos aos comentários já anteriormente formulados.

À vista da destinação institucional do Ministério Público, podemos apontar uma conseqüência mais imediata dessa norma, ora examinada: a vedação da defesa de interesses exclusivamente individuais indisponíveis (CR, arts. 129, IX, e art. 127 *caput*).

À vista disto, seria de perguntar se se torna possível desde já recusar algumas funções atípicas que o Ministério Público vem atualmente exercendo (como a representação ou a substituição processual para defesa de interesses privados e disponíveis, tal qual ocorre na Curadoria de Ausentes — art. 9º, II, do CPC). Acreditamos que a resposta ainda seja negativa, ao menos diante da forma absoluta com que colocada a proposição. Realmente, o que justifica a intervenção ministerial na defesa do ausente, por hipótese, na verdade é o efetivo direito do réu ao contraditório, surgido à vista de sua revelia ficta (cf. nosso estudo *Curadoria especial*, em *RT*, 584/288). Para zelar por esse direito, que é indisponível, está capacitado o Ministério Público, podendo exercer tal defesa, ao menos enquanto não seja ela cometida, por exemplo, à defensoria pública.

## **VII — AS NOTIFICAÇÕES E AS REQUISIÇÕES**

Como já antecipamos, o art. 129 da Constituição, em alguns de seus incisos, menciona mais algumas “funções institucionais” do Ministério Público que, na verdade, são antes *instrumentos* para desempenho de funções institucionais, que funções institucionais por si mesmas.

Assim, as notificações e requisições não são tecnicamente “funções”, mas antes instrumentos para consecução das finalidades ministeriais, vindo previstas em

diversos dispositivos legais (CR, 129, VI e VIII; CPP, arts. 5º, 47; LC 40/81, art. 15, I e IV; art. 6º, da LACP — Lei n. 7.347/85; Estatuto da Criança e do Adolescente — art. 201, VI, *b*, *c* e § 4º). Em inúmeras dessas hipóteses, destinatário da requisição pode ser até mesmo o particular. Em havendo sigilo legal sobre a matéria, incumbe ao órgão do Ministério Público resguardar o sigilo, posto não raro se lhe assegure o acesso à informação.

Em matéria de interesses coletivos ou difusos, o desatendimento à requisição pode configurar o crime art. 10 LACP. Em outros casos, se tiver a recusa partido de funcionário público, poderemos ter configurado um crime de prevaricação; o delito de desobediência é residual.

As notificações ou requisições podem ter como objeto qualquer apuração relacionada com uma das áreas de atuação funcional do Ministério Público (na esfera criminal ou cível).

Devem as notificações e requisições ser limitadas à matéria cível, ou, ao contrário, poderiam as notificações ser efetuadas pelo Ministério Público com o objetivo de apurar fatos delituosos? Esta questão, naturalmente, esbarra noutra: estaria a Polícia Civil investida com exclusividade na investigação criminal?

De um lado, enquanto a Constituição deu exclusividade à polícia federal para desempenhar as funções de polícia judiciária da União, o mesmo não se fez com a polícia estadual (cf. art. 144, § 1º, IV, e § 4º); de outro, o Ministério Público tem poder investigatório previsto na própria Constituição, que não está limitado à área não-penal (art. 129, VI e VIII). Ademais seria um contra-senso negar ao único órgão titular da ação penal pública, encarregado de formar a *opinio delictis* e promover em juízo a defesa do *ius puniendi* do Estado soberano, — seria contra-senso negar-lhe a investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário, até mesmo nos casos em que a polícia tenha dificuldades ou até mesmo desinteresse na apuração dos fatos.

O inc. VIII do art. 129, ao mesmo tempo que permite ao Ministério Público efetuar requisições, acrescenta: “indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. Como já tivemos oportunidade de anotar, trata-se de dispositivo com nítida redação deficiente (*O Ministério Público na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 113 e s.). Na verdade, quer significar tal norma que o Ministério Público, além dos poderes de requisição, tem, agora outro assunto, — o dever de indicar os

fundamentos jurídicos de suas *manifestações processuais* — o que não alcança obviamente a matéria de requisições.

Os incs. III e VI do mesmo art. 129 asseguram ao Ministério Público a possibilidade de instaurar procedimentos administrativos, não se limitando à área não-penal. Nem teria sentido o entendimento contrário, como se viu.

Com a Lei 7.347/85, criou-se a figura do inquérito civil, presidido pelo Ministério Público.

Tais investigações administrativas, normalmente feitas por meio do inquérito civil, caracterizam-se pela informalidade. Sua finalidade consiste, normalmente, em servir de base à propositura de ação civil pública ou à promoção de arquivamento por parte do órgão ministerial. Neste último caso, o Promotor de Justiça não requer o arquivamento ao Juiz, como o faz num inquérito policial; antes determina o arquivamento, que será controlado pelo Conselho Superior do Ministério Público, na forma da Lei n. 7.347/85.

Examinando os efeitos do arquivamento, lembramos que, por si só, este último não traz naturalmente óbice algum à posterior propositura da ação, seja pelo próprio Ministério Público, seja por outro legitimado ativo para a ação civil pública.

Ao conduzir tais investigações administrativas, o órgão ministerial pode, é claro, expedir notificações ou requisições. Vale, pois, atentar para dispositivos da legislação estadual, que permitem nessa matéria a utilização dos serviços da Polícia Civil ou Militar (LC 304/82, art. 39, IX).

Por último, anotemos que, depois das investigações administrativas destinadas à propositura de ação civil pública, é possível que surjam incompatibilidades, por impedimento ou suspeição, do órgão do Ministério Público (como para o órgão que promoveu o arquivamento do inquérito, depois rejeitado pelo Conselho Superior da Instituição). A respeito, reportamo-nos à legislação processual civil pertinente (CPC, art. 138, I).

## **VIII — PROMOTOR “AD HOC”**

Ao contrário do que o permitia anteriormente a legislação infraconstitucional, agora está vedada a figura do Promotor *ad hoc* para o exercício de funções do Ministério Público (CR, art. 129, § 2º).

A propósito das conseqüências decorrentes da ausência do órgão do Ministério Público em audiência, remeto-me a estudo anterior, onde examino a questão mais detidamente (*O Ministério Público na Constituição de 1988*, cit., p. 169-171). Partindo do pressuposto de que a acusação penal, feita por órgão do Ministério Público, é imposição constitucional que visa a preservar a imparcialidade do juiz, não se pode admitir a validade de qualquer ato de promoção da ação penal pública praticado sem observância do devido processo legal.

## **IX — O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE**

É muito comum invocar-se o princípio da obrigatoriedade, quando se fala da promoção da ação penal pública ou da ação civil pública pelo Ministério Público. Indispensável se torna, pois, alcançar-se o verdadeiro significado do princípio.

Embora, em síntese, se pudesse dizer, de forma mais simples, que tal princípio consiste na obrigação que tem o Promotor de *propor* a ação, bem como na *impossibilidade de dela desistir*, veremos que a matéria está a exigir uma compreensão menos simplista, e portanto mais completa e adequada do aludido princípio.

A nosso ver, a partir de uma distinção inicial de Calamandrei (*Instituciones de derecho procesal civil*, II/496, § 126), fica mais claro colocar com precisão a questão da obrigatoriedade de agir por parte da Instituição: identificando o Ministério Público uma hipótese em que, por força de lei, lhe caiba agir, não se compreenderia fosse ele recusar-se a fazê-lo.

Não se admite, destarte, que o órgão do Ministério Público, *identificando* uma hipótese na qual a lei exige sua atuação, se recuse a agir; é nesse sentido que se pode dizer, corretamente, que sua atuação lhe é um dever, seja quando se trate de ajuizar uma ação penal, seja quanto ao ajuizamento da ação civil, seja até mesmo para interpor qualquer recurso.

Todavia, acrescente-se, se não tem o Ministério Público discricionariedade para agir ou deixar de agir quando *identifica* hipótese de agir, ao contrário, tem — e precisa mesmo ter — a necessária liberdade para apreciar *se ocorre hipótese* em que sua atuação se torna obrigatória.

Essas considerações valem tanto para o processo civil quanto para o processo penal. Neste último, o Ministério Público também tem ampla liberdade para apreciar os elementos de convicção do inquérito policial, para verificar se identifica

ou não a existência de crime a denunciar; mas, se reconhece a presença de tal pressuposto e se proclama que a seu ver houve crime, a partir desse momento não pode recusar-se a agir.

Assim, viola o princípio da obrigatoriedade o pedido de arquivamento, formulado por Promotor de Justiça que às expressas reconheça, por exemplo, estar demonstrado que o indiciado furtou; mas, por razões de oportunidade ou conveniência, deixa de denunciar. A única exceção para o que aqui se disse ocorrerá quando a legislação infraconstitucional, seguindo o caminho autorizado pela Constituição, em algumas hipóteses permita mitigar o princípio da obrigatoriedade (CR, art. 98, I).

No processo penal, além da regra do art. 42 do CPP, há ainda mais uma limitação à disponibilidade da iniciativa do Ministério Público: interposto um recurso, dele não pode desistir o órgão ministerial (CPC, art. 576).

É matéria controvertida a questão de admitir-se ou não a desistência na ação civil pública proposta pelo Ministério Público, bem como a questão da possibilidade de desistir-se do recurso interposto por órgão desta Instituição em matéria cível. Já temos sustentado, em trabalhos doutrinários, essa excepcional possibilidade, por razões que foram discutidas em sede própria (*A defesa dos interesses difusos em juízo — meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural*, 2ª ed., Rev. dos Tribunais, cap. 22).

A transação no processo penal ainda é inviável, feita apenas a ressalva da possibilidade, *de lege ferenda*, hoje trazida pelo art. 98, I, da Constituição da República. Na ação civil pública, sob o aspecto puramente técnico, parece-nos impossível a transação por parte do Ministério Público, porque o substituto processual não é titular do direito material que defende em juízo; contudo, já antevemos concessões, de caráter pragmático e também excepcional, ao aludido princípio (*A defesa...*, cit., cap. 23).

Quanto à obrigatoriedade em *prosseguir* na ação civil pública de conhecimento, objeto de desistência por parte de um dos outros co-legitimados, trata-se de questão que não é absoluta. Com efeito, nesse caso, a decisão do órgão ministerial, sobre a questão de prosseguir-se ou não na ação, sujeita-se aos mesmos princípios informadores da viabilidade para a própria propositura da ação (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 8.078/90). Em outras palavras, se o órgão do Ministério Público se convencer de que inócorre hipótese em que se faça necessário o prosseguimento do feito, não será obrigado a prosseguir na ação que, aliás, não seria obrigado a propor.

Julgado, porém, procedente o pedido formulado por um dos co-legitimados para a ação civil pública, se na *execução* advier desistência, agora o Ministério Público será obrigado a assumir a promoção da execução, porque aqui não haverá como não se identificar a existência da violação do direito, já reconhecida jurisdicionalmente, aliás.

## **X — ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL**

### **1. A titularidade da ação penal pública**

Já anotamos que a única função exclusiva de Ministério Público consiste na promoção da ação penal pública; o que se fará “na forma da lei” é o *como* promover a ação (cf. CR, art. 129, I). É uma só a exceção ao princípio da iniciativa exclusiva do Ministério Público na promoção da ação penal pública: trata-se da ação penal privada subsidiária (CR, art. 5º, LIX).

### **2. A relação de organicidade**

Qual a natureza jurídica da relação que existe entre o Promotor de Justiça e o ofício que as leis denominam de *Ministério Público*? O mesmo se diga quanto ao Curador Cível ou o Procurador de Justiça, em relação ao ofício que desempenha. Cada qual deles será um *representante* ou um *órgão* do Ministério Público? Ou isto seria apenas uma discussão bizantina?

A questão é relevante. O Promotor de Justiça é agente estatal que exerce o ofício de Ministério Público, estabelecendo-se entre ambos uma relação de *organicidade* e não apenas de representação. O *órgão* é, ele não *representa* o Ministério Público num feito onde atua. Assim, desde que o *órgão* tenha atribuições legais para oficiar em função judicial ou extrajudicial, tudo aquilo que ele disser ou fizer, dentro dos limites do ofício que desempenha, será a própria Instituição que está dizendo ou fazendo; nenhum outro *órgão*, por mais hierarquizado que seja, poderá substituir sua vontade lançada em sua manifestação, desde que o ato praticado tenha provindo de quem tenha atribuições para praticá-lo. Assim como o braço não representa a pessoa, o Promotor de Justiça comunga uma parte do todo da Instituição.

### **3. O Promotor como agente político**

O agente político, na abalizada lição da doutrina de Hely Lopes Meirelles, é um dos *órgãos* da soberania do Estado, encarregado de tomar as últimas decisões, na

esfera de suas atribuições, sobre matérias que a própria Constituição lhe incumbiu. Responsabiliza, pois, no exercício regular de suas funções, ao próprio Estado, não a si mesmo nem à Instituição a que pertence.

#### **4. Natureza da função exercida pelo Ministério Público no processo penal**

Na promoção da ação penal pública pelo órgão do Ministério Público, vemos o exercício de uma parcela direta da própria soberania do Estado (aqui estamos considerando soberania sob o ângulo analisado por Herculano de Freitas e retomado por Ataliba Nogueira, como o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar competências).

O direito de punir — *jus puniendi* — tem como seu titular o Estado soberano. Entretanto, para que esse poder-dever seja atuado em concreto, há vários momentos que devem ser transpostos, cada um deles de exercício de soberania por órgãos diferentes do Estado:

- a) a edição da lei (pelos Poderes Legislativo e Executivo);
- b) a acusação penal (pelo Ministério Público);
- c) a jurisdição penal (pelo Poder Judiciário);
- d) a execução penal (pelos Poderes Judiciário Executivo).

#### **5. A constitucionalidade do art. 28 do Código de Processo Penal**

Como se sabe, o art. 28 do Código de Processo Penal coloca nas mãos do Ministério Público a última palavra sobre a não-propositura da ação penal pública. Seria tal dispositivo inconstitucional, porque, quando o Ministério Público se recuse a fazer a imputação, estaríamos permitindo que se subtraísse do Poder Judiciário o conhecimento da matéria?

Esta questão, embora cientificamente superada, é interessante por permitir que se discuta o embasamento doutrinário das funções do Ministério Público.

Não há inconstitucionalidade alguma em tal dispositivo. O Ministério Público, como órgão independente do Estado, detém parcela da sua soberania: quando resolve não acusar, é o próprio Estado soberano a decidir-se por não acusar. O direito de acusar, bem como o direito de punir, tem como seu titular o Estado soberano (vi-

mos que o direito de punir é *matéria de direito público, s.s.*). Se o Estado, pelo seu órgão competente, resolve fundamentadamente não acusar — decisão esta que se submete naturalmente a um elaborado sistema de freios e contrapesos — daí não se gera *lesão alguma de direito individual*, a merecer apreciação do Poder Judiciário.

## **6. O Ministério Público é parte?**

Qual o papel do Ministério Público no processo penal: é parte parcial, imparcial, não é parte — qual sua verdadeira posição no processo penal?

Há bastante discussão a respeito: parte *sui generis* (Manzini, Tornaghi); parte imparcial (De Marsico, Noronha); parte parcial (Carnelutti); parte material e processual (Frederico Marques); parte formal, instrumental ou processual (Olmedo, Leone, Tourinho); não é parte (Otto Mayer, Petrocelli).

Convém lembrar que Manzini sustentou só não ser o Ministério Público parte no sentido material, porque não é seu o direito que promove, mas do Estado soberano; lembrou o grande penalista que o Ministério Público não tem um interesse seu contraposto ao de alguém, antes e fora do processo.

Entretanto, acolhida a teoria da organicidade (não só entre o Promotor e o Ministério Público, mas entre este e o Estado soberano), é possível objetar a estas conclusões, aceitando seja a Instituição parte material e formal no processo penal.

Assim, o Ministério Público, sobre ser parte no sentido material, é também parte formal ou instrumental. Sua imparcialidade é meramente moral, não é referida em sentido técnico. Ser parte é ser titular de ônus e faculdades processuais. Seu dever de buscar a verdade, sua liberdade de acusar ou de pedir a absolvição, por certo não desnaturam sua posição de órgão do Estado, que concentra nas mãos a titularidade exclusiva de promover o direito de punir do Estado.

## **7. Relacionamento entre o Promotor e a Procuradoria-Geral de Justiça**

Convém que se adentre na seguinte questão: qual a efetiva ingerência do chefe do Ministério Público no trabalho de um Promotor?

Já fizemos acima a crítica aos conhecidos princípios da unidade e da indivisibilidade, que param onde começa a garantia da independência funcional de cada agente ministerial, hoje expressamente assegurada na Constituição da República.



Assim, a primeira limitação ao poder de chefia do Procurador-Geral de Justiça encontra-se na própria independência funcional de cada um dos órgãos da Instituição. Assim, as designações encontram limites na esfera de atribuições legais dos órgãos ministeriais, bem como na existência de prévia hipótese prevista em lei (tanto em relação ao órgão designado, como, eventualmente, em relação àquele afastado; a propósito, cf., a propósito, nosso trabalho *O Ministério Público no processo penal*, RT, 500/426).

À vista do princípio hierárquico, cabe a pergunta: pode o Procurador-Geral avocar qualquer atribuição de um órgão do Ministério Público? Ou, ainda, pode aquele afastar qualquer Promotor do feito em que deveria officiar, e livremente designar outro Promotor para exercer as funções do órgão afastado?

Embora até há não muito tempo a doutrina mais conservadora pudesse responder de forma positiva a ambas as indagações, hoje a questão se põe de forma diversa, especialmente à luz da Constituição de 1988. Insistimos em que os poderes do Procurador-Geral encontram limites na independência funcional de cada um dos órgãos do Ministério Público, bem como na sua inamovibilidade, que, antes de se destinar a garantir apenas o cargo, quer-lhe assegurar o exercício das correspondentes funções. Senão, seria garantia vazia de conteúdo.

As designações do Procurador-Geral, portanto, são cabíveis e legítimas em todas as hipóteses em que diretamente poderia ele agir (como nos feitos em que a lei lhe confira atribuições originárias; como nas hipóteses do art. 28 Código de Processo Penal; como quando solucione conflito de atribuições entre órgãos ministeriais etc.).

O que não tem sentido seria admitir um poder ilimitado para designar. Hoje, a moderna doutrina de Ministério Público tem denominado como *princípio do promotor natural* a necessidade de existir um órgão do Ministério Público com prévias atribuições legais para exercer uma atribuição da Instituição. Em Tese que apresentamos em 1976, aprovada no *IV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos*, já preconizávamos que “contra designação ilegítima cabe resistência e mandado de segurança; a favor de designação legítima, cabe remoção compulsória” (op. cit., RT, 500/426).

Atualmente, nos trabalhos da Conamp, tem-se discutido sobre o anteprojeto da nova lei orgânica, que fixará normas gerais para o Ministério Público nacional. Nesses trabalhos, a posição predominante tem sido a de que deve mesmo haver uma

válvula, embora excepcional, para que o Procurador-Geral de Justiça proceda ao afastamento do Promotor de suas atribuições, desde que precedido tal afastamento de autorização de um colegiado competente da própria instituição.

## **XI — AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **1. Conceito de ação civil pública**

A expressão *ação civil pública*, preconizada por Calamandrei, busca guardar um paralelo com correspondente expressão *ação penal pública*. Inicialmente, com *ação civil pública* se quis dizer a ação de objeto não-penal, proposta pelo Ministério Público. Na verdade, porém, tal expressão, se bem que já incorporada na legislação, doutrina e jurisprudência, não deixa de padecer de impropriedade. De um lado, toda ação é *pública*, enquanto direito público subjetivo dirigido contra o Estado; de outro, como não tem o Ministério Público exclusividade na propositura da dita ação civil pública, podemos hoje considerar que esta última compreende não só a ação de objeto não-penal proposta por aquela Instituição, como a mesma ação, com mesmo objeto, *proposta por qualquer dos demais co-legitimados ativos*, desde que destinada à defesa de interesses difusos e coletivos.

### **2. Ações civis públicas de iniciativa do Ministério Público**

Embora os livros mais tradicionais sobre Ministério Público elenquem um pequeno rol de ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público, na verdade um levantamento mais completo a respeito excede a centena de hipóteses, graças à sua grande variedade (cf. nosso *A defesa dos interesses difusos...*, cit., Cap. 3).

As primeiras das ações civis públicas de iniciativa ministerial já vêm elencadas na própria Constituição: trata-se de algumas ações de iniciativa do Procurador-Geral da República. Lembremos, como exemplo, a representação para observância de princípios constitucionais (art. 36, III); a representação interventiva (art. 36, VI); a ação declaratória de inconstitucionalidade (art. 102); a ação para defesa do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III); a ação de responsabilidade civil por fatos apurados por comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º).

As demais, já relacionadas em nosso anterior trabalho, já mencionado, decorrem do ordenamento jurídico (Código Civil, Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, Lei da Ação Civil Pública etc.).

### 3. O problema da vinculação do órgão do Ministério Público

Está ou não o órgão do Ministério Público vinculado à defesa de pessoas ou interesses, quando proponha ou quando intervenha numa ação civil pública?

A propósito da questão de ser parte ou de ser fiscal da lei, adverte com razão Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, n. 187, ed. Rev. dos Tribunais): ser parte não significa não ser fiscal da lei e vice-versa. Ser parte quer significar ser titular de ônus e faculdades do processo; nesse sentido, o Ministério Público, ainda que não tenha proposto a ação, parte sempre é. Está sempre em busca da defesa de um interesse; este interesse, sim, é que nem sempre está personificado (ligado a uma pessoa), pois pode ser um interesse impessoal (ligado ao bem geral).

Com efeito, como vimos, os interesses podem estar ligados mais diretamente às próprias pessoas ou, antes, à objetiva proteção de alguns bens da vida. Exemplificando, lembremos a representação de inconstitucionalidade, a que já nos referimos: trata-se da proteção a um bem objetivo, desvinculado *a priori* de pessoas determinadas. Trata-se aqui da defesa do interesse abstrato da prevalência da ordem constitucional. Agora, outro exemplo: a defesa das comunidades indígenas, prevista no art. 129, V, da CR. Neste caso, temos, evidentemente, a defesa de um bem ligado mais diretamente a uma parte.

É claro que a atuação do Ministério Público sempre é finalística, sempre está ligada à defesa de um bem jurídico. Se esse bem for personalizado (como na defesa de incapazes, de pessoas portadoras de deficiência, de acidentados do trabalho, de comunidades indígenas), teremos aí verdadeira assistência; se o bem não for personalizado, a vinculação será com a defesa da ordem jurídica abstrata.

A diversidade de causas interventivas para o Ministério Público não raro traz como consequência a obrigatória pluralidade de órgãos a atuar simultaneamente no feito.

A esse propósito, a regra é a seguinte:

a) se o órgão do Ministério Público está oficiando em razão de um interesse público não personificado, basta a presença de um só órgão (a não ser que, pelo princípio da especialização, em comarcas dotadas de diversos órgãos ministeriais, haja mais de um deles com atribuições específicas: p. ex., o curador de registros públicos e o de resíduos, em ação de usucapião versando imóvel clausulado; entretanto,

numa comarca do interior, onde só haja um órgão ministerial, não haverá necessidade de acionar o substituto automático do primeiro, porque nada obsta a que um só órgão acumule tais funções, porque compatíveis);

*b)* se o órgão do Ministério Público está oficiando em razão de interesse público ligado à qualidade de uma das partes, haverá necessidade da presença de tantos órgãos ministeriais quantas sejam as partes com interesses conflitantes, em razão de cuja presença deva o Ministério Público zelar. Em outras palavras, se no feito houver mais de uma parte cuja presença, por si só, justifique a intervenção ministerial, e desde que estejam essas partes ocupando no feito posições conflitantes, haverá necessidade de nele oficiarem tantos órgãos ministeriais quanto forem as partes com interesses conflitantes. Neste caso, o princípio vale tanto para a Capital, como para o interior, devendo-se acionar o substituto automático do órgão ministerial impedido, quando for o caso.

Extraindo exemplificativamente conseqüências das premissas acima, examinemos a ação civil pública. Se for ela proposta por órgão ministerial na defesa de algum interesse coletivo ou difuso (sempre ligado a grupos de pessoas), bastará a atuação do órgão ministerial que propôs a ação. No caso, não haverá cabimento em outro órgão officiar, agora como interveniente, porque a única causa de atuação ministerial, naquele feito, já se encontrará adimplida com a atuação protetiva do único órgão agente. A atuação de órgão interveniente ministerial, no caso, só ocorrerá se o Ministério Público não for autor; neste último caso, a expressão “fiscal da lei”, usada no § 1º do art. 5º da Lei n. 7.347/85, poderia levar a supor que sua atuação deixasse de ser protetiva, o que seria, porém, incorreto.

#### **4. O arquivamento do inquérito civil**

Já examinamos acima as questões decorrentes do arquivamento e do controle do arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público (inc. VII).

#### **5. Interesse de agir e legitimidade**

Quando a lei confere legitimidade de agir ao Ministério Público, presume o interesse de agir: no caso, o interesse está na própria norma que chama o Ministério Público ao processo (cf. lições de Carnelutti e Satta).

#### **6. Objeto da ação civil pública**

O art. 129, III, da Constituição da República torna bem abrangente o campo de propositura da ação penal pública pelo órgão ministerial: “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Quanto ao que seja *patrimônio público*, vale lembrar que vem esta expressão, de tradição constitucional, já definida na Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular). Já por *patrimônio social*, quer-se significar o patrimônio da coletividade como um todo, ou seja, o bem geral ou o interesse público primário.

Quanto à defesa dos demais interesses difusos e coletivos, é feita especialmente a partir da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), que é de aplicação subsidiária para outras normas de proteção a interesses difusos e coletivos (Leis ns. 7.853/89, 7.913/89, 8.069/90, 8.078/90). Ademais, tendo a Lei n. 8.078/90 superado o veto originário que tinha sido imposto à Lei n. 7.347/85, alcança-se agora a integral defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, bem como de *qualquer outro interesse coletivo ou difuso*.

### **7. A defesa do meio ambiente**

A Lei n. 6.938/81 estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, bem como editou normas de direito material sobre a proteção ambiental; a defesa em juízo dos interesses difusos ou coletivos relativos à questão adveio da lei pioneira n. 7.347/85.

### **8. A defesa do consumidor**

A defesa dos interesses do consumidor pode ser vista de vários aspectos: o interesse do consumidor pode ser privado (um só comprador lesado), coletivo (uma série de um produto produzido com defeito) ou difuso (como na propaganda enganosa).

A defesa do consumidor, sob esses três aspectos, está hoje disciplinada no Código do Consumidor, advindo com a Lei n. 8.078, de 11-09-90. Sob o aspecto da ação civil pública, de iniciativa do Ministério Público, porém, só interessa a defesa do consumidor considerado de forma coletiva ou difusa.

## **9. A defesa de outros interesses difusos e coletivos**

Como já se antecipou, por força da Lei n. 7.347/85, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.078/90, bem como por força de mandamento da própria Constituição da República, hoje é possível a defesa de outros interesses difusos e coletivos, além do meio ambiente e do consumidor. É o caso da defesa do patrimônio cultural; da defesa do contribuinte; da defesa do trabalhador rural transportado indevidamente etc.

O limite para a atuação ministerial nessa área será, naturalmente, a destinação institucional do Ministério Público.

## **XII — ATENDIMENTO AO PÚBLICO**

O atendimento ao público, feito pelo Promotor de Justiça, inclui-se entre suas principais funções. Trata-se de encargo que o Ministério Público foi conquistando aos poucos, gradual e naturalmente. Neste momento, por exemplo, em milhares de comarcas no País, há Promotores a atender aos que os procuram, dando-lhes orientação em conflitos criminais, de família, de menores, de assistência judiciária; estão a zelar pelo efetivo respeito dos próprios poderes públicos aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, II); encontram-se a promover ações de sua esfera de atribuições, decorrentes do atendimento direto dos interessados.

Convém que se cuide para que a entrevista se desenvolva de modo amistoso, paciente e calmo, desde o primeiro contato do Promotor de Justiça com aquele que o procura. Deve o Promotor estimular o diálogo, porque, por inúmeras razões, nem sempre é fácil a quem o procura exprimir-se de forma adequada ou completa sobre os problemas que o trouxeram ao gabinete do Promotor.

As hipóteses mais freqüentes de atendimento consistem seguramente nas questões de família (desentendimentos que envolvam marido, mulher ou filhos); de alimentos; de guarda de filhos; de interdição; de suprimimento de consentimento ou de capacidade; de menores (infratores, abandonados); de assistência judiciária (matérias cíveis patrimoniais, de concubinato; de defesa em ações cíveis ou penais); de orientação sobre direitos (trabalhistas, acidentários etc.), além, naturalmente, de matérias criminais de toda a espécie.

É necessário impor uma adequada disciplina no atendimento, em atenção às peculiaridades locais. Outrossim, a triagem feita por estagiários do Ministério Pú-

blico, desde que supervisionada pelo Promotor e sem afastar em hipótese alguma o atendimento direto do povo por este último, deve ser estimulada, pois aumenta a eficiência no atendimento (como a elaboração de fichas com o resumo do caso, para maior objetividade na entrevista). Os casos urgentes, entretanto, devem ser atendidos a qualquer hora, mesmo fora do expediente forense.

Por certo o atendimento ao público pressupõe uma série de dificuldades: não raro pessoas desequilibradas ou mesmo com mandado de prisão por cumprir estão entre as que procuram o Promotor; há casos de cuidados especiais com pessoas mais exaltadas, que proferem ameaças ou chegam mesmo a executar desatinos.

Não posso, porém, olvidar que há Promotores que não gostam de efetuar o atendimento. Reconheço, é tarefa sobrecarregada e difícil fazê-lo em meio às audiências, aos processos, a tantas e tantas tarefas institucionais. Mas é das mais importantes, das mais sérias funções ministeriais, porque é especialmente por meio dela que os Promotores de Justiça podem tornar-se realmente úteis à comunidade, permitindo assegurar-se a validade da presença social da Instituição. Pelo atendimento ao público, o Promotor de Justiça toma conhecimento de muitos crimes que não são levados à Polícia, ou que, se levados, não são adequadamente apurados; por ele, tomamos muitas iniciativas necessárias, na área cível ou penal, ou até mesmo relevantes providências administrativas e extrajudiciais; por ele, tomamos, enfim, o próprio pulso da comunidade.

Temos aqui mais que um *ombudsman*, pois não se pode limitar o Promotor a apenas *ouvir* os interessados; tem ele em mãos instrumentos poderosos como a requisição do inquérito policial; a promoção da ação penal pública; o inquérito civil; a ação civil pública; as requisições, as notificações...

É mister, porém, uma autocrítica: além de vencer-se o desinteresse que alguns Promotores têm no desempenho dessa relevantíssima tarefa, deve ser dito que o Ministério Público precisa chegar mais efetivamente ao povo, para que este saiba o que a Instituição pode fazer, o que está fazendo — e o que não está fazendo.

Se não mostrarmos a que viemos, certamente na próxima reforma constitucional, não só não continuará o crescimento institucional, como certamente perderá o Ministério Público atribuições e predicamentos.

Temos o dever de atender os necessitados: defender as vítimas de crimes, o consumidor, o meio ambiente, a criança e o adolescente, os reclamantes trabalhistas,

os acidentados do trabalho, não só nos processos, como também fora deles, como no atendimento aos populares, que procuram informalmente o Promotor de Justiça.

Trata-se de função institucional, que a própria Constituição Federal agora previu (art. 129, II). Preferiu o constituinte confiar na tradição de atendimento ao público por parte do Ministério Público; não optou ele por criar um novo organismo como um *ombudsman* ou um “ouvidor do povo”. Está aí mais um motivo para corresponder à aspiração da Lei Maior para que essa relevante função seja exercida com a maior dedicação e competência.