

## MINISTÉRIO PÚBLICO: ESSÊNCIA E LIMITES DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

EMERSON GARCIA \*

SUMÁRIO: 1. Delimitação do plano de estudo. 2. O princípio da independência funcional e o seu caráter normativo. 3. A independência funcional e os seus limites. 3.1. Identificação da situação fática ou jurídica. 3.2. Verificação da atribuição do agente e exercício da atividade funcional. 4. Independência funcional e recurso contra decisão lastreada em parecer favorável do Ministério Público. Epílogo.

### 1. DELIMITAÇÃO DO PLANO DE ESTUDO

Independência deriva do radical latim *pendeo*, depender de, acrescido do prefixo *in*, relacionado à partícula negativa *ne*, e do sufixo (*e*)ncia, indicando ação ou efeito. Etimologicamente, indica a ação livre. No plano puramente jurídico, é signo linguístico nitidamente polissêmico, abarcando conceitos distintos, como são os de *soberania*, *autonomia* e *independência stricto sensu*. Esses conceitos, conquanto tenham um núcleo comum, centrado na idéia de ação livre<sup>1</sup>, costumam veicular distintos graus de liberdade, que variam conforme a intensidade dos balizamentos existentes.

O Estado de Direito, em seu conceito clássico, é a instância suprema no âmbito do seu território, possuindo uma “força de dominação originária”<sup>2</sup>, da qual derivam e para a qual convergem todas as estruturas de poder que ali atuam<sup>3</sup>, fenômeno que veio a ser identificado, por JEAN BODIN, em 1576, com a

---

\* Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela mesma Universidade. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça (2005-2009). Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da International Association of Prosecutors (The Hague - Holanda).

1. O *Black's Law Dictionary* conceitua a independência como “[o] estado ou condição de ser livre de dependência, sujeição ou controle” (St. Paul: West Publishing Co., 1990, p. 770).
2. JELLINEK., Georg. *Teoría General del Estado (Allgemeine Staatslehre)*, 1ª ed., 2ª imp., México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 399-400.
3. Cf. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. I, 2ª ed., Verona: CEDAM, 1970, p. 63-64; e RUFLA, Paolo Biscaretti di., *Diritto Costituzionale*, 15ª ed., Napoli: Jovene Editore, 1992, p. 58.

cunhagem do conceito de soberania. Segundo BODIN<sup>4</sup>, a soberania é um poder perpétuo e absoluto que permite a independência em relação aos poderes internos e aos externos. Quanto aos primeiros, indica a desnecessidade de consentimento dos súditos para a validade e a eficácia das normas, já a independência frente aos poderes externos demonstra a igualdade entre os Estados. Essa independência perante outros Estados foi considerada, por HEGEL<sup>5</sup>, como “a primeira liberdade e a honra mais alta de um povo” (“die erste Freiheit und die höchste Ehre eines Volkes”). Como resultado da consolidação do poder e da supremacia daí decorrente, a soberania seria necessariamente ilimitada<sup>6</sup> e indivisível<sup>7</sup>.

A evolução do Estado de Direito e o estreitamento das relações internacionais, em especial com o surgimento das organizações internacionais de integração, como a União Européia e, em estado ainda embrionário, o Mercosul, culminaram com o redimensionamento da noção de soberania. O Estado deixou de ser uma partícula isolada e passou a ser integrado numa sociedade internacional sistemicamente ordenada e balizada por certos referenciais, como a busca incessante da paz e a proteção dos direitos humanos. A partir do segundo pós-guerra, criminosos de guerra, ainda que atuando com estrita observância da ordem jurídica interna, têm sido responsabilizados, por tribunais internacionais, nos casos de massivas violações aos direitos humanos<sup>8</sup>.

---

4. *Los seis libros de la república (les six livres de la République, de 1576)*, 3ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1997, Livro I, p. 47.

5. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4ª ed., Hamburg: Verlag von Felix Meiner, 1967, p. 278.

6. Cf. BODIN. *Los seis...*, Livro I, p. 49.

7. Cf. BODIN. *Los seis...*, Livro II, p. 89.

8. O Tratado de Londres, celebrado em 8 de Agosto de 1945 pelos Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha e URSS, Estados vencedores na Segunda Guerra Mundial, reconheceu que os indivíduos têm direitos e obrigações internacionais e assentou a possibilidade de serem penalmente responsabilizados no plano internacional. O seu art. 1º instituiu o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para o julgamento dos principais criminosos de guerra dos Países Europeus do Eixo, tendo o art. 6º definido os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. A instalação de Tribunais Penais Internacionais tem se mostrado necessária à prevenção e à repressão de inúmeros crimes de extrema lesividade aos direitos humanos, afastando, assim, os efeitos deletérios da impunidade em situações de extrema gravidade. Nesse particular, cabe ao Conselho de Segurança das Nações Unidas decidir sobre a sua instalação, posição já adotada em relação aos conflitos verificados na (1) antiga Iugoslávia - Resolução nº 808, de 22 de Fevereiro de 1993, in *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 97, nº 2, pp. 534 a 538, 1993; o Conselho de Segurança, na Resolução nº 764 (1992), de 13 de Julho (in *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 96, nº 4, pp. 1051 a 1053, 1992) já reconheceu a responsabilidade individual pelos crimes de guerra praticados na antiga Iugoslávia; e (2) no Ruanda - Resolução nº 955, de 8 de Setembro de 1994, in *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 98, nº 4, pp. 1066 a 1068, 1994. Observa Eduardo Correia Baptista que o Tribunal Penal Especial para a Serra Leoa, previsto na Resolução nº 1315 (2000), de 14 de Agosto, não pode ser considerado um terceiro Tribunal das Nações Unidas, pois resultou de um acordo bilateral entre a Serra Leoa e essa Organização, não de uma criação do Conselho de Segurança, sendo o primeiro acordo dessa natureza celebrado entre as Nações Unidas e um Estado membro (O Poder



A transferência, as organizações internacionais, de poderes tradicionalmente enquadrados sob a epígrafe da soberania<sup>9</sup>, ao que se soma a possibilidade de as decisões de órgãos supranacionais terem eficácia direta no território do Estado, são claros indicativos de que a soberania há muito deixou de ser “*una, indivisível, inalienável e imprescritível*”<sup>10 11</sup>.

Enquanto a soberania se manifesta com igual intensidade nos planos externo e interno, a autonomia costuma ser vista e contextualizada no âmbito exclusivamente interno. Nas sempre lúcidas considerações de CONSTANTINO MORTATI<sup>12</sup>, autonomia, “*segundo o seu significado (do grego: autos – si próprio, nemein – governar), quer indicar a liberdade de determinação consentida para um sujeito, traduzindo-se no poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação, ou, mais compreensivamente, o poder de prover os interesses próprios e, portanto, de gozar e dispor dos meios necessários para obter uma harmônica e coordenada satisfação dos mesmos interesses*”.

A ideia de “*liberdade de determinação consentida*” indica que a autonomia não é inata, mas outorgada, normalmente pela ordem jurídica, sendo exercida nos limites dessa outorga. É nesse sentido que se fala na autonomia do Poder Judiciário ou do Ministério Público: podem exercer livremente as competências, funcionais ou não, que a ordem jurídica lhes outorgou, sem qualquer influência de fatores exógenos nos juízos valorativos que venham a realizar, o que não exclui, obviamente, a aferição de sua compatibilidade com o referencial de juridicidade<sup>13</sup>.

Em linha de princípio, não haveria distinção substancial entre autonomia e independência, já que ambos os signos seriam indicativos de uma ação livre, à margem do dirigismo exógeno. A semelhança, no entanto, não avança até a identidade. Etimologicamente, autonomia deriva da união das palavras gregas *auto*, que indica aquilo que é próprio, e *nomia*, que significa regra, nor-

---

Público Bélico em Direito Internacional: o Uso da Força pelas Nações Unidas em Especial, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1144, nota 3190). Trata-se de Tribunal misto com competência para julgar os crimes internacionais e os crimes tipificados no Direito interno de Serra Leoa, o que é um considerável diferencial em relação aos Tribunais da Iugoslávia e do Ruanda, adstritos à aplicação do Direito Internacional. Cf. Micaela Frulli, *The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments*, in *European Journal of International Law* vol. 11, n° 4, p. 857 (858), 2000.

---

9. O art. 24, 1, da *Grundgesetz* alemã é bem sugestivo: “[a] Federação poderá transferir poderes de soberania, por lei, a instituições internacionais.”

10. DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4ª ed., Paris: E. Boccard, 1923, p. 85.

11. Sobre os aspectos qualitativo e quantitativo da soberania, vide, de nossa autoria, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 10-15.

12. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, 7ª ed., Pádua: Cedam, 1967, p. 694.

13. Vide GARCIA, Emerson. A autonomia financeira do Ministério Público, in *Revista dos Tribunais*, vol. 803, setembro de 2002, p. 59.

ma. Nessa linha, enquanto a autonomia também abarcaria a prerrogativa de estabelecer as próprias normas a serem seguidas, a independência se limitaria aos atos de execução abrangidos pela esfera de atuação funcional do órgão ou agente. Haveria, assim, uma relação de *plus* e *minus*.

Ressalte-se, no entanto, que qualquer tentativa de delineamento conceitual desses signos linguísticos sempre irá se deparar com a falta de sistematização do nosso texto constitucional, que ora lhes atribui sentidos diversos em idênticas situações, ora os considera sinônimos.

Principiando pela *soberania*, observa-se que a Constituição de 1988 tanto a emprega em seu sentido clássico<sup>14</sup>, relacionado com a inconstitucionalidade do poder estatal, como no de independência *stricto sensu*, vale dizer, como liberdade de ação<sup>15</sup>. A soberania ainda é associada às raízes do princípio democrático, isto ao situá-la no povo, origem de todo o poder estatal<sup>16</sup>. O signo autonomia, conquanto seja normalmente empregado como atributo das instituições que têm reconhecida a sua liberdade de gestão, também é utilizado no sentido de independência *stricto sensu*<sup>17</sup>, indicando, nesse último caso, a liberdade na prática de atos de execução afetos às suas atividades finalísticas<sup>18</sup>; é empregado, igualmente, num sentido que bem se afeiçoa ao conceito de soberania, indicando que o País não deve ser tecnologicamente dependente de

- 
14. CR/1988, art. 1º, I (a soberania como fundamento da República Federativa do Brasil); art. 5º, LXXI (o mandado de injunção se destina a regular as prerrogativas inerentes à soberania); art. 17, *caput* (conquanto seja livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, deve ser resguardada a soberania nacional); art. 91, *caput* (o Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta em assuntos relacionados à soberania nacional); art. 170, I (a ordem econômica deve observar o princípio da soberania nacional); 231, § 5º (a remoção de grupos indígenas só pode ocorrer em situações específicas, como no interesse da soberania nacional).
  15. CR/1988, art. 5º, XXXVIII, c (é reconhecida a instituição do júri, assegurada a soberania dos veredictos).
  16. CR/1988, art.14, *caput* (a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto).
  17. CR/1988, art. 17, § 1º (é assegurada a autonomia dos partidos políticos); art. 34, VII, c (a União poderá intervir nos Estados para assegurar a autonomia municipal); art. 37, § 8º (poderá ser ampliada, por contrato, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta); art. 99, *caput* (ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira); art. 103-B, § 4º, I (o Conselho Nacional de Justiça deve zelar pela autonomia do Poder Judiciário); art. 127, § 2º (ao Ministério Público é assegurada autonomia administrativa); art. 130-A, § 2º (o Conselho Nacional do Ministério Público deve zelar pela autonomia do Ministério Público); art. 134, § 2º (às Defensorias Públicas estaduais é assegurada autonomia administrativa); art. 207, *caput* (as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial); art. 217, I (o Estado deve fomentar as práticas desportivas observando a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto à sua organização e funcionamento).
  18. CR/1988, arts. 127, § 2º e 134, § 2º (ao Ministério Público e às Defensorias Públicas estaduais é assegurada autonomia funcional).



estrangeiro<sup>19</sup>. O signo *independência*, por sua vez, tanto é utilizado como sinônimo de soberania<sup>20</sup>, como de independência *stricto sensu*<sup>21</sup>.

Não obstante a ausência de uniformidade conceitual, é factível que cada um dos conceitos integrantes da noção mais ampla de independência reflete um aspecto da liberdade de ação, que necessariamente deve coexistir com certos padrões de correção refletidos no conceito mais amplo de juridicidade. Nenhum deles, portanto, indicará uma liberdade ilimitada, livre de balizamento ou sindicância. A independência funcional do Ministério Público, objeto principal dessas breves linhas, não fugirá à regra. Na medida em que a Constituição de 1988, no que é acompanhada pela legislação infraconstitucional, a considera um *princípio* da Instituição, parece relevante tecer algumas considerações a respeito dessa espécie normativa e de sua relevância na atuação funcional dos seus órgãos de execução.

## 2. O PRINCÍPIO INSTITUCIONAL DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E O SEU CARÁTER NORMATIVO

O § 1º do art. 127 da Constituição de 1988 enuncia, como "*princípios institucionais do Ministério Público*", "*a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional*"<sup>22</sup>. A independência, como se percebe pela literalidade do texto, é contextualizada no âmbito da Instituição, coexistindo com a "*autonomia funcional e administrativa*" expressamente assegurada, ao Ministério Público, pelo § 2º do art. 127<sup>23</sup>. Ao associar os signos da *autonomia* e da *independência* ao adjetivo *funcional*, afigura-se evidente que ambos se projetam sobre os atos de execução afetos à atividade finalística do Ministério Público. A diferença, no entanto, é que enquanto a autonomia é diretamente associada ao "*Ministério Público*", verdadeira individualidade existencial, a independência é considerada um princípio institucional, permeando toda e qualquer atividade de cunho funcional desenvolvida no âmbito da Instituição, daí decorrendo a sua

---

19. CR/1988, art. 219 (o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar a autonomia tecnológica do País).

20. CR/1988, art. 4º, I (o princípio da independência funcional deve reger a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais); art. 78, caput (o Presidente e o Vice-Presidente da República devem sustentar a independência do Brasil); art. 91, § 1º, IV (o Conselho de Defesa Nacional deve estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas ne-ces-sárias a garantir a independência nacional).

21. CR/1988, 127, I (a independência funcional é princípio institucional do Ministério Público).

22. Vide, no mesmo sentido, Lei nº 8.625/1993, art. 1º, parágrafo único; e Lei Complementar nº 75/1993, art. 4º.

23. Vide, no mesmo sentido, Lei nº 8.625/1993, art. 3º, caput; e Lei Complementar nº 75/1993, art. 22, caput.

frequente contextualização na esfera jurídica dos membros da Instituição, que estariam livres de pressões exógenas no exercício das suas funções.

A autonomia funcional, assim, é mais específica, dizendo respeito à própria Instituição; a independência funcional, por sua vez, face ao seu caráter principiológico, possui maior generalidade e pode ser vista como fruto dessa autonomia, acompanhando toda a atividade finalística desenvolvida pelos membros da Instituição.

A Constituição de 1988, como se percebe, circundou o Ministério Público de garantias institucionais<sup>24</sup> que buscam assegurar o exercício independente de suas relevantes funções, possibilitando uma proteção adequada contra as retaliações que seus membros certamente sofreriam sempre que contrariassem os detentores do poder, político ou econômico, ou, mesmo, os adeptos do tráfico de influência.

Como já tivemos oportunidade de afirmar<sup>25</sup>, o princípio da independência funcional permite que os membros do Ministério Público (1) atuem livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais; (2) impede que sejam responsabilizados pelos atos praticados no estrito exercício de suas funções, gozando de total independência para exercê-las em busca da consecução dos fins a que se destinam.

A independência funcional dos membros do Ministério Público recebeu especial atenção da Constituição de 1988, a qual, além de consagrá-la no art. 127, § 1º, considerou crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que atentem contra o *livre exercício* do Ministério Público (art. 85, II).

Tratando-se de matéria de índole administrativa, voltada à organização interna da Instituição e à inter-relação entre seus órgãos, não há que se falar em independência funcional, sendo ampla e irrestrita a incidência do princípio hierárquico. Nesse caso, recai sobre os membros do Ministério Público o dever de obediência e sobre os órgãos competentes da Administração Superior os poderes de direção e controle, bem como o poder dispositivo de competência, que autoriza a resolução de conflitos de competência, a delegação de competência e a substituição primária (o superior substitui-se ao subordinado)<sup>26</sup>. É graças à independência funcional que os membros do Ministério Pú-

---

24. Sobre a *ratio essendi* das garantias institucionais, inseridas no plano dos direitos-garantia, insuscetíveis de supressão via reforma constitucional, vide Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 537.

25. Ministério Público. *Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63.

26. Cf. OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 107-188.



blico "podem, ao mesmo tempo, estar integrados em uma organização rigidamente hierarquizada e conservar uma ampla margem de liberdade nas decisões jurídicas cotidianas, que não podem ser revistas por seus superiores"<sup>27 28</sup>.

O caráter principiológico da independência funcional, longe de comprometer a imperatividade e a força protetora que dela defluem, as reforçam. Trata-se de princípio explícito que, acaso suprimido, seria igualmente obtido a partir da abstração da autonomia funcional assegurada ao Ministério Público. A sua previsão, no entanto, longe de configurar mera superfetação de termos, reflete nítido comprometimento axiológico, por parte da ordem constitucional, com o livre exercício das funções afetas à Instituição.

Rompendo com os alicerces estruturais do positivismo clássico, a doutrina contemporânea não mais tem visto os princípios como meros instrumentos de interpretação e integração das regras, que esgotariam o conteúdo das normas, identificando-se com elas. Atualmente, os princípios deixaram de ser estudados como complementos das regras, sendo concebidos como formas de expressão da própria norma, que é subdividida em regras e princípios<sup>29</sup>.

Aqueles que se opõem ao caráter normativo dos princípios normalmente acenam com sua maior abstração e com a ausência de indicação dos pressupostos fáticos que delimitarão a sua aplicação, o que denotaria uma diferença substancial em relação às normas, que veiculam prescrições dotadas de mai-

---

27. LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel . *El Ministerio Fiscal Español. Principios Orgánicos y Funcionales*, Madrid: Editorial Colex, 2001, p. 155.

28. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu que "goza o órgão do Ministério Público da prerrogativa de independência funcional (art. 127, § 1º, CF/88), caracterizada pelo direito de atuar de acordo com a sua consciência e a lei, não havendo subordinação hierárquica no desempenho de suas funções. Incabível, pois, a punição de promotor de Justiça que requer, fundamentadamente, o arquivamento de inquérito policial por entender-se tratar de fato atípico" (6ª T., RMS nº 12479/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 21/08/2007, DJ de 19/11/2007. p. 290). O caso concreto versava sobre Promotor de Justiça que, visualizando a atipicidade de condutas envolvendo o porte de entorpecentes, requerera o arquivamento dos procedimentos inquisitoriais e, em razão desse entendimento jurídico, recebeu punição disciplinar no âmbito da Instituição. O acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça de São Paulo, tinha a seguinte ementa: "Promotor de Justiça que, reiteradamente, requer arquivamento de inquéritos policiais instaurados por autos de prisão em flagrante, por porte de entorpecentes. Princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, que, no entanto, não é absoluto. Impossibilidade de o Promotor de Justiça fazer prevalecer sua posição doutrinária sobre o texto da lei. Pena disciplinar imposta e mantida. Mandado de segurança denegado." Em situações desse tipo, restará a remoção compulsória do membro do Ministério Público, por razões de interesse público, com a sua consequente lotação em órgão de execução onde o seu entendimento jurídico não comprometa o bem comum.

29. Nesse sentido: BOBBIO, Norberto . *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília: UNB, 1989, p. 158-159; ALEXY, Robert . *Theorie der Grundrecht*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, p. 123; GOMES CANOTILHO, J. J. , *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 5ª reimpr., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.159 e segs.; e GARCIA, Emerson . *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177-195.

or determinabilidade, permitindo a imediata identificação das situações, fáticas ou jurídicas, por elas reguladas<sup>30</sup>. Em nosso entender, tais elementos não são aptos a estabelecer uma distinção profunda o suficiente para dissolver a relação de continência existente entre normas e princípios. Inicialmente, observa-se que o maior ou o menor grau de generalidade existente em duas normas, a exemplo do maior ou do menor campo de aplicação, é parâmetro incapaz de estabelecer distinções de ordem ontológica entre elas. Os princípios - incluindo o da independência funcional do Ministério Público - a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo (*dever ser*). Por ser cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja reverência é obrigatória.

Em razão do seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um *dever positivo* para o agente, que deve ter o seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio, e um *dever negativo*, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste desses valores. Constatada a inexistência de regra específica, maior importância assumirão os princípios, servindo de norte à resolução do caso apreciado.

Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando consequências jurídicas que se implementam automaticamente com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede sejam previstas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação<sup>31</sup>. Enquanto as regras impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida do seu cumprimento dependerá das possibilidades reais e jurídicas subjacentes ao caso<sup>32</sup>.

Por não veicularem mandados definitivos, os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus. Assim, o comando que deles inicialmente deflui pode ser afastado por razões opostas, não sendo a solução desse conflito identificada *a priori*, variando gradativamente conforme os valores em jogo no caso concreto.

---

30. Cf. BELADIEZ ROJO, Margarita . *Los Principios Jurídicos*, Madrid: Tecnos, 1994, p. 75 e segs.

31. Cf. DWORKIN, Ronald . *Taking Rights Seriously*, Massachussets: Harvard University Press, 1980, p. 24.

32. Cf. ALEXY, *Theorie ...*, p. 75-77.



À luz dessas breves considerações, conclui-se que os princípios contemplados no art. 127, § 1º, da Constituição da República e no art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.625/1993 são normas de conduta, sendo cogente a sua observância pelo legislador infraconstitucional, pela Administração Superior do Ministério Público e por tantos quantos se relacionem com o Ministério Público no exercício de sua atividade finalística. Observa-se, ainda, que possíveis ponderações envolvendo o princípio da independência funcional somente poderão ocorrer no âmbito interno da Instituição, não propriamente em suas relações com o *extraneus*, isto porque, nessa seara, incide a autonomia funcional da Instituição.

### 3. A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E OS SEUS LIMITES

Em qualquer que seja a seara do saber, o delineamento responsável de uma vertente argumentativa pressupõe que ao objeto da pesquisa seja dispensado um enfoque, se não completo, ao menos amplo o suficiente para alcançar o seu alicerce estrutural e teleológico, o que possibilitará o clareamento de sua individualidade e o seu enquadramento em determinado sistema. Com isto, serão aproximados os conceitos de realidade existencial e existência harmônica.

O tema proposto, independência funcional dos membros do Ministério Público, em que pese ser uma garantia indispensável ao exercício das funções ministeriais, é fonte de inevitável preocupação. Afinal, essa independência é absoluta ou está sujeita a algum balizamento? A primeira proposição deve ser de logo afastada, pois é inconcebível seja divisada a existência, num Estado de Direito, de princípios institucionais insensíveis à realidade e ao bem comum; são frequentes os pontos de tensão entre valores de indiscutível relevância no contexto constitucional, o que, *ipso factum*, torna imperativo o estabelecimento de critérios para a solução de tais colisões. Acresça-se, ainda, que os membros do Ministério Público são agentes públicos, e estes, como todos sabem, somente podem atuar em harmonia com o ordenamento jurídico, nele auferindo o fundamento de validade de sua atuação.

Nas palavras de Kelsen<sup>33</sup>, "*um indivíduo atua como órgão do Estado apenas na medida em que atua baseado na autorização conferida por alguma norma válida. Esta é a diferença entre o indivíduo e o Estado como pessoas atuantes, ou seja, entre o indivíduo que não atua como órgão do Estado e o indivíduo que atua como órgão do Estado. Um indivíduo que não funciona como órgão do Estado tem permissão para fazer qualquer coisa que a ordem jurídica não o tenha proibido de fazer, ao passo que o Estado, isto é, um indivíduo que funciona como órgão do Estado, só pode fazer o que*

---

33. Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 376.

a ordem jurídica o autoriza a fazer. É, portanto, supérfluo, do ponto de vista da técnica jurídica, proibir alguma coisa a um órgão do Estado. Basta não autorizá-lo. Se um indivíduo atua sem autorização da ordem jurídica, ele não mais o faz na condição de órgão do Estado." Acrescenta, ainda, que "é preciso proibir um órgão de efetuar certos atos apenas quando se deseja restringir uma autorização prévia"<sup>34</sup>. Essa constatação, por si só, é um indiscutível limite oposto à independência funcional. Não há independência funcional a montante da juridicidade.

O princípio da independência funcional está diretamente relacionado ao exercício da atividade finalística dos agentes ministeriais, evitando que fatores exógenos, estranhos ou não à Instituição, influam no desempenho de seu *munus*. Evita-se, assim, que autoridades integrantes de qualquer dos denominados "Poderes do Estado", ou mesmo os órgãos da Administração Superior do próprio Ministério Público, realizem qualquer tipo de censura ideológica em relação aos atos praticados. O Supremo Tribunal Federal, aliás, já proferiu decisão do seguinte teor: "Ação penal pública. Denúncia que não inclui um dos indiciados no inquérito policial. Recebimento da mesma, sem que o juiz da causa tivesse se valido do art. 28 do CPP. Acórdão que, em julgamento de habeas corpus, anulou a denúncia e determinou que outra fosse apresentada, incluindo o paciente como co-autor. Decisão que afronta a independência funcional do Ministério Público e contraria a orientação firmada no verbete 524 da Súmula do Excelso Pretório. Habeas corpus deferido"<sup>35</sup>.

A estrutura organizacional do Ministério Público, é importante frisar, em nada arrefece a independência funcional de seus membros. A superioridade hierárquica do Procurador-Geral, Chefe da Instituição, cinge-se ao âmbito administrativo – regido pelos princípios gerais que disciplinam essa seara – não guardando qualquer similitude com uma aberrante *hierarquia funcional*. Fosse outra a conclusão, violado seria o texto constitucional, pois independência e hierarquia não podem ocupar um único plano existencial: enquanto a primeira afasta a intervenção superior, a segunda a atrai, o que justifica a dicotomia de tratamento dispensada às esferas funcional e administrativa.

O ofício ministerial deve ser livremente exercido, somente rendendo obediência ao ordenamento jurídico e à consciência do membro do Ministério Público. A importância dessa garantia é indiscutível. As regras de experiência, no entanto, são pródigas em ensinar que qualquer *força*, natural ou não, tende a avançar até que um óbice lhe seja oposto: o evoluir de um rio somente é contido por obstáculos que impeçam o avanço de suas águas ou até que chegue ao extremo de suas forças, o encontro com o mar; à mingua de mecanismos de contenção, o agente que exerce um poder é inconscientemente levado a dele abusar; até mesmo o exercício de determinados direitos, muitos deles

---

34. KELSEN. Teoria Geral..., p. 377.

35. STF, HC nº 62.110/RJ, rel. Min. Oscar Corrêa, j. em 14/12/1984, DJ de 22/02/1985.



fundamentais, deve ser cercado de cautelas, isto porque o abuso certamente se manifestará. Também aqui, como não poderia deixar de ser, são frequentes os excessos, o que torna imperativo o estabelecimento de diretrizes básicas – e certamente não-exaurientes – para a densificação do princípio da independência funcional, com o conseqüente afastamento da indesejável semente do arbítrio.

Em um primeiro plano, cumpre observar que o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo. Não é, igualmente, uma prerrogativa que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse em seus cargos. Trata-se de mero instrumento disponibilizado aos agentes ministeriais com vistas à consecução de um fim: a satisfação do interesse público, sendo esta a razão de ser do Ministério Público, a exemplo do que se verifica em relação a qualquer órgão estatal. A partir dessa singela constatação, é possível afirmar que o principal prisma de análise desse importante princípio deve ser a sua associação à atividade finalística da Instituição, pressuposto de concretização do interesse público. Com isto, o plano de aferição deve ser afastado da pessoa do agente, sendo irrelevantes os sentimentos e aspirações, legítimos ou não, a ele inerentes, não devendo ser confundida a vaidade pessoal com a prerrogativa do cargo por ele ocupado. Esta é indispensável, aquela não. A independência funcional orna o cargo, que se destina ao exercício da atividade ministerial, elemento de concretização do interesse público.

O ponto de partida para a atuação ministerial há de ser a identificação e posterior valoração da situação, fática ou jurídica, que justificará e direcionará a atuação do Ministério Público. Nessa linha, a independência funcional se projetará em quatro fases distintas: *a*) identificação da situação fática ou jurídica pelo órgão cuja atribuição é presumida; *b*) necessidade de o Ministério Público intervir em determinado feito; *c*) fixação definitiva da atribuição do órgão; e *d*) exercício da atividade ministerial. Com base nesses elementos, que, como dissemos, não são exaurientes, poderemos estabelecer um esboço do balizamento desse princípio.

### 3.1. IDENTIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA OU JURÍDICA

Qualquer acontecimento passível de percepção pelos sentidos assume contornos eminentemente objetivos, refletindo-se no espírito humano e sendo por ele apreendido. Esta apreensão pode se manifestar de diferentes formas, variando conforme o referencial, o grau de percepção e a capacidade intelectual do agente. Na lição de MALATESTA<sup>36</sup>, “*é assim que, recapitulando, o espírito huma-*

---

36. A Lógica das Provas em Matéria Criminal, trad. de Waleska Giroto Silverberg, São Paulo: Conan Editora Ltda., 1995, p. 20.

no, relativamente ao conhecimento de um dado fato, pode encontrar-se no estado de ignorância, ausência de todo conhecimento; no estado de credulidade em sentido específico, igualdade dos motivos pelo conhecimento afirmativo e pelo negativo; no estado de probabilidade, prevalência do conhecimento afirmativo; no estado de certeza, conhecimento afirmativo triunfante". As conclusões que serão geradas, por sua vez, têm feição eminentemente subjetiva, sendo direcionadas por fatores outros, especialmente ideológicos. Em conseqüência, o fato, como acontecimento da realidade fenomênica, será eminentemente objetivo; a sua reprodução pela mente humana, no entanto, terá um contorno subjetivo, nem sempre coincidente com o matiz de ordem objetiva.

A percepção de determinado acontecimento pelo membro do Ministério Público é elemento imprescindível à fixação de sua atribuição e ao correto exercício de sua atividade funcional. De forma correlata a essa dicotomia de efeitos, tem-se uma diversidade de tratamento da matéria conforme o prisma de análise se direcione a um ou ao outro. A mera percepção de determinada situação, fática ou jurídica, para fins de fixação da atribuição do agente, em regra, apresentará contornos eminentemente objetivos, em muito se afastando da nebulosa esfera do subjetivismo. Com efeito, sendo a atividade do Ministério Público normalmente associada à qualidade da parte ou à natureza da matéria, a simples verificação da presença destes apresentará contornos invariáveis, independentemente da formação humanística e da concepção ideológica do agente. É importante frisar que a realidade é uma só, ainda que múltiplas conclusões sejam extraídas a partir de sua percepção. NORBERTO BOBBIO<sup>37</sup>, discorrendo sobre o positivismo jurídico, assim se pronunciou sobre a distinção entre juízo de fato e juízo de valor: "o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: 'o céu é rubro', formulo um juízo de fato; se digo 'este céu rubro é belo', formulo um juízo de valor)."

A necessidade de intervenção do Ministério Público e a conseqüente fixação da atribuição do órgão de execução em determinado procedimento serão divisadas sempre que as situações previstas em lei forem objeto de discussão (v.g.: CPC, art. 82), ainda que, ao final, seja verificada a sua inexistência. Em casos tais, inadmissível será a invocação do princípio da independência funcional para justificar o não exercício das atividades ministeriais. Especificamente em relação às causas em que há "interesse público" (CPC, art. 82, III),

---

37. O Positivismo Jurídico, São Paulo: Editora Icone, 1995, p. 135.



delas trataremos adiante, pois a mera verificação da existência da base fática não importará na imediata fixação da atribuição do agente, sendo exigida a sua valoração – necessariamente impregnada de grande subjetivismo – para que seja aferida a presença do interesse público, pressuposto da própria atuação ministerial. De qualquer modo, ainda aqui, o agente não tem liberdade na identificação do fato, mas, tão somente, na aferição dos efeitos que dele advirão.

No que concerne à identificação e à valoração dos fatos quando do *exercício da atividade funcional*, diversa será a solução. Neste caso, não será possível falar em objetividade, já que a operação mental do agente não se limitará à mera verificação da presença de determinada situação fática ou jurídica no seio da discussão. Sua atividade será mais ampla, alcançando a valoração da efetiva existência de tal situação, de sua exata delimitação e das consequências que daí advirão. Aqui, sua liberdade deve ser ampla, sendo este um dos pontos nodais do princípio da independência funcional. O simples ajuizamento de uma ação penal de iniciativa privada é fator determinante para a intervenção do Ministério Público no processo, ainda que, ao final, seja demonstrada a inexistência do crime descrito. A propositura de uma ação cujo objeto possa gerar reflexos na esfera jurídica de um incapaz torna imperativa a atuação do agente ministerial, situação que permanecerá inalterada até que se demonstre que tal nunca ocorreu. Nestes singelos exemplos, a natureza da matéria e a qualidade da parte são suficientes para fixar a atribuição do agente, tornando cogente a sua atuação. No entanto, a forma em que se desenvolverá a sua atuação é insuscetível de qualquer controle, sendo ampla a liberdade de valoração. É justamente por este motivo que é plenamente legítima a atuação de membros do Ministério Público que, em um mesmo processo, chegam a conclusões distintas sobre um mesmo fato, *verbi gratia*: em uma ação penal, um deles pede a absolvição e o outro, ao tomar ciência da sentença absolutória, recorre pleiteando a condenação. Nesse caso, ambos atuaram por versar o processo sobre uma infração penal, o que é um fator objetivo e que não pressupõe o exercício de valoração dos fatos; a verificação da real existência da infração penal, no entanto, exige uma ampla liberdade de valoração do contexto probatório, tratando-se de atividade norteada pela lei e impregnada de amplo subjetivismo, o que a situa nos estreitos limites da independência funcional.

### 3.2. VERIFICAÇÃO DA ATRIBUIÇÃO DO AGENTE E EXERCÍCIO DA ATIVIDADE FUNCIONAL

Em linha de princípio, é outorgada ao próprio membro do Ministério Público a tarefa de verificar se determinada situação, fática ou jurídica, está englobada pelos preceitos legais que delimitam a sua esfera de atribuições. Essa verificação, por óbvias razões, há de ser antecedida pela fixação da premissa, de índole eminentemente provisória, de que o membro do Ministério Público responsável por ela ocupa um órgão com atribuição para intervir no

caso. Tal será feito a partir de uma análise meramente perfunctória da situação, fática ou jurídica, o que possibilitará a deflagração do processo de identificação do órgão com atribuição.

Essa verificação será relativamente simples nas hipóteses em que a fixação da atribuição for mera derivação da existência de determinado fato, já que, regra geral, envolve elementos eminentemente objetivos (v.g.: CPC, art. 82, I e II). No entanto, em sendo exigida a interposição de um juízo de valor, de natureza essencialmente subjetiva, entre determinada situação e a correlata atribuição do agente, maiores controvérsias surgirão. Tal ocorrerá nos casos em que a intervenção do Ministério Público for justificada em razão da forte carga de interesse público que deflui do objeto sob discussão (v.g.: CPC, art. 82, III). Aqui, a fixação da atribuição não é imediata, pressupondo que, após a identificação dos fatos, seja verificado se destes efetivamente resulta o interesse público justificador da intervenção ministerial.

Trata-se de operação que refletirá as concepções sociais, ideológicas e culturais daquele por ela responsável, não raro ocorrendo que um único fato gere conclusões distintas entre múltiplos agentes. Em casos tais, questiona-se: estará a deliberação do agente, no sentido de que não deve exercer suas atividades laborativas em determinada situação, sujeita a algum tipo de controle? Ou será ele o senhor absoluto de seu destino? Com a devida vênua daqueles que pensam em sentido diverso – diga-se de passagem, a grande maioria – entendemos que, em matéria de *fixação de atribuições*, tal liberdade não é absoluta, estando sujeita ao controle da Chefia da Instituição<sup>38</sup>.

Fosse a questão situada no âmbito do Direito Administrativo, a solução certamente seria simples. Como se sabe, a concepção de hierarquia é correlata à ideia de função administrativa, permitindo, com o escalonamento vertical dos órgãos integrantes da Administração, que os agentes superiores, além de emitir comandos aos inferiores, possam rever os atos destes. O poder de revisão permite, assim, que os atos praticados em harmonia com a lei sejam revogados, por razões de conveniência e oportunidade, e que os atos ilegais sejam anulados. Em que pese inexistir, sob o aspecto funcional, hierarquia entre o Chefe da Instituição e os demais membros, afigura-se evidente que o atual estágio da ciência jurídica não se coaduna com concepções que se afastem da satisfação do interesse público e que em muito se aproximem da semente indesejada do arbítrio. Em não sendo admitido tal controle, o que fazer caso todos os Promotores de Justiça de determinada comarca ou de certa região

---

38. A tese, que já sustentávamos nos idos de 2003 (*Ministério Público. Organização...*, 1ª ed., p. 59 e segs.), começa a encontrar ressonância na doutrina. Vide: JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 134.



entendam que o Ministério Público não deva intervir ou que eles não têm atribuição para atuar em uma causa em que seja patente a presença do interesse público aos olhos do *homo medius*? Seria possível invocar a independência funcional em casos tais? Deixar ao livre arbítrio do agente decidir se irá, ou não, exercer suas atividades laborativas, é levar longe demais o princípio da independência funcional. Nas palavras do ABADE SIEYÈS<sup>39</sup>, “para mostrar o vício de um princípio, é permitido levar as conseqüências até onde elas podem ir... Quando um princípio leva a conseqüências absurdas, é porque ele é falso”.

Os membros da Magistratura, que encontram na independência funcional um instrumento imprescindível ao próprio exercício de sua atividade finalística, estão indiscutivelmente sujeitos a múltiplos meios de controle, dentre os quais se incluem aqueles destinados a tornar cogente o próprio exercício da atividade jurisdicional (v.g.: a correição parcial e o conflito de competência). Nesses casos, não se determinará ao agente que exerça as suas atividades desta ou daquela forma, mas tão somente que as exerça, o que afasta qualquer argumento de que sua independência restou maculada. No que concerne aos membros do Ministério Público, a legislação há muito contempla a figura do conflito de atribuições (v.g.: Lei nº 8.625/1993, art. 10, X; e LC nº 75/1993, art. 49, VIII), que pode ser de natureza positiva, quando dois ou mais agentes entendem possuir atribuição para adotar determinada providência, ou negativa, quando entendem não possuir tal atribuição. Nesses casos, compete ao Procurador-Geral de Justiça, Chefe da Instituição, dirimir o conflito e declarar o órgão com atribuição, o que tornará cogente a sua atuação, ainda que contra a sua vontade – no entanto, livres serão suas manifestações no exercício da função. Ao que sabemos, o princípio da independência funcional não costuma ser trazido à baila na tentativa de invalidar a decisão do Procurador-Geral. Se o Procurador-Geral detém autonomia para indicar, em caso de conflito, qual o órgão do Ministério Público que deve atuar, não vislumbramos qualquer justificativa idônea a embasar a tese de que não pode declarar a atribuição de determinado agente nas hipóteses em que inexista conflito, mas simples negativa.

Por certo, muitos dirão que, no caso de conflito de atribuições, a necessidade de intervenção do Ministério Público é incontestável, cingindo-se a discussão ao órgão responsável por ela, ao passo que, ao reconhecer a inexistência de interesse público que pudesse justificar a atuação do Ministério Público, o agente situou a questão em outro plano, inalcançável pela deliberação do Procurador-Geral. A nosso ver, o argumento peca pela ausência de integração com o sistema. Se não vejamos: se o agente não tem o poder de invocar o princípio da independência funcional para afastar suas próprias atribuições,

---

39. *Qu'est-ce que le Tiers État?*, trad. de Norma Azevedo sob o título *A Constituição Burguesa*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 17.

devido curvar-se ao que for decidido pelo Procurador-Geral no âmbito do conflito de atribuições, como pode ser assegurado a ele o poder de afastar não apenas a sua atuação, mas a intervenção do próprio Ministério Público? Entendendo que essa hipótese consubstancia uma forma de manifestação da independência funcional, não seria legítimo sequer o ato do Procurador-Geral que reconhecesse a presença do interesse público e designasse outro agente para atuar, pois tal importaria em flagrante violação a outro relevante princípio, o do Promotor Natural, que, apesar da recalcitrância do Supremo Tribunal Federal em acolhê-lo<sup>40</sup>, visa a afastar os agentes de exceção<sup>41</sup>. A declaração de atribuição é um *minus* em relação ao conflito, inexistindo qualquer distinção axiológica entre ambas, mas tão somente a presença de uma única manifestação ministerial ao invés de duas.

Outro exemplo poderá contribuir para a demonstração do acerto dessa conclusão: suponhamos que determinado Promotor de Justiça encaminhe os autos de um inquérito civil ou de uma ação civil pública ao Chefe da Instituição sob o argumento de ser deste a atribuição em razão da especial qualidade dos envolvidos (*v.g.*: Lei nº 8.625/1993, art. 29, VIII). Em não sendo acolhida a linha de argumentação apresentada, certamente não será o caso de o Procurador-Geral suscitar o conflito negativo de atribuição, pois é inconcebível que um agente que ocupa o ápice do escalonamento funcional entre em conflito com outro que esteja em um plano inferior. Nesse caso, o Procurador-Geral limitar-se-á a afirmar que a situação, fática ou jurídica, não se enquadra nos preceitos legais que delineiam sua atribuição e a declarar a atribuição do órgão de origem, devolvendo-lhe os autos. Com isto, é fixada a atribuição do agente fora do âmbito de um conflito de atribuições.

Negando-se o agente a atuar e chegando a questão ao conhecimento da Chefia da Instituição, o que normalmente se dará com a aplicação, direta ou analógica, do art. 28 do Código de Processo Penal, poderá o Procurador-Geral reconhecer a presença do interesse público justificador da intervenção do Ministério Público e *declarar* a atribuição do agente que se negara a atuar.

Falamos em aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal em homenagem à prática, já que o preceito é constantemente invocado para justificar o encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral em situações afe-

---

40. Vide STF, 1ª T., RE nº 387.974/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 14/10/2003, Infs. nº 326 e 328; e 2ª T., HC nº 67.759/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 04/06/2004. Para maior desenvolvimento do tema, vide Garcia. *Ministério Público. Organização...*, pp. 231-238.

41. Do mesmo modo, seria inconstitucional a regra do art. 28 do Código de Processo Penal, que permite ao Procurador-Geral, em sendo provocado pelo órgão jurisdicional, rever as razões do pedido de arquivamento e designar outro membro do Ministério Público para officiar no procedimento inquisitorial. Com isto, os membros do Ministério Público estariam imunes a todo e qualquer tipo de controle, o que é absolutamente incompatível com o Estado de Direito.



tas ao processo civil. Como se sabe, o sistema delineado pelo Código de Processo Civil alcança todos os demais ramos que buscam disciplinar a relação processual, o que inclui o processo penal (CPP, art. 3º: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”), permitindo o preenchimento das lacunas existentes. A recíproca, no entanto, não é verdadeira. Apesar disso, entendemos que o praxismo em nada prejudica a compreensão do tema, pois, a partir do momento em que sustentamos a legitimidade da atividade do Procurador-Geral nesta seara, devemos admitir, por via reflexa, a sua deflagração. Assim, independentemente do preceito legal invocado (*in casu* o art. 28 do CPP) ou do *nomen iuris* atribuído, afigura-se possível e correta a sua provocação.

Não nos impressiona o argumento de que a independência funcional, por ser uma garantia do livre pensamento jurídico do membro do Ministério Público, tornaria imunes de controle as manifestações razoavelmente fundamentadas. Com a devida vênia, em matéria de fixação de atribuições e de definição da própria atuação do Ministério Público, a questão não se superpõe ao aspecto funcional, mas tão somente o tangencia. Considerando que a garantia de livre pensamento jurídico cinge-se ao aspecto funcional, não ao administrativo, incidirá na espécie o princípio da unidade, que fundamenta a unicidade de comando no âmbito institucional e direciona a própria autonomia administrativa do Ministério Público. Situando-se a definição da atribuição no plano administrativo-funcional, não se poderá falar em violação ao princípio da independência funcional mesmo na hipótese de o membro do Ministério Público ter se pronunciado pela inexistência de situação fática ou jurídica que justificasse a sua intervenção. A aparente razoabilidade dos fundamentos deduzidos, por sua vez, também não afasta a possibilidade de o Procurador-Geral declarar a atribuição<sup>42</sup>, pois o simples fato de se admitir a sindicância destes já é indicativo de que o pronunciamento do membro do Ministério Público, em matéria de atribuições, não assume contornos absolutos. A questão, ademais, na medida em que se busca um fundamento jurídico para a sua solução, não poderia permanecer atrelada ao teor do pronunciamento, já que não é a profundidade deste que define a sua natureza administrativa ou funcional.

A independência funcional, em última *ratio*, é prerrogativa afeto à missão institucional do Ministério Público, destinando-se a assegurar o livre exercício da função, não a prestigiar os agentes que simplesmente não desejem

---

42. Conforme proposição de nossa autoria, formulada na condição de integrante da Comissão responsável pela elaboração do anteprojeto da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o art. 11, XVII, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003 outorgou ao Procurador-Geral de Justiça a atribuição de “*declarar a atribuição de membro do Ministério Público para participar de determinado ato ou atuar em procedimento judicial ou extrajudicial*”.

exercê-la. Reconhecendo a Chefia da Instituição que a recusa é legítima, *tollitur quaestio*. Com a devida vênia daqueles que pensam em sentido diverso, entendemos que a despropositada e reiterada recusa do agente em atuar não deve ser resolvida sob o aspecto meramente disciplinar. Esse argumento, aliás, não deixa de apresentar certa incongruência. Se não é dado ao Procurador-Geral fixar a atribuição do agente, sob pena de macular a sua independência funcional, como seria possível puni-lo, em virtude de conduta relacionada ao (não)exercício de sua função? Também aqui não haveria violação à independência funcional?

Frise-se, ainda, que à satisfação do interesse público é desinfluyente a punição do agente, importando tão somente a sua efetiva atuação, isto porque a rotina funcional certamente será prejudicada com negativas desprovidas de amparo legal. Evidentemente que, em sendo demonstrada a má-fé do agente, desbordando a sua atuação da legítima valoração dos fatos e da exteriorização de sua posição jurídica, além da declaração da atribuição, será ele passível de punição.

Afigura-se legítima, ainda, a iniciativa do Procurador-Geral em editar atos que visem a orientar os membros do Ministério Público quanto à posição a ser seguida em determinadas situações em que é ordinariamente divisada a presença do interesse público justificador da atuação ministerial<sup>43</sup>. Acaso não seja seguida a recomendação e sendo o Procurador-Geral instado a se pronunciar a respeito, tornar-se-á cogente a atuação do agente caso assim seja deliberado. É importante repetir que fixar a atribuição não guarda similitude com a conduta de interferir no exercício das atribuições. Aquela é admissível, esta não. Fixada a atribuição do agente, somente poderá ele se escusar a atuar nas hipóteses previstas em lei: impedimento e suspeição, as quais em nada se confundem com a negativa de exercer suas atribuições ante a ausência de interesse público que o justifique. A atuação funcional encontra-se relacionada ao cargo e à própria Instituição, enquanto que o impedimento e a suspeição estão vinculados à pessoa do agente.

#### **4. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E RECURSO CONTRA DECISÃO LASTREADA EM PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Como desdobramento da garantia da independência funcional, não há qualquer óbice a que determinado agente assuma posicionamento contrário àquele adotado pelo seu antecessor na mesma relação processual.

---

43. Lei nº 8.625/1993, art. 10, XII.



A jurisprudência, aliás, é recorrente quanto à possibilidade de dissenso entre os membros da Instituição: "*Habeas Corpus*. Recurso do MP. Alegação de falta de interesse do MP para recorrer da sentença absolutória, porque, nas alegações finais, o Promotor de Justiça que interveio pedira a absolvição. Recurso interposto por outro membro do Ministério Público, que foi provido, com a condenação do ora paciente, em fundamentado aresto. Hipótese em que não cabe ver violação ao parágrafo único do art. 577 do CPP. Independência funcional dos membros do Ministério Público. Funções do "*custos legis*" e "*dominus litis*". A manifestação do MP, em alegações finais, não vincula o julgador, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial, nos termos e nos limites do art. 28 do CPP. *Habeas Corpus* indeferido"<sup>44</sup>; "Ministério Público: sucumbência no provimento da apelação da defesa, apesar de com ele se ter posto de acordo o Promotor de Justiça. A independência funcional dos agentes do Ministério Público é, de fato, incompatível com a pretensão de que a concordância do Promotor com a apelação vinculasse os órgãos da instituição que oficiam junto ao Tribunal, de modo a inibi-los de interpor recurso especial contra a decisão que, provendo o recurso da defesa, desclassificou a infração"<sup>45</sup>; "*Habeas corpus*. Apelação. Ministério Público. Legitimidade. Sentença que homologara a transação com base no art. 76 da lei nº 9.099/1995. A sentença homologatória da transação penal é apelável (§ 5º do art. 76 e art. 82 da Lei nº 9.099/1995). Não há que se falar em intempestividade do recurso, já que aviado no prazo legal, ou em ilegitimidade do Ministério Público, tendo em vista que, como *custos legis*, tem legitimidade para recorrer, e, em face do princípio da independência funcional, "mantém independência e autonomia no exercício de suas funções, orientando sua própria conduta nos processos onde tenha de intervir, poderido haver discordância entre eles, inclusive no mesmo processo." (Júlio Fabbrini Mirabete, *Código de Processo Penal Interpretado*, 3ª Edição, pág. 302). *Habeas corpus* indeferido"<sup>46</sup>, e "Processual Penal. Ministério Público. Princípio da unidade e indivisibilidade. Alcance. Vinculação de pronunciamentos de seus agentes. Inexistência. O princípio da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público não implica vinculação de pronunciamentos de seus agentes no processo, de modo a obrigar que um promotor que substitui outro observe obrigatoriamente a linha de pensamento de seu antecessor. Se um representante do Ministério Público manifestou-se na fase de alegações finais em prol da exclusão de qualificantes, o que foi acolhido na sentença de pronúncia, um outro membro do '*parquet*' que o substitui no processo pode interpor recurso

44. STF, 2ª T., HC nº 69.957/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 25/03/1994, p. 5.996.

45. STF, 1ª T., HC nº 80.315/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13/10/2000.

46. STF, 1ª T., HC nº 77.041/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 26/05/1998, DJ de 07/08/1998, p.

pugnando para que preserve a acusação inicial, não merecendo abrigo a tese de falta de interesse processual. Recurso especial conhecido e provido<sup>47</sup>.

Em sentido contrário: "Recurso especial. Processual Penal. Decisão recorrida fundada em parecer ministerial. Recurso do Ministério Público em sentido contrário. Falta de interesse. Integra o nosso sistema jurídico-processual a subordinação do direito de recorrer à existência de um interesse direto na revisão do julgado. Se, como no caso, o Ministério Público, por um de seus órgãos, manifestou-se, em parecer, favorável à concessão do *habeas corpus*, manifestação em que se louvou o aresto recorrido, falta interesse ao Ministério Público para interpor recurso contra essa decisão a que emprestou contribuição. Interesse haveria se, com a atuação precedente do órgão ministerial, ocorresse manifesto comprometimento do interesse público ou da ordem jurídica, capaz de reclamar essa branda intervenção. A prevalecer, importaria em mitigada remoção compulsória, que atenta contra o postulado constitucional da independência funcional do Ministério Público. Princípios da unidade e da indivisibilidade que se devem observar e preservar. Recurso não conhecido"<sup>48</sup>, e "Concedida a suspensão condicional do processo (L. 9099/1995, art. 89) proposta pelo MP, não pode outro Promotor de Justiça apelar para reanalisar a prova e obter a integral procedência da ação. A busca da condenação precluiu quando da oferta da proposta de suspensão condicional do processo"<sup>49</sup>.

Dissentimos desse último entendimento por duas razões. De acordo com a primeira, o interesse em recorrer deve ser analisado em harmonia com o princípio da independência funcional, o que impede que a manifestação de vontade de um agente venha a vincular toda a Instituição. Não fosse assim, o Ministério Público nunca poderia pleitear a absolvição ou recorrer em benefício do réu, pois, com o oferecimento da denúncia e a formulação do pedido de condenação, estaria vinculada a sua atuação em toda a relação processual. Por não ser possível à lei ordinária mitigar um princípio constitucional, o interesse processual do Ministério Público não se projetará em uma linha de indissolúvel uniformidade, podendo sofrer variações em conformidade com o entendimento jurídico dos agentes oficiantes. As concepções subjetivas dos agentes devem ser preteridas pela objetividade dos fatos, ainda que sua percepção possa sofrer variações no decorrer da relação processual.

---

47. STJ, 6ª T., REsp. nº 92.666/RJ, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 04/08/1997, p. 34.901. No mesmo sentido, as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: 3ª T., HC nº 8.321/GO, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 20/04/1999, DJ de 07/06/1999, p. 101; 4ª T., REsp. nº 41.590/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 07/12/2000, DJ de 05/03/2001; e 5ª T., REsp. nº 132.951/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 13/10/1998, DJ de 1ª/03/1999, p. 357, RSTJ nº 123/378.

48. STJ, REsp. nº 132.951/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 13/10/1998, DJ de 1ª/03/1999.

49. STF, 2ª T., HC nº 77.463/SP, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 06/04/1999, DJ de 19/11/1999.



O Ministério Público está vinculado aos fatos e à busca de uma decisão justa, não à peremptória opinião pessoal de determinado agente. Essa peculiaridade, aliás, foi realçada pelo Superior Tribunal de Justiça ao decidir que *“pode o Ministério Público recorrer da decisão favorável ao réu, inobstante tenha o juízo acolhido as razões ministeriais, eis que ‘a utilidade a que tende o impugnante deve ser comprovada sobre a base de uma valoração objetiva, e não segundo a opinião pessoal do sujeito’ (Giovanni Leone, Tratado de Derecho Processual Penal, Volume III, pág. 95, Europa-América, 1963, Buenos Aires)”*<sup>50</sup>.

Como desdobramento desse entendimento, alicerçado no princípio da independência funcional e na incessante busca do bem comum, móvel indissociável da atuação do Ministério Público, parece-nos legítimo que o próprio agente melhor reflita sobre seus atos e venha a assumir, em atos posteriores, posição diametralmente oposta àquela por ele defendida em suas manifestações pretéritas. Isto, aliás, já é feito com frequência, sendo comum que o agente subscritor da denúncia direcione a sua manifestação, em sede de alegações finais, para a absolvição do réu. Além disso, somente é possível falar em preclusão lógica sob a ótica de determinada fase processual, não em relação a atos que se sucedem em fases distintas. Nesse último caso, quando muito, seria possível suscitar a ausência de interesse processual, nunca o advento da preclusão lógica.

Em segundo lugar, deve-se observar que, apesar de o recurso ter sido interposto pelo Procurador-Geral, se a lei estadual lhe confere atribuição concorrente para recorrer, não há que se falar em violação ao Princípio do Promotor Natural.

## EPÍLOGO

Não obstante a riqueza da temática, que tangencia, igualmente, a possibilidade de os membros do Ministério Público virem a ser punidos em consequência de atos praticados no exercício da função<sup>51</sup>, essas breves considerações bem realçam a instrumentalidade da independência funcional e a impossibilidade de que ela seja transmudada em panaceia do ócio e do arbítrio. Toda e qualquer garantia institucional deve ser contextualizada no plano da juridicidade, não subsistindo quando utilizada para afrontar o próprio fundamento de sua existência.

---

50. STJ, REsp. nº 184.943/DF, rel. Min. Hamílton Carvalhido, DJ de 27/08/2001, p. 419.

51. Vide GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 322-324; e GARCIA, Emerson, *Ministério Público. Organização...*, p. 462 e ss.