

MINISTÉRIO PÚBLICO: POR UMA VERDADEIRA AUTONOMIA FUNCIONAL

BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVEDO
Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Católica do
Salvador – UCSal
e da Faculdade Baiana de Ciências – FABAC
Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público do
Estado da Bahia
Professor convidado de Direito Penal da Faculdade de Tecnologia e
Ciências – FTC-BA
Analista Previdenciário do INSS-BA

Sumário: 1 Introdução – 2 Pressupostos para uma verdadeira independência funcional – 3 O problema da não-personalidade jurídica do Ministério Público – 4 Consequências pragmáticas no ordenamento jurídico vigente e sua necessária releitura constitucional – 5 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Como é sabido, desde a Constituição Federal de 1988 – CF/88, o Ministério Público – MP, além de ter se desvinculado institucionalmente do Poder Executivo, foi elevado à condição de órgão detentor de *autonomia funcional* e administrativa, conforme a redação do art. 127, § 2º, que assim dispõe:

Art. 127.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, -os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

Necessário será que se tenha a exata noção do que se deve entender por *autonomia funcional*, já que, no momento, não iremos tratar da autonomia administrativa. Mister será que se responda pelo menos às duas indagações a seguir: quais os pressupostos da verdadeira autonomia funcional e quais as suas consequências na própria forma de atuação do Ministério Público?

Esse é o objeto de estudo e ênfase do presente texto, ou seja, tentar responder satisfatoriamente a estas duas indagações e, com isso, aproximar-se do verdadeiro significado e extensão da expressão *autonomia funcional*.

2 PRESSUPOSTOS PARA UMA VERDADEIRA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Para que possamos admitir que um determinado ente (usamos a expressão *ente*, em vez de *órgão*, porque entendemos que denomina melhor a verdadeira natureza jurídica do MP), seja ele qual for, detenha *autonomia funcional* (autonomia para desempenhar a sua função institucional) é necessário que ele reúna, em tomo de si, três pressupostos básicos: uma lei, conforme os ditames da Constituição, que o institua juridicamente, uma dotação orçamentária própria, que seja a ele designada, e uma função específica que seja por ele desempenhada, isto é, uma função peculiar.

Com efeito, o primeiro dos pressupostos e, de todos, o mais importante, pois lhe confere existência jurídica, é o de haver uma lei que o institua, obedecendo-se, por óbvio que é, aos princípios e regras do ordenamento jurídico. Caso contrário, tal ente não terá qualquer significação para o mundo jurídico.

Insta salientar, consoante se nota na redação do § 2º do art. 127 da CF/88, que tal lei será de iniciativa do MP, que poderá propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e *serviços auxiliares*, estabelecer a política remuneratória e os planos de carreira e disciplinar a sua organização e funcionamento.

Vê-se, portanto, que o espectro de atuação do Poder Legislativo é, neste caso, de natureza reduzida, não tendo tal Poder a discricionariedade para regular toda e qualquer matéria acerca do *Parquet*.

A dotação orçamentária é um dos pressupostos, não com a exigência de que seja criada e aprovada pelo próprio ente, mas que seja aprovada e criada em função de um determinado ente, de forma obrigatória, sem que, por qualquer razão, mesquinha ou não, uma pessoa jurídica de direito público possa não direcionar uma determinada verba em prol de determinado ente. A porção do orçamento destinada àquele determinado ente não poderá ser redirecionada para qualquer outro fim, de maneira a comprometer o desempenho das funções por parte dele, pois se o fizer restará configurada improbidade administrativa e desvio de finalidade.

Convém ressaltar que o segundo pressuposto também é deveras relevante, visto que, conquanto exista juridicamente um determinado ente, fundamental é que tenha recursos para desempenhar a função para a qual foi concebido.

Cumprido destacar que a CF/88, em seu art. 127, § 3º, determinou,

expressamente, que o MP elaborará a sua proposta orçamentária. Nota-se, de forma insofismável, que o espírito do legislador constituinte foi o de atribuir o máximo de liberdade possível a esse órgão no que concerne à configuração de seu orçamento. Tanto é assim que a Constituição impôs como único limite no ato de elaboração da proposta orçamentária a obediência do *Parquet* aos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO.

Por fim, mas não menos importante, o terceiro pressuposto é o que estabelece como ente aquela figura jurídica que tem uma função peculiar, ou seja, uma função que lhe seja específica e que, por isso, o diferencie entre os demais órgãos e instituições. Se o Estado cria dois ou mais entes para desempenhar uma mesma função, o que não é, em princípio, impossível, temos um Estado certamente ocioso, que se presta a destinar recursos e criar normas que, além de redundantes, acabam por ser, também, inúteis.

3 O PROBLEMA DA NÃO-PERSONALIDADE JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antes de adentrarmos propriamente nas conseqüências pragmáticas do princípio constitucional da independência funcional no ordenamento jurídico vigente, releva assentar, inicialmente, que o MP, como a doutrina nacional na sua totalidade assevera, não possui personalidade jurídica, cuidando-se, na realidade, de um órgão.

Todavia, interessante é notar que, apesar disso, tal órgão, não só pratica atos em nome próprio, seja fora ou dentro da relação processual, como os membros que o compõem, isto é, os Promotores e Procuradores de Justiça, verdadeira personalização do MP, respondem, civil (Código de Processo Civil – CPC, art. 85) penal e administrativamente (CF/88, art. 37, § 6º), por seus atos. (FACHIN,2001).

Diante disso, poderia parecer, à primeira vista, que o ordenamento jurídico tivesse criado uma situação inteiramente anômala no que tange ao *Parquet*, uma vez que, a um só tempo, não lhe conferiu personalidade jurídica, mas atribuiu-lhe responsabilidade. Em outras palavras, estabeleceu a consequência (responsabilidade pelos atos praticados) sem assentar seu pressuposto, qual seja, atribuir-lhe uma personalidade jurídica.

Não fosse isso suficiente, a CF/88 ainda lhe atribuiu autonomia funcional, ou seja, autonomia para que desempenhe a função para a qual foi criado e instituído. Para que possamos resolver essa aparente difícil equação jurídica, faz-se necessário ter em mente os pressupostos, já mencionados, da verdadeira autonomia funcional.

Inicialmente, não há qualquer contradição no ordenamento jurídico pátrio ao definir um ente, o qual não é dotado de personalidade jurídica, mas pode ser responsabilizado juridicamente por seus atos (assim como os seus

membros) porque a idéia que marca a constituição do MP é a de conceber o Estado um ente, mantido e criado por ele, mas que tenha, ao mesmo tempo independência para atuar até mesmo, conforme o caso, contra ele.

Dentro dessa concepção, tomando-se o MP como um fiscal da lei e como parte em um processo, não poderia se encontrar vinculado juridicamente a qualquer dos Poderes do Estado – Executivo, Legislativo, ou Judiciário (MONTESQUIEU, 2000)¹ – para manter a igualdade de independência e autonomia entre eles e para garantir a sua máxima autonomia, tudo em prol da manutenção do ordenamento jurídico.

Sendo assim, optou o Estado por não conferir personalidade jurídica ao MP, como forma de não vinculá-lo juridicamente a si, pois, de outro modo, isto é, conferida tal personalidade jurídica ao MP, este seria, ao menos, uma pessoa jurídica de direito público, seja como autarquia, seja como fundação pública, ou, quando menos, estaria (considerado, neste caso, como órgão, em sentido estrito) submetido ao Estado e, portanto, nesses casos, acabaria por restar, jurídica e institucionalmente, atrelado ao Estado.

Pensamos, assim, que o MP, apesar de ser considerado pela maior parte da doutrina (MAZZILLI, 2000) como um órgão, ou seja, como um ente sem personalidade jurídica que se encontra submetido aos comandos da pessoa jurídica de direito público à qual está subordinado, numa visão essencialmente administrativa (DI PIETRO, 2002; MELLO, 2002), não se enquadra, a rigor, dentro da moldura pré-fabricada do direito administrativo, já que possui características peculiares que o diferenciam desse direito.

Servem de exemplo, para evidenciar tais características peculiares, o fato de o MP possuir um regime jurídico próprio (MAZZILLI, 2001), com uma lei orgânica própria², algo que não é comum, no ordenamento jurídico pátrio, à maioria dos órgãos.

Outra marca distintiva do *Parquet* é a própria independência funcional, princípio constitucional institucional (PINHO, 2000), e administrativa proclamada pela CF/88. Como se sabe, segundo a doutrina administrativista clássica (MELLO, 1959), os órgãos, em geral, não possuem independência funcional nem, muito menos, uma independência elevada a um patamar constitucional. Normalmente, são meras figuras auxiliares das pessoas jurídicas de direito público. São corpos auxiliares que colaboram no exercício e desempenho das atividades essenciais ou de alguma forma relacionadas com os

¹ Note-se que não há na doutrina um posicionamento pacífico quanto à *divisão de poderes*, havendo entendimentos que defendem dois poderes ou funções: *administrativa e jurisdicional* (MELLO, 1979, v. 1, p. 24-33) ou o poder de *criar o direito* e o poder de *executar o direito*, (KELSEN, 1950, p. 268-269) e ainda outros que defendem quatro “atividades”: *executiva, legislativa, judicial e de governo*. (MAYER, Otto *apud* MELLO, 2002, p. 17-18).

² Lei n° 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que deve ser analisada com o auxílio da Lei Complementar n° 75, de 20 de maio de 1993.

fins daquela pessoa jurídica de direito público. Em uma só palavra, os órgãos, tomados à luz do direito administrativo, são corpos sem vida própria, pois são acessórios que seguem o principal, a pessoa jurídica de direito público.

Sendo assim, resta evidente, por conseguinte, que o MP não se enquadra dentro da figura de órgão que o direito administrativo nos ensina. Desta forma, entendemos que a única solução para o deslinde dessa problemática reside em considerarmos o MP como um órgão *sui generis*, um órgão especial, ou seja, como um órgão em sentido amplo, uma vez que não se enquadra no conceito clássico de órgão e não possui uma personalidade jurídica própria.

Note-se a esse respeito que defendemos este posicionamento doutrinário, pois valendo-se do mecanismo da analogia (ATIENZA RODRIGUEZ, 1986), – método integrativo de aplicação do direito (CAMARGO, 2001; MAXIMILIANO, 1999; STRECK, 1999), utilizado quando não se encontra no ordenamento jurídico um instituto jurídico adequado para regulamentação de uma situação jurídica –, o instituto jurídico existente mais próximo (ou melhor, menos distinto) do MP é exatamente o órgão.

Dessa forma, é possível conceber o MP como um órgão *sui generis e*, ao mesmo tempo, contemplar uma solução para a pseudo contradição em que teria supostamente incorrido o ordenamento jurídico constitucional, pois, utilizando-se de tal explicação, podemos admitir, a um só tempo, um ente sem personalidade jurídica, mas dotado de responsabilidade jurídica. Diga-se, então, que, por meio de tal raciocínio, podemos encontrar uma solução que preserve a unidade e harmonia do sistema jurídico (CANARIS, 2002).

4 CONSEQUÊNCIAS PRAGMÁTICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE E SUA NECESSÁRIA RELEITURA CONSTITUCIONAL

Estabelecidos os pressupostos básicos de constituição do MP e analisado o problema da sua falta de personalidade jurídica, cumpre assinalar, agora, quais são as suas conseqüências na própria forma de atuação do MP.

Assentadas essas premissas e dirimidas essas falsas problemáticas, passemos, então, a tratar das conseqüências da independência funcional na própria forma de atuação do MP. (CHAUÍ, 1986).

A primeira das conseqüências pragmáticas decorrentes da aplicação do princípio constitucional da independência funcional consiste em ter o MP um melhor amparo, no que concerne a certas atividades secundárias que dão base ao desempenho de suas funções essenciais.

Vejamus o seguinte exemplo. Em um dado processo, ou inquérito policial, ou procedimento administrativo, vê-se o membro do *Parquet* com a obrigação de emitir um parecer acerca de determinada perícia contábil, a qual se

encontrava anexada aos autos de um processo que apura a possível prática do crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998).³ Poderá, realmente, diante desta situação, o membro do MP formular a sua *opinio delicti* com tal consciência dos fatos?

Parece-nos, certamente, que não. E o motivo é óbvio: falta ao membro do *Parquet* capacidade técnica real para emitir o aludido parecer.

Ora, como se sabe, um Promotor de Justiça tem formação em letras jurídicas, não tendo sequer noção de conhecimentos básicos de contabilidade. Sendo assim, para que o MP possa, realmente, desempenhar com autonomia processual as suas funções constitucionais, mister se faz que o mesmo se encontre amparado por uma boa equipe de profissionais técnicos, com formação nas mais diversas áreas do conhecimento científico, que integre os quadros permanentes da Instituição, pois, somente desta forma, o membro do *Parquet* poderá formar com segurança o seu juízo de convencimento em tomo dos fatos que são apurados no processo.

Não se diga, por sinal, que essa última proposta é dispendiosa ou inovadora, pois na verdade não o é, uma vez que o próprio constituinte a previu ao se referir a serviços auxiliares no art. 127, § 2º, da CF/88:

Art. 127.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada a autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e *serviços auxiliares*, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento (grifo nosso).

A segunda consequência é a do estabelecimento de uma nova regra para eleição do Procurador-Geral de Justiça que deve ser marcada pelos seguintes aspectos: a elaboração de uma lista tríplice de força vinculante e a extensão do direito de voto a todos os Promotores de Justiça, não ficando mais assim, pois, tal eleição restrita aos votos dos Procuradores de Justiça. Esses novos aspectos certamente diminuirão em muito o grau de ingerência política do Poder Executivo no MP, credibilizando, desta forma,

³ Poderia se lembrar ainda o exemplo das desapropriações com fins de reforma agrária, nas quais o MP federal vê-se às voltas com o problema de como opinar com independência funcional em tomo de qual seja, realmente, o laudo técnico de avaliação das terras que se encontra perfeitamente correto, ou seja, se é aquele elaborado pelo perito do Juízo ou se é o confeccionado pelo perito contratado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária INCRA.

⁴ Nesse sentido, aliás, é a Lei Orgânica do Ministério Público de outros Estados.

encontrava anexada aos autos de um processo que apura a possível prática do crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998).³ Poderá, realmente, diante desta situação, o membro do MP formular a sua *opinio delicti* com tal consciência dos fatos?

Parece-nos, certamente, que não. E o motivo é óbvio: falta ao membro do *Parquet* capacidade técnica *real para* emitir o aludido parecer.

Ora, como se sabe, um Promotor de Justiça tem formação em letras jurídicas, não tendo sequer noção de conhecimentos básicos de contabilidade. Sendo assim, para que o MP possa, realmente, desempenhar com autonomia processual as suas funções constitucionais, mister se faz que o mesmo se encontre amparado por uma boa equipe de profissionais técnicos, com formação nas mais diversas áreas do conhecimento científico, que integre os quadros permanentes da Instituição, pois, somente desta forma, o membro do *Parquet* poderá formar com segurança o seu juízo de convencimento em tomo dos fatos que são apurados no processo.

Não se diga, por sinal, que essa última proposta é dispendiosa ou inovadora, pois na verdade não o é, uma vez que o próprio constituinte a previu ao se referir a serviços auxiliares no art. 127, § 2º, da CF/88:

Art. 127.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada a autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e *serviços auxiliares*, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento (grifo nosso).

A segunda consequência é a do estabelecimento de uma nova regra para eleição do Procurador-Geral de Justiça que deve ser marcada pelos seguintes aspectos: a elaboração de uma lista tríplice de força vinculante e a extensão do direito de voto a todos os Promotores de Justiça, não ficando mais assim, pois, tal eleição restrita aos votos dos Procuradores de Justiça⁴.

Esses novos aspectos certamente diminuirão em muito o grau de ingerência política do Poder Executivo no MP, credibilizando, desta forma,

³ Poderia se lembrar ainda o exemplo das desapropriações com fins de reforma agrária, nas quais o MP federal vê-se às voltas com o problema de como opinar com independência funcional em torno de qual seja, realmente, o laudo técnico de avaliação das terras que se encontra perfeitamente correto, ou seja, se é aquele elaborado pelo perito do Juízo ou se é o confeccionado pelo perito contratado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária INCRA.

⁴ Nesse sentido, aliás, é a Lei Orgânica do Ministério Público de outros Estados.

mais ainda, a função desempenhada pêlos seus membros.

Não partilhamos do entendimento que sustenta a possibilidade de o próprio MP, por meio do voto exclusivo de seus membros, eleger seu Procurador-Geral de Justiça, pois admitida tal possibilidade, a rigor, resta concretizada, no nosso entender, uma ofensa ao princípio constitucional da autonomia e independência dos Poderes (BOBEIO, 1988, p.16-17; BONAVIDES, 1993, p. 27; SALDANHA, 1987) – art. 2º da CF/88 – Já que se estaria conferindo ao MP o *status* de um órgão⁵ que não estaria submetido à ingerência de quaisquer dos Poderes do Estado, ou seja, seria uma espécie de *Quarto Poder*, na medida que seria um Poder independente e autônomo.

Sendo assim, tal entendimento não merece prosperar, pois, além de o MP não ter sido alçado pela CF/88 ao *status* de *Quarto Poder*, a própria Magna Carta permite ingerências dos Três Poderes do Estado, seja do *Poder Executivo* autorizando a escolha do Procurador-Geral de Justiça, seja submetendo o projeto de lei orgânica do MP à aprovação ao *Poder Legislativo*, apesar dele ser de iniciativa do próprio órgão, seja, por fim, admitindo ou não o controle desse órgão, de seus membros e de seus atos processuais por parte do *Poder Judiciário*.

Uma terceira consequência, ao nosso ver, é a mitigação do princípio da obrigatoriedade no processo penal. Afinal, parece-nos, no todo, incompatível a convivência do princípio da independência funcional (de patamar constitucional), com uma mordaza infraconstitucional (um limitador do pensamento e da livre consciência do Promotor de Justiça, o qual é considerado pelo ordenamento jurídico processual nacional, de origem fascista, como ser que não pensa, mas que cumpre ordens), erradamente confundida pela maior parte da doutrina processualista nacional com o princípio da legalidade.

Com efeito, não nos parece admissível que um princípio constitucional seja limitado e interpretado à luz de um princípio infraconstitucional, tanto por razões de hierarquia e harmonia do ordenamento jurídico quanto por ser impossível conviver com conceitos absolutos, no mundo moderno, marcado cada vez mais pela relatividade das definições.

Conceber o princípio da obrigatoriedade conforme os moldes atuais é tomar o Promotor de Justiça, ou seja, o ser pensante, como um mero cumpridor automático de ordens.

Com a CF/88, o membro do MP não se encontra mais obrigado a ter que oferecer, de regra, a denúncia, ou a não poder desistir do recurso interposto (art. 576 do Código de Processo Penal – CPP), pois tem *independência funcional* (a qual é diferente da independência administrativa).

Não se deve confundir o princípio da obrigatoriedade, de índole

⁵ Saliente-se que tal vocábulo deve ser entendido conforme os esclarecimentos desenvolvidos no terceiro tópico deste artigo.

infraconstitucional, com o princípio do sistema acusatório (PRADO, 2000), de feição constitucional, pois o fato de o MP deter, com exclusividade, o poder de promover a *persecutio criminis in iudicio*, ou seja, de propor a ação penal, não significa que deva fazer isso obrigatoriamente em todos os casos. Nesse sentido, justa causa, entendida como uma das condições gerais da ação penal (CPP, art. 43), deve ser entendida como uma decorrência do princípio constitucional da motivação das decisões (CF/88, art. 93, IX)⁶, na medida em que se deve exigir do Promotor argumentos fáticos plausíveis para oferecer uma denúncia.

Aliás, movido também por esse princípio, já se identificam no ordenamento jurídico mitigações isoladas do princípio da obrigatoriedade (a exemplo dos arts. 72 a 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995)⁷, como é o caso, por exemplo, da transação penal.

Note-se, contudo, que grande parte da doutrina nacional diverge deste entendimento por nós aqui defendido, sob o argumento de que se trata de hipótese de aplicação do princípio da oportunidade (JARDIM, 1988), ou da discricionariedade regulada ou regrada (GRINOVER *et al.*, 2002, p. 97). Qualquer que seja o argumento, é indiscutível que o princípio da obrigatoriedade está por sofrer uma inicial e progressiva mitigação no campo processual penal.

Outra consequência da aplicação do princípio da independência funcional, desta feita exercendo suas influências no campo processual civil (Código de Processo Civil – CPC, arts. 81 a 85), é a flexibilização da intervenção do MP nas causas em que há interesse de incapazes (CPC, art. 82,1), porque não é em todos os processos em que há interesse de incapaz que se pode identificar uma das finalidades constitucionais de atuação do MP (CF/88, art. 127, *caput*), ou seja, defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tomemos o seguinte exemplo. Uma jovem de 17 anos presta concurso vestibular para a faculdade de Medicina de Alfenas-MG. Passados três meses, ela impetra um mandado de segurança pleiteando a sua transferência para a Faculdade de Medicina de Salvador-BA, alegando motivos de ordem familiar e econômica. Pergunta-se: é realmente necessário, nesse caso, a intervenção do MP no processo, somente por se tratar a jovem de menor relativamente incapaz?

Decididamente, pensamos que não. Não há na presente hipótese qualquer interesse individual indisponível em jogo, mas apenas o interesse individual disponível exclusivo da jovem que deseja obter a transferência. Vê-se, então, que não é caso de atuação do MP. Essa é, aliás, uma conclusão a que se

⁶ Apesar de termos citado dispositivo constitucional relativo ao Poder Judiciário, ressalte-se que assim o fizemos, com o escopo de nos valermos de um recurso de analogia processual, expressamente permitido pelo art. 2º do CPP.

⁷ GRINOVER *et al.* (2002).

pode chegar por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade⁸ ao caso concreto dado como exemplo, já que é necessário se fazer uma ponderação de todos os valores envolvidos na determinação legal de intervenção ou não do MP.

Outra consequência encontra-se na designação do segundo Promotor de Justiça pelo Procurador-Geral de Justiça para que aquele ofereça *obrigatoriamente* a denúncia, nos moldes do art. 28 do CPP.

No que concerne especificamente a essa providência, há uma acirrada discussão doutrinária.

Para a grande maioria da doutrina (Espínola Filho, 1960, v. 1; Faria, 1942, v. 2; Garcia, 1945, v. 3; Greco Filho; 1999; Jesus, 2000; Marques, 1999, v. 2; Mirabete, 1999; Noronha, 1996; Tomaghi, 1997, v. 2; Tourinho Filho, 2000, v. 2), não pode o Promotor designado pelo Procurador-Geral de Justiça recusar-se a oferecer a denúncia determinada em razão de um imperativo de hierarquia previsto em lei (Lei n° 8.625/93, art. 1 O, IX, *d*), porque não há qualquer ofensa à consciência do Promotor, pois o mesmo age por delegação do chefe do MP.

Contudo, no nosso entender, e também dos professores Tovo (1986) e Boschi (1995), o Promotor, apesar de designado pelo Procurador-Geral de Justiça, não deve estar obrigado a oferecer a denúncia, pois tal exigência, além de ofender o princípio da independência funcional (CF/88, art. 127, § 1º), é de todo desnecessária, já que, se o Procurador-Geral de Justiça está tão convicto do oferecimento da denúncia, nada impede que ele mesmo o faça.

Com efeito, a própria denúncia fica muito comprometida se o Promotor estiver em dúvida acerca dos elementos que devem compor a exordial acusatória como, por exemplo, & *justa causa*, em obediência ao princípio constitucional do *in dubio pro reo* (CF/88, art. 5º, LVII). Como quer o professor Jardim (2000), não deve ser oferecida denúncia, uma vez que, em razão do aludido princípio, cabe ao MP o ônus da prova, ou seja, o ônus de demonstrar que o acusado realmente é o autor de um determinado delito, na sua inteireza – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, como decorrência do princípio constitucional da presunção de inocência (CF/88, art. 5º, LVII).⁹

Não há que se justificar tal exigência com base na hierarquia, uma vez que o Promotor, no desempenho de sua função ministerial, não está submetido a qualquer ingerência do Procurador-Geral de Justiça, pois, se assim fosse, forçoso

⁸ Acerca ao princípio da proporcionalidade é salutar o estudo dos seus subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre o assunto consulte-se Bonavides (2000, p. 356-397).

⁹ Sobre o assunto é de grande importância a leitura do terceiro capítulo (*Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência*) da obra de Gomes (1999). Note-se, por oportuno, que o autor diverge do posicionamento por nós defendido no presente artigo, sustentando que da aplicação deste princípio não resulta tal consequência (GOMES, 1999, p. 110 a 114).

é convir que poderiam ocorrer situações que distorceriam a atividade do Promotor, como, por exemplo, a do membro que, para conseguir gratificação ou remoção para uma comarca mais próxima da Capital, promovesse uma determinada ação penal para agradar o Procurador-Geral de Justiça que, por excesso de trabalho ou por ter interesse pessoal no desfecho da ação penal, não a quisesse promover pessoalmente.

Note-se, ainda, que só há de se falar em hierarquia, no que concerne ao desempenho das atividades do Promotor na esfera interno-administrativa do MP, ou seja, *interna corporis*. Caso contrário, toda vez que o Promotor fosse oferecer alguma denúncia, teria a *obrigação institucional* de consultar o Procurador-Geral de Justiça, para obter dele a sua *opinio delicti*.

Por fim, sustentamos, ainda, que não assiste razão àqueles que defendem o posicionamento contrário sob o argumento de que se viesse a se permitir que o Promotor designado pudesse divergir da instrução do Procurador-Geral de Justiça, demorar-se-ia demasiadamente para se oferecer a denúncia, correndo-se, desta forma, o risco de vir a prescrever o delito. Contudo, isso não é verdade, pois, como já foi destacado, o próprio Procurador-Geral de Justiça pode oferecer a denúncia, evitando, assim, uma possível prescrição.

Saliente-se, por fim, acerca das conseqüências pragmáticas, que as que foram por nós aqui lembradas não são e não devem ser as únicas vislumbradas no ordenamento jurídico, havendo, a esse respeito, muitas outras. Os casos aqui destacados devem ser tomados exemplificativamente.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, toma-se imprescindível uma releitura de toda a legislação infraconstitucional relativa à atuação do MP com espeque nos novos princípios e finalidades estipulados pela Constituição Federal de 1988 e, mais notadamente, com base no princípio da independência funcional.

É necessário pensarmos o MP conforme a Constituição, pois é ela que deve constituir a sua ação. (LARENZ, 1997, p. 439-517).

Se o MP foi reinventado, regenerado e fortalecido pela atual Magna Carta para que tenha uma atuação muito mais eficaz na sociedade (PASUKANIS, 1976), esta mesma Magna Carta deve pautar e orientar todas as suas atividades intra e extraprocessuais, pois, somente desta forma, poderá alcançar a defesa do ordenamento jurídico pátrio e do Estado democrático de direito, ainda que, dessa maneira, não se desvincule da manutenção da ordem constituída e, por consequência, da defesa, direta ou indireta, dos interesses da classe social predominante, servindo assim como instrumento *jurídico de controle* (LOCKE, 1965; MARX, 1964; NIETZCHE, 1964), *socioeconômico* (BARATTA, 1999; BATISTA, 2001; CASTRO, 1983) e *político-cultural* (ZAFFARONI, 1991), impregnado pelo *seu poder simbólico* (FOUCAULT,

1979; SANTANA, 1997, p. 82¹⁰).

Referências Bibliográficas

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Sobre la analogia en el Derecho: ensayo de analysis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. (Coleção pensamento criminológico, 1).

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁰ Nesse sentido, vale transcrever o seguinte trecho: “O que importa ressaltar é que o Ministério Público, enquanto defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais, detém uma enorme gama de poderes, já que: a) como um delegado de polícia investiga ilimitadamente qualquer ofensa ao direito (por exemplo, instaura e preside o inquérito civil); b) como um juiz, homologa a conciliação dos interesses ou decide pelo arquivamento das investigações, independentemente de pronunciamento do Poder Judiciário; c) ou como um advogado da sociedade, é legitimado, com relatividade exclusividade, a propor ações civis ou penais públicas, perante o judiciário, visando a condenação de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada a submeter-se às sanções previstas na lei, nos casos de ilegalidade. Com efeito, é este papel amplo e diversificado, aliado a um concurso público tradicionalmente sério e difícil (trazendo para os seus quadros boa parte dos melhores advogados do país) que, nos parece, determina o prestígio (*status, poder simbólico*) de que gozam os agentes do Ministério Público no campo jurídico, a despeito do relativo desconhecimento do seu papel pelo senso comum.”

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CASTRO, Loia Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CHAUÍ, Marilena. *Conformismo e resistência: aspectos da cultura popular no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 1.
- FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIA, Antônio Bento de. *Código de Processo Penal: Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942. v. 2.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal: Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v.3.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JARDIM, Afrânio da Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Direito processual penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

- KELSEN, Hans. *Teoria geral de Direito e del Estado*. Tradução de Eduardo Garcia Maynes. México: Imprensa Universitária, 1950.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Tradução de João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1965. (Textos filosóficos).
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.
- MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1964. (Textos filosóficos).
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1964. (Textos filosóficos).
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 24. ed. atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoría general del Derecho y marxismo*. Tradução de Virgílio Zapateiro. Barcelona: Labor, 1976.

PINHO, Humberto Dalla. *Princípios institucionais do Ministério Público: legislação compilada*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTANA, Heron José de. Ministério Público e poder simbólico. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, Salvador, v. 6, n. 8, p. 72-83, jan./dez. 1997.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

TOVO, Paulo Cláudio. *Apontamentos e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.