

O escalonamento funcional e a atuação do Promotor de Justiça no segundo grau de jurisdição

EMERSON GARCIA (*)

I. Introdução. II. Sistema da Lei Complementar nº 75/93. III. Sistema da Lei nº 8.625/93. III.I. Alcance do art. 32, I, da Lei nº 8.625/93. IV. A falta de atribuição e a ratificação dos atos praticados. V. Síntese conclusiva.

I. Introdução

1. Mantendo a tradição dos textos constitucionais pretéritos, Imperial e Republicanos, a Carta de 88 passou ao largo da disciplina do escalonamento funcional dos diferentes órgãos de execução do Ministério Público. Limitou-se em traçar as diretrizes básicas do Ministério Público da União e dos Estados, dispondo, ainda, sobre algumas atribuições e a forma de escolha da Chefia da Instituição ¹.

2. No que concerne ao Poder Judiciário, ao revés, mais minudente foi a disciplina dispensada. A competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como não poderia deixar de ser, foi objeto de trato específico e exauriente, sendo relegada ao legislador infraconstitucional, unicamente, a liberdade de delimitar a competência dos demais tribunais, sempre com estrita observância dos limites impostos pela Constituição. Ressalte-se que, excepcionada a possibilidade de os tribunais estabelecerem a organização e a competência de seus órgãos internos ², todos os demais órgãos do Poder Judiciário foram previstos na Constituição, sendo defesa a criação de outros mais, ressalvada, obviamente, a manifestação do Constituinte derivado. Além dos tribunais, foram previstos múltiplos outros órgãos de hierarquia funcional inferior, o que, observada a sistemática constitucional e legal, consagra os princípios da pluralidade de instâncias e da recorribilidade das decisões judiciais, permitindo que os órgãos superiores revejam as decisões dos inferiores.

¹ Art. 128 da CR/88.

² Art. 96, I, a, da CR/88.

3. Adotado o sistema de jurisdição única ³ e sendo o Ministério Público uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado ⁴, torna-se possível afirmar que o escalonamento funcional dos agentes ministeriais é uma inafastável necessidade de organização e eficiência, possibilitando que cada órgão exerça suas relevantes atribuições em um círculo delimitado e normalmente superposto aos diferentes escalonamentos do Poder Judiciário (1ª e 2ª instâncias e tribunais superiores). Frise-se, no entanto, que a assertiva anterior está alicerçada em um imperativo de ordem lógica, não em uma imposição do Constituinte originário. Assim, nada impediria que o legislador infraconstitucional, ao dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público ⁵, observada uma certa linha de razoabilidade, encampasse solução diversa.

4. A partir da liberdade de conformação deixada pelo Constituinte originário, foram editadas a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. A primeira dispõe sobre as normas gerais a serem respeitadas pelos Estados na edição das leis orgânicas dos respectivos Ministérios Públicos e, a segunda, veicula a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União.

II. Sistema da Lei Complementar nº 75/93

5. Consoante o art. 128, I, da Constituição da República, o Ministério Público da União é subdividido em quatro ramos: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Tais ramos, que aglutinam plexos de atribuição em conformidade com a especificidade das áreas de atuação, encontram na Lei Complementar nº 75/93 sua organização e disciplina. Ante os estreitos limites deste estudo e a similitude com o escalonamento funcional dos demais ramos, direcionaremos nossa atenção ao Ministério Público Federal.

6. São órgãos do Ministério Público Federal, que atuam junto ao Poder Judiciário⁶, o Procurador-Geral da República (Chefe da Instituição), os Subprocuradores-Gerais da República, os Procuradores Regionais da República e os Procuradores da República. As atribuições do Procurador-Geral da República são exercidas junto ao Tribunal Superior Eleitoral, ao Supremo Tribunal Federal e, em alguns casos, junto ao Superior Tribunal de Justiça ⁷, podendo ser delegadas aos Subprocuradores-Gerais da República ⁸ ou mesmo aos Procuradores Regionais em caso de vaga ou afastamento destes por prazo superior a trinta dias ⁹. Os Subprocuradores-Gerais da República, além das

³ Art. 5º, XXXV, da CR/88.

⁴ Art. 127, *caput*, da CR/88.

⁵ Art. 128, § 5º, da CR/88.

⁶ Art. 43 da LC nº 75/93.

⁷ Arts. 46 e 48 da LC nº 75/93.

⁸ Arts. 47, *caput* e § 1º e 48, parágrafo único e 66, § 1º, da LC nº 75/93.

⁹ Art. 47, § 2º, da LC nº 75/93.

delegações, exercem suas atribuições regulares junto ao Superior Tribunal de Justiça ¹⁰. Os Procuradores Regionais oficiam junto aos Tribunais Regionais Federais ¹¹ e os Procuradores da República junto aos Juízes Federais e aos Tribunais Regionais Eleitorais, onde não tiver sede a Procuradoria Regional da República ¹².

7. Sensível à necessidade de se conferir maior maleabilidade à estrutura organizacional do Ministério Público Federal, além de instituir o escalonamento funcional dos órgãos de execução, previu o legislador, de forma expressa, a possibilidade de os Subprocuradores-Gerais da República, Procuradores Regionais e Procuradores da República serem designados para officiar junto a órgãos jurisdicionais diferentes dos previstos para a categoria, designação esta dependente de prévia autorização do Conselho Superior ¹³. Assim, inexistente óbice a que os Procuradores da República sejam designados para atuar junto aos Tribunais Regionais Eleitorais ou os Procuradores Regionais junto aos Juízes Federais. Trata-se de projeção direta da autonomia funcional e administrativa assegurada pelo art. 127, § 2º, da Constituição de 1988 ao Ministério Público.

III. Sistema da Lei nº 8.625/93

8. Segundo a Lei nº 8.625/93 ¹⁴, são órgãos de execução do Ministério Público dos Estados, que atuam perante o Poder Judiciário, o Procurador-Geral de Justiça (Chefe da Instituição), os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça. O Procurador-Geral de Justiça, regra geral, exercerá junto aos tribunais estaduais as atribuições previstas em lei ¹⁵; no entanto, em determinadas situações, detém atribuição para atuar em primeira instância ¹⁶. Aos Procuradores de Justiça cabe “exercer as atribuições junto aos Tribunais, desde

¹⁰ Art. 66, *caput* e § 1º, da LC nº 75/93.

¹¹ Art. 68, *caput*, da LC nº 75/93.

¹² Art. 70, *caput*, da LC nº 75/93.

¹³ Arts. 66, § 2º, 68, parágrafo único e 70, parágrafo único, da LC nº 75/93.

¹⁴ Art. 7º.

¹⁵ Art. 29, I, II, III, V e VI, da Lei nº 8.625/93.

¹⁶ Segundo o art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93, compete ao Procurador-Geral de Justiça “exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes dos Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação”. Tratando-se de ação civil pública (art. 129, III, da CR/88), o STF há muito sedimentou sua jurisprudência no sentido de que é inaplicável o foro por prerrogativa de função existente em relação ao julgamento dos crimes e dos mandados de segurança, sendo o juízo monocrático competente para julgar os agentes públicos demandados: AGRG em Petição nº 693-4, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 12.08.93, DJ de 1º.03.96, p. 5.013 (Presidente da República); AGRG em Reclamação nº 1.110-1, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.11.99, DJ de 07.12.99, p. 58 (Senadores); Inq. nº 1.205-5, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 21.02.97, DJ de 04.03.97, p. 4.800-1 (Deputados Federais). A Corte Especial do STJ já decidiu do mesmo modo: Rec. nº 591, rel. Min. Nílson Naves, j. em 1º.12.99, DJ de 15.05.00 (membros dos Tribunais Regionais do Trabalho). Assim, nas hipóteses do art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93, deterá o Procurador-Geral de Justiça atribuição para officiar em primeira instância, o que não chega a ser propriamente uma novidade, pois de longa data prevista no art. 28 do CPP.

que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, e inclusive por delegação deste”¹⁷. Os Promotores de Justiça, por sua vez, têm suas atribuições previstas, em linhas gerais, no art. 32 da Lei nº 8.625/93, *in verbis*:

“Art. 32 - Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições:

I - impetrar *habeas-corporis* e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante aos Tribunais locais competentes;

II - atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis;

III - officiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância, com as atribuições do Ministério Público Eleitoral previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União que forem pertinentes, além de outras estabelecidas na legislação eleitoral e partidária”.

9. A leitura do art. 32 da Lei nº 8.625/93 permite concluir que a atuação dos Promotores de Justiça não foi restrita à primeira instância da Justiça Comum, havendo, inclusive, previsão expressa de que poderiam impetrar *habeas corpus*, mandado de segurança e requerer correição parcial (*rectius*: reclamação) perante os tribunais locais. É importante frisar que a atribuição dos Procuradores de Justiça para exercer suas atribuições junto aos tribunais, conferida pelo art. 31 da Lei nº 8.625/93, e a ausência de previsão tão extensa em relação aos Promotores de Justiça, somente havendo consagração expressa quanto às medidas previstas no art. 32, I, não deve ser interpretada como um “silêncio eloqüente”, acarretando a supressão de qualquer outra intervenção perante os tribunais que não aquelas previstas. Conclusões como esta certamente estariam dissociadas do próprio sistema, pois o art. 22, III, da Lei nº 8.625/93 é expresso ao dispor que compete às Procuradorias de Justiça “solicitar ao Procurador-Geral de Justiça, em caso de licença de Procurador de Justiça ou afastamento de suas funções junto à Procuradoria de Justiça, que convoque Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria para substituí-lo”¹⁸, o qual será indicado pelo Conselho Superior¹⁹.

10. É importante que não seja relegada a plano secundário a natureza jurídica da Lei nº 8.625/93: é instrumento veiculador de *normas gerais*²⁰. Tratando-se de diploma de caráter geral, nada impede que o legislador estadual,

¹⁷ Art. 31 da Lei nº 8.625/93.

¹⁸ A LC nº 40/81 (antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) proíbia o exercício das funções de Procuradores de Justiça por Promotores (*vide*, dentre outros, o art. 10).

¹⁹ Art. 15, V, da Lei nº 8.625/93.

²⁰ Art. 61, § 1º, II, d, da CR/88.

respeitando as diretrizes traçadas, institua a disciplina que melhor se adequie às peculiaridades locais. Assim, os Procuradores de Justiça somente deverão exercer suas atribuições perante os tribunais, não havendo margem de liberdade, ante a taxatividade do art. 31 da Lei nº 8.625/93, para que sua atuação seja estendida à primeira instância. Os Promotores de Justiça, diversamente, deverão atuar, primordialmente, junto aos órgãos do Poder Judiciário que não foram contemplados com a intervenção de outros órgãos do Ministério Público, que são justamente os de primeira instância; todavia, não há impedimento a que atuem, nas hipóteses previstas nas leis orgânicas estaduais, perante os tribunais. Esta atuação, aliás, se refletirá em uma *substituição temporária* ou no exercício de uma *função de auxílio* ²¹ - com a necessária concordância do titular ²² -, o que melhor se adequará ao sistema, isto em razão da previsão de agentes específicos - os Procuradores de Justiça - para atuar em segunda instância. O art. 32, III, da Lei nº 8.625/93 em muito corrobora esta conclusão, pois somente restringe a atuação dos Promotores de Justiça à primeira instância quando no exercício da função eleitoral, nitidamente afeita ao Ministério Público da União ²³, não em relação às suas demais atribuições.

11. Tratando-se de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, a delegação, a outro membro do Ministério Público, de suas funções de órgão de execução ²⁴, haverá de observar uma linha de coerência com o sistema: atribuições a serem exercidas junto a órgãos jurisdicionais de primeira instância deverão ser delegadas preferencialmente a agentes que neste nível atuem, o mesmo devendo ser observado em relação às atribuições exercitáveis em segunda instância. Com isto, é possível afirmar que os Procuradores de Justiça exercerão atividades delegadas em segunda instância, conclusão que está em perfeita harmonia com o disposto no art. 31 da Lei nº 8.625/93; enquanto que os Promotores de Justiça poderão receber tal delegação em primeira ou em segunda instâncias.

III.I. Alcance do art. 32, I, da Lei nº 8.625/93.

12. Como visto, inexistente óbice a que as leis orgânicas dos diferentes Estados da Federação venham a disciplinar os casos em que se dará a atuação dos Promotores de Justiça em segunda instância, observada, em qualquer caso, a regra do art. 32, I, da Lei nº 8.625/93 (impetrar *habeas-corpus* e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes). Neste passo, resta analisar o alcance dessa regra.

²¹ O art. 59 da Lei Complementar Estadual nº 28/82 (Lei Orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro), com a redação determinada pela LC nº 92/00, admite expressamente essa possibilidade, não a condicionando a qualquer deliberação do Conselho Superior:

“Os Promotores de Justiça poderão ser designados para exercício, em auxílio, nas Procuradorias de Justiça, nas Curadorias e Promotorias de Justiça na Comarca da Capital e nos órgãos de execução indicados nos incisos III e IV do art.49.”

²² Art. 10, IX, f, da Lei nº 8.625/93.

²³ Arts. 72 e 78 da LC nº 75/93.

²⁴ Art. 29, IX, da Lei nº 8.625/93.

13. Uma interpretação literal do art. 32, I, da Lei nº 8.625/93 de logo afasta qualquer conclusão de que o Promotor de Justiça teria legitimidade para se utilizar dos instrumentos ali previstos em todo e qualquer caso, o que conduziria a inúmeras situações de colidência com o sistema, a começar pela inexistência de interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público em inúmeras matérias. O *caput* do preceito é claro no sentido de que o Promotor de Justiça deve utilizar tais instrumentos “dentro de suas esferas de atribuições”. Assim, à literalidade do preceito devem ser acrescidos os elementos teleológico e sistemático, o que permitirá que seja conferida uma certa dose de harmonia aos diferentes fatores que convergem para a solução da questão.

14. O Promotor de Justiça, como órgão presentante do Ministério Público, haverá de ter sua atuação direcionada à consecução das atividades finalísticas inerentes à Instituição, o que será normalmente feito junto aos órgãos jurisdicionais de primeira instância. Assim, é possível estabelecer a premissa de que os instrumentos previstos no art. 32, I, da Lei nº 8.625/93, além de veicularem fatos diretamente relacionados à sua esfera de atribuição, devem destinar-se à correção de irregularidade perpetrada pelos agentes que mantenham um vínculo direto com a atividade por ele desenvolvida.

15. Tratando-se de *habeas corpus* ou de mandado de segurança, ainda que a autoridade coatora possua foro por prerrogativa de função, não haverá obstáculo à atuação do Promotor de Justiça, devendo ser observada, unicamente, a relação com a sua esfera de atribuições e a existência de vínculo direto entre a autoridade coatora e a atividade por ele desenvolvida, a qual não deve ser cometida a outro órgão do Ministério Público. Uma prisão ilegal, quer seja determinada pelo Juiz de Direito, pelo Delegado de Polícia ou mesmo pelo Secretário de Segurança Pública, poderá motivar a impetração de *habeas corpus*, por Promotor de Justiça, junto ao tribunal estadual competente, isto porque a ilegítima privação da liberdade lesa um direito fundamental e indisponível do cidadão, sendo dever do Ministério Público zelar pela sua observância²⁵, crescendo-se, ainda, que o exercício de tal função não é da alçada exclusiva de outro órgão da Instituição. Igual possibilidade será dividida em se tratando de ilegalidade a ser sanada via mandado de segurança²⁶. Diversa será a solução em sendo a autoridade coatora um Desembargador, pois, ainda que a ilegalidade tenha reflexo na esfera de atribuições do Promotor, tais agentes não mantêm qualquer relação direta,

²⁵ Art. 127, *caput*, da CR/88.

²⁶ “Recurso ordinário de mandado de segurança. Legitimidade para a impetração do *mandamus*. Promotor de Justiça. Lei nº 8.625/92. O Promotor de Justiça possui legitimidade para impetrar mandado de segurança perante os tribunais locais. Distinção entre postular ao tribunal (art. 32, inciso I da LONMP) e postular no tribunal (art. 31 da LONMP). Precedentes. Recurso cabível e provido para apreciação”. (STJ, 5ª T., ROMS nº 5.376/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. em 10.11.97, DJ de 15.12.97, p. 66460). “Mandado de segurança. Promotor de Justiça. Legitimidade para propor mandado de segurança contra ato do Juiz de Direito. Recurso Provido.” (STJ, 4ª T., ROMS nº 8.026/SP, rel. Min. Bueno de Souza, j. em 06.04.99, DJ de 12.02.01, p. 115). No mesmo sentido: 6ª T., ROMS nº 5.285/SP, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 20.10.98, DJ de 12.04.99, p. 194; 6ª T., ROMS nº 5.131/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 28.04.95, DJ de 05.06.95, p. 16.689; 6ª T., ROMS nº 1.719/SP, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. em 04.05.93, DJ de

devendo-se acrescer que a atividade ministerial a ser desenvolvida junto aos tribunais estaduais é da alçada dos Procuradores de Justiça²⁷. Disto resulta a célebre distinção entre *postular ao tribunal* e *postular no tribunal*. Ao Promotor é dado postular ao tribunal, mas não tem atribuição para perquirir os desvios dos órgãos internos deste, tarefa dos Procuradores de Justiça²⁸.

16. É importante frisar que com a impetração do mandado de segurança ou do *habeas corpus*, ou mesmo com o requerimento de correição parcial, se exaure a atribuição do Promotor de Justiça, pois, ainda que o Ministério Público tenha interesse a ser resguardado por uma possível irresignação recursal, somente os Procuradores de Justiça podem insurgir-se contra as decisões proferidas pelos órgãos internos dos tribunais²⁹. Como visto, em muito diferem as atividades de formular uma pretensão ao tribunal e de atuar como órgão agente ou interveniente nos feitos da alçada deste. Aqui, não se chega a ter uma exceção à regra segundo a qual o legitimado a postular o é igualmente para recorrer, pois a variação dos órgãos com atribuição em nada altera a condição do verdadeiro legitimado: o Ministério Público. Trata-se de uma singela divisão de tarefas, o que acarreta a possibilidade de o Promotor de Justiça, a partir de uma posição de inércia do tribunal, a ele postular; mas erige-se como óbice absoluto à atuação do agente ministerial quando o ponto de partida for

27.09.93, RSTJ n° 51/479; 6ª T., ROMS n° 1.720/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 09.02.93, DJ de 17.05.93, p. 9.360; 4ª T., ROMS n° 5.370/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 02.05.95, DJ de 29.05.95, p. 15.517, RSTJ n° 78/256.

²⁷ Obviamente, a ausência de atribuição do Promotor de Justiça não será óbice à cessação da ilegalidade, pois qualquer cidadão tem legitimidade para impetrar a ordem, não olvidando-se o fato de que esta pode ser concedida de ofício (art. 654, *caput* e § 2º, do CPP).

²⁸ Neste sentido: “*Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Ato praticado por Desembargador de Tribunal. Mandado de Segurança. Promotor de Justiça. Ilegitimidade. Falece ao membro do Ministério Público que oficia perante o primeiro grau de jurisdição legitimidade para impetrar mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça contra ato praticado por um de seus Desembargadores. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.*” (STJ, 3ª T., ROMS n° 13.568/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 03.12.01, DJ de 18.02.02, p. 404).

²⁹ No mesmo sentido: HUGO NIGRO MAZZILLI, *Regime Jurídico do Ministério Público*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 304. O STJ, do mesmo modo, tem sufragado este entendimento: “*Processual Penal. Habeas Corpus. Recurso interposto por Promotor de Justiça. Ausência de legitimidade. Não conhecimento.* Estabelece o art. 32, I, da Lei n° 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) que a atuação dos Promotores de Justiça perante os tribunais estaduais limita-se à impetração do pedido de *habeas corpus* ou mandado de segurança. O acompanhamento e a eventual interposição de recurso é atribuição dos Procuradores de Justiça, a teor do art. 31 da mesma norma legal”. (STJ, 5ª T., RHC n° 4.730/GO, rel. Min. Flauger Scartezzini, DJ de 25.09.95, p. 31.118, RSTJ n° 083/287). E ainda: “*Mandado de segurança. Embargos de declaração.* O Ministério Público é uno e indivisível. A pluralidade de órgãos não afeta a característica orgânica da Instituição. Ao membro do Ministério Público, como ao Juiz, é vedado atuar fora dos limites de sua designação. Há, por isso, órgãos que atuam em 1ª instância e outros em 2ª instância. O Promotor não atropela o Procurador. O órgão que atua em 1ª instância pode solicitar prestação jurisdicional em 2º grau. Exemplificativamente, a interposição de apelação, no juízo que atua. O Recurso Especial, porém, no mesmo processo, será manifestado pelo órgão que oficia junto ao tribunal. Distingue-se, pois, postular ao tribunal do postular no tribunal. O Promotor tem legitimidade para impetrar mandado de segurança, descrevendo, na causa de pedir, ilegalidade ou abuso de poder do Juiz de Direito”. (STJ, 6ª T., EDROMS n° 8.802/SP, rel. p/ acórdão Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 29.10.98, DJ de 15.03.99 - a 6ª Turma, assim, reviu, em sede de embargos de declaração, a posição que adotara por ocasião do

justamente um ato do tribunal ou dos órgãos que o integram, o que transfere a atribuição aos Procuradores de Justiça.

17. À luz do exposto, vê-se que perderam a atualidade antigas decisões do Superior Tribunal de Justiça que reconheciam, até mesmo, a impossibilidade de os Promotores de Justiça dirigirem-se aos tribunais ³⁰.

18. Em que pese a obviedade, é importante que não seja confundida a atuação do Promotor de Justiça, na condição de presentante do Ministério Público e com o fim de realizar a atividade finalística deste, com a atuação do agente que ocupa o cargo de Promotor de Justiça visando à proteção dos direitos e prerrogativas que lhe são inerentes. Neste caso, poderá o agente postular ao tribunal ³¹ - qualquer que seja, a depender da autoridade coatora - e apresentar a irresignação recursal que entenda pertinente ³², isto porque os Procuradores de Justiça são presentantes do Ministério Público, não do agente que ocupa o cargo de Promotor de Justiça. Como afirmou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, "a legitimidade *ad causam* no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (CF. JELLINEK, MALBERG, DUGUIT, DABIN, SANTI ROMANO), entre os direitos públicos subjetivos incluem-se os chamados direitos-função, que tem por objetivo a posse e o exercício da função pública pelo titular que a desempenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra

juízo do ROMS nº 8.802/SP, sendo relator o Min. Fernando Gonçalves, onde restara assentado que "falta legitimidade ao Promotor de Justiça para impetrar, perante a segunda instância, mandado de segurança visando atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito, porquanto semelhante providência, a par de inserida nas atribuições do Procurador de Justiça, se apresenta como simples tarefa de acompanhamento, j. em 17.03.98, DJ de 11.05.98, p. 156). No mesmo sentido: 6ª T., ROMS nº 5.562/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 19.12.95, DJ de 13.05.96.

³⁰ *Processual civil. Mandado de segurança. Ministério Público. Legitimidade. Capacidade postulatória.* 1. Da decisão que denega, indefere, considera prejudicado ou julga extinto o mandado de segurança, cabe o recurso ordinário. 2. O Ministério Público tem legitimidade para impetrar mandado de segurança no âmbito de sua atuação e em defesa de suas atribuições institucionais. 3. A Constituição (art. 103, par. 1º) dispõe que tem competência privativa para oficiar perante Supremo Tribunal Federal, exclusiva e unicamente, o Procurador-Geral da República, seja como *custos legis*, seja como parte. Perante este Superior Tribunal de Justiça atuam o Procurador-Geral da República e os Subprocuradores-Gerais, com proibição de outro órgão do Ministério Público. Assim, cabe ao Procurador-Geral de Justiça exercer as suas atribuições junto aos Tribunais de Justiça, podendo delegá-las aos Procuradores de Justiça. Os Promotores de Justiça carecem de capacidade postulatória junto aos tribunais e, pois, para requererem em mandado de segurança perante órgão superior de jurisdição. 4. Incensurável a decisão recorrida entendendo carecer o representante do Ministério Público, no primeiro grau, legitimação ativa *ad causam* para postular, via mandado de segurança, na segunda instância, no resguardo de competência decorrente da aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente". (STJ, 5ª T., ROMS nº 1.456/SP, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 16.05.94, DJ de 30.05.94, p. 13.490). No mesmo sentido: 5ª T., ROMS nº 5.322/RS, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 30.08.95, DJ de 25.09.95, p. 31.120; e 5ª T., ROMS nº 1.722/SP, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 08.09.93, DJ de 07.03.94, p. 3.667.

³¹ Vide STF, Pleno, MS nº 22.495/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 14.05.97, DJ de 18.05.01, p. 434.

³² Vide STJ, 6ª T., ROMS nº 12.485/SE, rel. Min. Vicente Leal, j. em 06.02.01, DJ de 05.03.01, p. 240.

ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em 'subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito'.³³

IV. A falta de atribuição e a ratificação dos atos praticados

19. Como demonstramos, ressalvados os casos de substituição temporária ou auxílio, os Promotores de Justiça não têm atribuição para *postular no tribunal*. No entanto, caso o façam, *quid iuris?* Por certo, a conclusão simplista de que devem ser considerados nulos os atos praticados pelo agente destituído de atribuição nem sempre estará em harmonia com o interesse público que se buscou tutelar; basta mencionarmos, a título de exemplo, a situação de um Promotor de Justiça que, a poucos dias do término do prazo decadencial, tenha conhecimento de ato, praticado por Desembargador, que lese direito líquido e certo situado em sua esfera de atribuições, vindo a impetrar mandado de segurança perante o Tribunal. Tomando conhecimento da impetração, deverá o Procurador de Justiça simplesmente suscitar a falta de atribuições e pugnar pelo não conhecimento do *writ*? Ao nosso ver, a resposta merece maior reflexão.

20. Para o deslinde da proposição acima, afigura-se-nos relevante tecer algumas breves considerações a respeito do instituto da *convalidação* ou *sanatória*³⁴. Na lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³⁵, "convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que foi praticado". Acrescenta, ainda, que a convalidação é ato discricionário³⁶, cabendo à Administração, a partir do caso concreto, verificar se a manutenção dos efeitos já produzidos melhor atende ao interesse público, deixando de anular o ato viciado. Além de não ser admissível a convalidação dos atos que causem prejuízos a terceiros ou produzidos de má-fé, é necessário verificar se a natureza do vício admite tal providência.

³³ STF, Pleno, MS nº 21.239/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.06.91, DJ de 23.04.93, p. 6.920.

³⁴ Para aqueles que negam a existência dos atos anuláveis, é inadmissível a supressão retroativa da ilegalidade de um ato administrativo, pois "não se convalida o que é inválido" (DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 100). O STJ, no entanto, já decidiu que "a regra enunciada no verbete nº 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência" (1ª T., REsp. nº 63.451-2/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 07.06.95, DJ de 28.08.95, RSTJ nº 78/120). O art. 55 da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo federal, contemplou expressamente a possibilidade de convalidação dos atos administrativos: "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração".

³⁵ *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 203.

³⁶ Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 236), encampando a posição de WEIDA ZANCANER (*Convalidação e Invalidação dos Atos Administrativos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993), é possível exprimir que "(I) sempre que a Administração esteja perante ato suscetível de convalidação e que não haja sido impugnado pelo

21. Dentre os vícios que atingem o ato e no que interessa especificamente ao objeto deste estudo, está o de incompetência do agente, o qual, em algumas situações, é um vício passível de ser sanado³⁷. Neste caso, a doutrina é uníssona em admitir a convalidação³⁸, que recebe a denominação de *ratificação*³⁹. A ratificação deve ser realizada pelo agente competente para a prática do ato, somente sendo admissível nos casos em que a competência não seja exclusiva, admitindo delegação ou avocação. Sendo legítimo que o agente delegue a prática do ato, nada mais justo do que admitir a ratificação dos atos praticados sem a referida delegação. Somente são ratificáveis e, por via reflexa, convalidáveis, os atos que possam ser regularmente editados.

22. Como óbice à convalidação dos atos anuláveis, costuma-se sustentar a sua inadmissibilidade sempre que o vício já tiver sido impugnado, judicial ou extrajudicialmente. Tratar-se-ia de um imperativo de segurança jurídica, evitando-se que a extinção dos efeitos ilegítimos de um ato administrativo deixasse de ser uma determinação legal para transmudá-la em livre opção da Administração, tornando inútil a arguição do vício⁴⁰.

23. Feitas estas considerações preliminares, resta analisar a proposição formulada no item 19. No exemplo sugerido, a falta de atribuição do Promotor de Justiça é patente. Do mesmo modo, é igualmente inequívoco que o Procurador de Justiça detém atribuição para impetrar mandado de segurança, presentes os pressupostos necessários, contra ato de Desembargador. Acresça-se, ainda, que, em havendo concordância do Procurador de Justiça titular do órgão com atribuição, a prática do ato poderia ser "*delegada*" pela Instituição ao Promotor de Justiça, vale dizer, poderia ele praticar todos os atos próprios do agente que atua em segunda instância, desde que designado em auxílio. Assim, se nos afigura perfeitamente legítima a conduta do Procurador de Justiça que, corroborando a narrativa lançada na impetração e entendendo ser ela consentânea com o interesse público, venha a ratificá-la, convalidando o ato e

interessado estará na obrigação de convalidá-lo, ressaltando-se, como dito, a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário; (II) sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado já esteja estabilizada pelo Direito. Em tal caso, já não mais haverá situação jurídica inválida ante o sistema normativo e, portanto, simplesmente não se põe o problema".

³⁷ Na lição de CARVALHO FILHO (in *Processo Administrativo Federal*, Rio: Lumen Juris, 2001, p. 263), "sanáveis são os vícios de menor gravidade que, por isso mesmo, não obrigam à anulação direta do ato e, ao contrário, permitem, em determinadas hipóteses, sua confirmação e o aproveitamento dos efeitos pretéritos." (...) "Vícios sanáveis são, normalmente, os relacionados à competência, à forma e ao objeto (neste último caso, nem sempre). Insanáveis são, como regra, os pertinentes à finalidade e ao motivo."

³⁸ Neste sentido: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *op. cit.*, p. 203; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., Rio: Lumen Juris, 2001, p. 128; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 235.

³⁹ "Ratificação é o acto administrativo pelo qual o órgão competente decide sanar um acto inválido anteriormente praticado, suprindo a ilegalidade que o vicia" (MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 9ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1972, p. 557).

⁴⁰ Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 234.

extirpando o vício de atribuição que se formara em seu nascedouro. Ao nosso ver, a convalidação será um ato eminentemente discricionário, tendo o Procurador de Justiça, ante o princípio da independência funcional ⁴¹, total liberdade para valorar os termos do *writ*. A ratificação, aliás, sequer precisa ser expressa ⁴².

24. Encampando-se os mesmos pressupostos exigidos para a convalidação no âmbito administrativo, a solução diversa chegaríamos em se tratando de ato de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça praticado por Promotor de Justiça junto ao tribunal. Neste caso, salvo disposição expressa da lei estadual, ter-se-ia a impossibilidade de serem delegadas ao Promotor de Justiça as atribuições originárias do Chefe da Instituição. Tratando-se de atribuição exclusiva e sendo ilegítima a delegação aos agentes que atuam em primeira instância, não haveria que se falar em convalidação de um ato que jamais poderia ter sido legitimamente praticado. Apesar disto, tem prevalecido posição diversa nesta seara, exigindo-se, como requisito básico da ratificação, que o órgão que detenha atribuição entenda ser esta medida pertinente ⁴³ e que o ato a ser ratificado não tenha cunho decisório, não tendo qualquer influência o fato de o interessado ter suscitado o vício. Chega-se a esta conclusão a partir do estudo da teoria das nulidades no direito processual, sendo prestigiada a instrumentalidade das formas e o princípio de que os atos processuais viciados devem ser aproveitados na medida em que não causem prejuízo ao *ex adverso*. Partindo dessa premissa, o Supremo Tribunal Federal não visualizou qualquer nulidade no oferecimento de denúncia em matéria de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, por agente que detinha tão-somente delegação implícita, com ulterior ratificação pelo Chefe da Instituição ⁴⁴.

25. A jurisprudência, em inúmeras oportunidades, tem decidido pela possibilidade de ratificação dos atos maculados por vício de atribuição ou de competência, desde que não tenham cunho decisório. A ratificação, aliás, tem sido admitida em uma amplitude muito mais ampla que a sugerida, alcançado

⁴¹ Art. 127, § 1º, da CR/88.

⁴² "*Habeas Corpus. Nulidades. Ausência de ratificação da denúncia anteriormente ofertada. Juízo sentenciante incompetente. Vara especializada da Justiça Estadual*. 1. Ao destacar a existência de denúncia já ofertada nos autos e pedir pelo prosseguimento do feito, ratificou tacitamente o Promotor de Justiça a peça vestibular. 2. Em face do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, mesmo que o Juiz absolva o réu da infração que lhe deu a *vis attractiva*, continuará competente para o julgamento das demais infrações. 3. Habeas corpus conhecido; pedido indeferido". (STJ, 5ª T., HC nº 14.164/PE, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 06.02.01, DJ de 19.03.01, p. 125).

⁴³ "*Habeas Corpus. Denúncia oferecida por órgão incompetente*. Pode a nulidade ser sanada pela ratificação do órgão competente. No caso, a sanação ocorreu antes do recebimento da denúncia. Acusações que atingem a dignidade funcional do juiz devem ser cumpridamente provadas na ação penal instaurada com a representação do ofendido". (STF, 2ª T., HC nº 63.819/PR, rel. Min. Carlos Madeira, j. em 18.04.86, DJ de 09.05.86, p. 7.627).

⁴⁴ "... Estando o Promotor de Justiça já promovido ao cargo de Procurador de Justiça, no exercício das respectivas funções, e, além disso, com implícita delegação do Procurador-Geral, podia, em lugar deste, oferecer denúncia, perante o Tribunal de Justiça, contra o Prefeito Municipal, sobretudo em se verificando, depois, a confirmação da delegação, com a ratificação do ato praticado, sem qualquer prejuízo, ademais,

até mesmo órgãos componentes de estruturas organizacionais distintas (v.g.: Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual). Assim, ressalvados os atos decisórios, é possível a ratificação, por Juiz de Direito, dos atos praticados por Juiz Federal ⁴⁵; a ratificação, pelo Ministério Público Federal, de denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual ⁴⁶; a ratificação, pelo Promotor Natural de denúncia oferecida por outros integrantes da carreira que, no caso, não detinham tal condição ⁴⁷; a ratificação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de denúncia oferecida por Promotor de Justiça em face de autoridade que goza de foro por prerrogativa de função ⁴⁸; a ratificação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de denúncia oferecida por Promotor de Justiça em face de autoridade que, à época, não gozava de foro por prerrogativa de função ⁴⁹; a ratificação, pelo Tribunal de Justiça, do recebimento de denúncia

para o denunciado..." (STF, 1ª T., HC nº 73.429/RO, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 06.08.96, DJ de 13.09.96).

⁴⁵ "**Competência. Tráfico de Entorpecentes. Nulidade.** A teor do disposto no art. 27, da Lei nº 6.368/76, a competência para o processo e julgamento do crime de tráfico com o exterior é do Juízo de Direito, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de Vara da Justiça Federal. Hipótese em que desatendida essa regra competencial. Nulidade dos atos decisórios praticados pelo Juízo Federal, na conformidade do art. 567, do CPP. Os demais atos são passíveis de ratificação, inclusive a homologação da prisão em flagrante. Ordem deferida". (STJ, 6ª T., RHC nº 1.814/SP, rel. Min. Costa Leite, j. em 17.03.92, RSTJ nº 34/92).

⁴⁶ "**Processo Penal. Habeas Corpus. Citação editalícia. Réu foragido. Validade. Declaração de incompetência da Justiça Estadual. Ratificação da denúncia pelo MPF. Inexistência de nulidade. Ordem denegada.** I. Não se reconhece qualquer vício na citação procedida por Edital se há provas atestando que, quando da tentativa de citação pessoal, estava o réu foragido. II. Não há nulidade na ratificação de recebimento de denúncia, após declaração de incompetência de justiça e remessa dos autos, por não se tratar de convalidação de 'ato decisório' que pudesse cercear a defesa. III. Ordem denegada." (STJ, 5ª T., HC 8627/SP, rel. Min. Gílson Dipp, j. em 06.05.99, DJ de 31.05.99, p. 160).

⁴⁷ "**Processual Penal. Violação ao princípio do promotor natural. Não ocorrência. Ratificação da denúncia e demais atos processuais.** Não ocorre violação ao princípio do promotor natural na hipótese em que o titular da ação penal ratifica a petição inicial e os demais atos praticados, no processo criminal, pelos seus colegas. Precedente. Recurso ordinário desprovido." (STJ, 6ª T., RHC nº 10.519/SE, rel. Min. Vicente Leal, j. em 26.02.02, DJ de 18.03.02). "... A ratificação, pelo promotor oficante, da denúncia ofertada por promotor de outra comarca não ofende o princípio do promotor natural." (STJ, 5ª T., HC nº 13612/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 13.12.00, DJ de 05.03.01, p. 193). No mesmo sentido: STF, 1ª T., HC nº 80.797/SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 07.08.01, DJ de 11.10.01, p. 005.

⁴⁸ "... Ratificação de denúncia apresentada por autoridade ministerial incompetente. Não há necessidade de oferecimento de nova inicial, se a denúncia do Promotor foi ratificada pelo Procurador-Geral de Justiça. A ratificação da denúncia, validamente recebida pelo pleno do Tribunal de Justiça, é suficiente para afastar a alegação de ilegitimidade da parte..." (STF, HC nº 72.904/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 30.04.96, DJ de 03.12.99, p. 3).

⁴⁹ STF, 2ª T., HC nº 77.985/PB, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 13.10.98, DJ de 12.11.99, p. 091 e 1ª T., HC nº 72.298/SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 21.05.96, DJ de 06.09.96, p. 31.850. O STF, inclusive, já decidiu pela desnecessidade de ratificação expressa: "**Habeas Corpus. Prefeito denunciado por Promotor perante Juiz de Direito, nas sanções do art. 1º, II e par. 1º, do Decreto-lei nº 201/67. Competência superveniente do Tribunal de Justiça, art. 29, VIII, da Constituição Federal de 1988.** Desnecessidade de ratificação expressa da denúncia pelo Procurador-Geral de Justiça, mormente quando, nas razões finais, pede a condenação, demonstrando que estava de acordo com a denúncia. Nulidade inexistente. É inestimável a importância das formalidades processuais como garantias da liberdade pessoal e da segurança jurídica. Mas a homenagem a esse princípio não há de chegar ao feiticismo, e não deve ser

realizado pelo Juiz de Direito ⁵⁰.

V. Síntese conclusiva

26. A Constituição da República não disciplinou o escalonamento funcional dos membros do Ministério Público, tarefa que foi relegada ao legislador infraconstitucional. Preenchendo o espaço de conformação deixado pelo Constituinte originário, foram editadas a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União) e a Lei nº 8.625/93, que traça as normas gerais do Ministério Público dos Estados.

27. No âmbito do Ministério Público dos Estados, são órgãos de execução que atuam perante o Poder Judiciário: o Procurador-Geral de Justiça, os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça. O Procurador-Geral de Justiça exercerá suas atribuições, nas situações previstas em lei, em primeira e em segunda instâncias. Os Procuradores de Justiça somente atuarão em segunda instância, exercendo atribuições próprias ou delegadas pelo Chefe da Instituição. Os Promotores, por sua vez, atuarão primordialmente em primeira instância, mas poderão, igualmente, substituir ou auxiliar os Procuradores de Justiça. As delegações do Procurador-Geral de Justiça deverão recair, preferencialmente, sobre agentes que exerçam suas atribuições perante a instância em que se deva dar a intervenção: Promotores em primeira e Procuradores em segunda instância.

28. Além da função de auxílio ou substituição dos Procuradores de Justiça, os Promotores poderão postular aos tribunais estaduais nas situações mencionadas no art. 32, I, da Lei nº 8.625/93: "impetrar *habeas-corpus* e mandado de segurança e requerer correição parcial". Neste caso, devem ser veiculados fatos diretamente relacionados às suas esferas de atribuição, sendo igualmente necessário que tais instrumentos se destinem à correção de irregularidade perpetrada por agentes que mantenham um vínculo direto com a atividade desenvolvida pelos Promotores de Justiça, não devendo tal atribuição ser cometida a outro órgão do Ministério Público. Disto resulta a distinção entre *postular ao tribunal* e *postular no tribunal*, sendo esta última tarefa afeita aos Procuradores de Justiça, o que alcança a apresentação de irresignações recursais contra atos do tribunal ou de seus órgãos.

levada a exageros inúteis para se proclamar nulidade, pois, os atos praticados pelo Promotor de Justiça, quando praticados, foram rigorosamente legais, e os atos praticados pelo Juiz, quando praticados, foram irretocavelmente legais, não havendo razão para que deixem de sê-lo porque, por lei posterior, a competência passou a ser do Tribunal. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido". (STF, 2ª T., HC nº 69.906/MG, rel. Min. Paulo Brossard, j. em 15.12.92, DJ de 16.04.93, p. 6.434, RTJ nº 146/244).

⁵⁰ "... Deferimento parcial do pedido para reconhecer, quanto ao paciente, a competência originária do Tribunal de Justiça, mantido o recebimento da denúncia, por ser ato suscetível de ratificação (RHC-58.410, RTJ 102/63)". (STF, Pleno, HC nº 65.132/DF, rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 12.08.87, DJ de 04.09.87, p. 18.286).

29. Somente é admissível que o Promotor de Justiça maneje os instrumentos previstos no art. 32, I, da Lei nº 8.625 a partir de uma posição de inércia do tribunal, não tendo atribuição para utilizá-los quando o ponto de partida for justamente um ato do tribunal ou dos órgãos que o integram, o que transfere a atribuição aos Procuradores de Justiça. Constatada a prática de um ato que desborde as atribuições do Promotor de Justiça, poderá o Procurador de Justiça, no exercício de sua independência funcional, em corroborando a narrativa lançada e entendendo ser ela consentânea com o interesse público, *ratificar* o pleito apresentado, convalidando o ato e extirpando o vício que o maculava.

Janeiro de 2002.

⁹³ EMERSON GARCIA é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
