

DIREITO INSTITUCIONAL

PROCURADOR DE JUSTIÇA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Paulo Roberto de Aguiar Tesheiner
Procurador de Justiça/RS

Aos que desconhecem a nossa história institucional, as disposições constitucionais que regem o Ministério Público, notadamente as insculpidas nos artigos 127 a 130 da Carta Fundamental, podem parecer fruto de exclusiva elaboração intelectual desenvolvida naquele momento histórico, olvidando que, em realidade, os princípios então consagrados foram resultado de uma forte luta institucional, esta moralmente amparada na atuação concreta de Promotores e Procuradores de Justiça, os quais, no exercício efetivo das suas funções, foram conquistando espaços para a atual realidade do Ministério Público.

E, conforme adverte Paulo Márcio da Silva¹, Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais, novos desafios surgem no horizonte, desafios estes que nos exigirão renovados esforços para otimizar a atuação do Ministério Público, de modo a justificar o relevo e a importância que lhe emprestam a Constituição e a Sociedade. O autor referido, citando artigo do renomado Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzilli (*Um Novo Modelo de Promotorias de Justiça*), sugere discutamos nossos caminhos, façamos a nossa autocrítica, implementando os ajustes necessários, de forma a alcançar a almejada eficiência, cumprindo, assim, com nossa elevada missão constitucional.

A propósito, para que o Ministério Público, qualificado como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado,

¹ Artigo "Passada a euforia provocada pelo novo modelo constitucional de 1988, para onde caminha o Ministério Público?", publicado na Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, n° 49, páginas 115/122.

alcançasse pleno êxito na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, foram-lhe asseguradas garantias de Poder de Estado, como a da independência funcional (CF, artigo 127, § 1º), da autonomia funcional e administrativa (CF, artigo 127, § 2º), com elaboração da própria proposta orçamentária (CF, artigo 127, § 3º), da vitaliciedade (CF, artigo 128, § 5º, letra *a*), da inamovibilidade (CF, artigo 128, § 5º, letra *b*) e da irredutibilidade de subsídio (CF, artigo 128, § 5º, letra *c*).

Vale recordar, outrossim, que vozes se pronunciam fortes contra as “excessivas garantias” ou “privilégios” do Ministério Público. O Governo Federal, por outro lado, mobiliza-se na tentativa de legitimar o controle da Instituição e de limitar as declinadas garantias (a propósito, o PEC nº 040/03), as quais, em realidade, caracterizam-se como patrimônio da própria Sociedade. Não se pode deixar de referir, ainda, a inclinação do Supremo Tribunal Federal em obstar atividades investigatórias por parte do Ministério Público (RHC nº 81.326, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 6/5/2003), o que, à evidência, diminui a instituição e abre caminhos para o incremento da criminalidade, notadamente aquela praticada pelos que detêm poder administrativo, político e/ou econômico.

A manutenção do perfil do Ministério Público tal qual hoje o conhecemos depende, em grande parte, dele mesmo, sendo imprescindível, sem dúvida, exaustivo e competente labor por parte de seus membros, de forma que possam ser alcançados na sua plenitude os objetivos relacionados pela Constituição Federal – defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Fracassando em seu mister, não contará o Ministério Público com respaldo quer para manter quer para ampliar suas atribuições e, por outro lado, aqueles a quem interessa a imposição de limites às suas garantias constitucionais, mesmo que venham a ser derrotados no atual momento histórico, estarão prontos a fazer soar, no futuro, mais uma vez a trombeta na tentativa de derrubar as muralhas da independência institucional.

A respeito, adverte, há muito tempo, Hugo Nigro Mazzilli², que “somente quando a própria população sentir mais efetivamente o trabalho do Ministério Público em seu favor, é que as prerrogativas e garantias da instituição estarão asseguradas até mesmo em face dos

² In, *O acesso à Justiça e o Ministério Público*, Saraiva, 1998, 3ª edição, p. 188.

governantes e legisladores, e a opinião pública não aceitará sejam suprimidas, como hoje se faz impunemente por meio de reformas constitucionais”.

Dentro desse contexto, ou melhor, ainda mais nesse contexto, afiguram-se incompreensíveis manifestações processuais de Procuradores de Justiça no sentido de que em ações civis propostas pelo Ministério Público não lhes compete atuar, em 2º grau, como fiscais da lei, com o que devolvem os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça sem exarar parecer. Argumentam que, conforme reiteradas decisões judiciais, proposta a ação pelo Ministério Público, não há necessidade de oficiar outro órgão da mesma Instituição como fiscal da lei.

Esquecem, porém, que tais decisões, elaboradas a partir de manifestações do próprio Ministério Público, guardam conexão com a atuação no 1º grau de jurisdição, onde, realmente, não seria desejável, até mesmo por uma questão de celeridade processual, atuação concorrente de agentes do Ministério Público, sem contar os princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade Ministerial (CF, artigo 127, § 1º), a evidenciar a desnecessidade da dúplice atuação – como parte e como fiscal da lei (que o é sempre) – na primeira instância³.

A situação, entretanto, modifica-se, e substancialmente, em 2º grau, onde, dentre outras atribuições, compete aos Procuradores de Justiça, e não aos Promotores de Justiça oficiar, emitindo parecer escrito nos processos cíveis e interpondo, quando necessário, recursos⁴. Portanto, dizendo o óbvio, em 2º grau assume o Procurador de Justiça, e

³ Para Hugo Nigro Mazzilli (in, *Regime Jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 5ª edição, 2001, p. 564), “Se a única causa da atuação do Ministério Público é a defesa de um interesse impessoal (interesse público ligado à proteção da coletividade abstratamente considerada, como na ação penal pública, defesa do meio ambiente), basta um membro da instituição no feito (promotor ou procurador, conforme o caso)”. Salientamos que o autor, ao referir que basta um membro da instituição no feito, Promotor ou Procurador, não está tratando de um agente consideradas ambas as instâncias, mas de um em cada instância respectiva.

⁴ No Rio Grande do Sul, veja-se o disposto no artigo 29 da Lei nº 7.669, de 17/06/1982 – Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, *verbis*: Art. 29 – Cabe aos Procuradores de Justiça, no exercício das atribuições do Ministério Público junto aos Tribunais, desde que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, e inclusive por delegação deste: I – oficiar: a) perante os Grupos e as Câmaras Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça; (...) II – oficiar e emitir parecer escrito nos processos cíveis, criminais e administrativos, indicando a motivação fática e jurídica, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal; (...) VI – interpor, quando for o caso, recursos aos Tribunais locais ou superiores, ou sugerir ao Procurador-Geral de Justiça, fundamentadamente, a interposição ou adoção de outras medidas cabíveis (...).

sempre respeitada a sua independência funcional, senão a qualidade de parte⁵, ao menos o dever de zelar, na condição de fiscal da lei, pelo correto desiderato de ação civil pública promovida pelo Promotor de Justiça. Em outras palavras, não intervir, seja na qualidade de parte seja na condição de fiscal da lei, implica omissão funcional por parte do Procurador de Justiça, por deixar, sem justa causa e *contra legem*, de oficiar em processo que reclama, através dele, a intervenção do Ministério Público, porque em jogo interesses indisponíveis. Não há que se falar, como é lógico, em independência funcional para justificar tal conduta, independência esta outorgada pela e para a Sociedade, a fim de que o Ministério Público cumprisse, com soberania, as suas funções, e não para que as não cumprisse, máxime *contra legem*. No sentido do exposto, assevera José Jesus Cazzeta Júnior⁶ que “o Promotor de Justiça não pode, obviamente, agir ou se abster de fazê-lo por mero capricho: sua conduta deve resultar, racionalmente, de um juízo (de realidade e de valor). E, em última análise, não é a sua própria vontade que importa, mas sim a da lei. Evidentemente, não se ignora que a interpretação da lei não é uma operação automática, isto é, infensa à intervenção da vontade, da valoração e da inteligência do próprio intérprete. Entretanto, no exato pensamento de Calamandrei, citado por Hugo Nigro Mazzilli, não se compreenderia, por exemplo, que, identificando uma hipótese de atuação obrigatória, o membro do Ministério Público resolvesse ficar inerte”.

A valer o aludido raciocínio não intervencionista, lógico inferir que, uma vez tenha a ação penal sido proposta pelo Ministério Público,

⁵ Conforme Hugo Nigro Mazzilli (in, *Regime Jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 5ª edição, 2001, p. 549), “Em segunda instância, porém, acostumaram-se todos a ver o Procurador de Justiça apenas como órgão interveniente – a chamada posição de *custos legis* –, qualquer que seja o motivo de sua atuação, ainda quando se dê: a) pela natureza da lide (interesses cujo zelo não se prende diretamente à defesa de pessoa ou pessoas determinadas, pois dizem respeito à coletividade como um todo: ação penal, ação civil para proteção do meio ambiente, ação de nulidade de casamento etc)”. E acrescenta que os próprios membros ministeriais “dificilmente se vêem em outra posição que não a do tradicional *custos legis*, não raro desconsiderando por completo a causa interventiva que os trouxe ao feito. A verdade é que a multifária intervenção do Ministério Público deve levar os Procuradores de Justiça praticamente às mesmas posições processuais que se identificam na atuação dos Promotores de Justiça. O paralelo só não é perfeito porque os procuradores não prestam assistência judiciária, tarefa que, posto muito rara e só encontrada em casos restritos, ainda subsiste residualmente entre os promotores, onde não houver órgãos próprios” (ob. cit., p. 550).

⁶ *Funções Institucionais do Ministério Público*, Saraiva, 2001, Organizadores, Aitron Buzzo Alves et al, p. 43.

dispensados estão os Procuradores de Justiça que atuam na área criminal de oficiar e emitir pareceres nos processos criminais, por não lhes cumprir atuar como *custos legis*. Argumentar-se-ia que na esfera criminal atuam os Procuradores de Justiça como parte? Realmente, assim devemos considerar⁷. Mas tal resposta resolve o problema? Não, tendo em vista, primeiro, que a situação não é diversa no âmbito da ação civil pública, que, da mesma forma que a ação penal, é, de regra, proposta pelo Ministério Público, visando, sempre, à defesa da coletividade abstratamente considerada. Portanto, tendo em vista a causa da atuação institucional, inarredável a conclusão de que em ação civil pública atua também o Procurador de Justiça como parte, não apenas como *custos legis*. Segundo, porque a tese não intervencionista pressupõe não atue mais de um membro do Ministério Público na mesma causa e para defesa de um mesmo interesse. Ora, nessa linha de pensamento, independentemente da natureza da ação – penal ou civil – se já atua um agente como parte – promotor – não caberia a outro – procurador – também atuar, quer como parte quer como fiscal da lei, que, repetimos, sempre o é.

A questão central, porém, não é essa, pois, consoante exposto, constitui dever legal do Procurador de Justiça intervir, oficiando e emitindo parecer escrito, em todo e qualquer feito que enseje a intervenção do Ministério Público, notadamente nas ações civis públicas movidas pela Instituição, momento culminante da atuação de seus agentes.

Por outro ângulo, a recusa ao cumprimento do dever funcional faz surgir dificuldades práticas e fragiliza o Ministério Público em cada caso concreto. Primeiro, porque erige uma barreira entre os Promotores e os Procuradores de Justiça, uma vez que os primeiros não terão sequer oportunidade de, eventualmente, reforçar seus argumentos perante os segundos. Isto, longe de configurar intromissão ou pressão indevida, se traduz em exercício de diálogo entre membros da mesma Instituição, cada qual, naturalmente, respeitando a independência funcional do

⁷ Citamos, uma vez mais, Hugo Nigro Mazzilli (in, *Regime Jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 5ª edição, 2001, p. 564): “Quer a atuação do Ministério Público num feito se dê por Promotores ou Procuradores de Justiça, o que importa é a *causa* da atuação institucional. Assim, se o Ministério Público propõe uma ação penal pública, é ele órgão autor, e essa é a posição que assume tanto o Promotor de Justiça que faz a audiência, como o Procurador de Justiça que oficia junto ao tribunal. Se aqui o Procurador de Justiça opina com liberdade, fiscalizando o correto cumprimento da lei, nem por isso o Promotor de Justiça faz coisa diversa, junto ao juízo de primeiro grau”.

colega, eis que as conclusões podem ser divergentes. Ao não intervir, o Procurador de Justiça estará dizendo ao Promotor de Justiça – “não é comigo” – , quando a ação não pertence a esse ou aquele membro, porque movida pelo Ministério Público, em nome e pela Sociedade. Segundo, porque não intervir também significa não acompanhar a tramitação e o julgamento em 2º grau e, diante de decisão desfavorável ao Ministério Público, quem irá interpor recurso? Não poderá fazê-lo o Promotor de Justiça, cuja atuação, salvo nas hipóteses declinadas nos artigos 15, inciso V, 22, inciso III, e 32, inciso I, da Lei Federal n. 8.625/93⁸, está restrita ao 1º grau, além do que, em segunda instância, incumbe ao Procurador de Justiça a quem foram conclusos os autos, salvo nas hipóteses de impedimento e suspeição, intervir, dentro, inclusive, do princípio do Promotor Natural⁹. Terceiro, porque não intervindo o Ministério Público está, de certa forma, acenando a terceiros que a ação movida não possui a importância que lhe emprestou o Promotor de Justiça, o que facilita a tarefa da parte adversa. Quarto, porque assume relevância na dialética processual o parecer escrito do Procurador de Justiça, ocasião em que irá expor as razões pelas quais a pretensão recursal, sob sua ótica, deverá, ou não, ser acolhida, no todo ou em parte, reforçando, se for o caso, a argumentação do Promotor de Justiça ou, ainda, entretecendo novas considerações que entenda pertinentes e relevantes para o justo desate da lide. Não se pode olvidar que nas sessões de julgamento os eminentes Desembargadores reúnem-se com a convicção já formada ou, na melhor das hipóteses para as partes, quase formada. Portanto, ao Procurador de Justiça que

⁸ Art. 15 – Ao Conselho Superior do Ministério Público compete: (...) V- indicar ao Procurador-Geral de Justiça Promotores de Justiça para substituição por convocação.

Art. 22 – À Procuradoria de Justiça compete, na forma da Lei Orgânica, dentre outras atribuições: (...) III – 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 Procurador de Justiça da mais elevada entrância ou categoria para substituí-lo.

Art. 32, I – 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 corpus” e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes.

⁹ Releva notar que o Pleno do STF, no julgamento do HC nº 67.759, (Rel. Min. Celso de Mello. J. em 06/08/92), estabeleceu que “A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável”.

comparece à sessão e, diversamente daquele que se omitiu, entende ser caso de manifestação, fica reservada tarefa que beira o impossível, qual seja, exarar parecer oral de forma a, eventualmente, alterar convicção já formada ou quase formada, sem contar que tomará ele contato com o processo uma ou duas horas antes do julgamento, o que, sem dúvida nenhuma, em casos complexos, envolvendo variada gama de provas produzidas, inclusive pericial, implica prejuízo irreparável para a sua atuação. Em outras palavras, o momento processual mais adequado, talvez único, para o Procurador de Justiça contribuir para a solução da lide é o do oferecimento do seu parecer escrito, ao qual terão acesso os integrantes do colegiado antes da sessão de julgamento. Em síntese, a omissão funcional fere, de morte, o princípio da eficiência, ora inserido na Constituição Federal¹⁰, o qual, cumpre ressaltar, não se constitui em novidade. Com efeito, já na conhecida e muito consultada obra *Direito Administrativo Brasileiro* do saudoso Hely Lopes Meirelles¹¹ conceituava-se que o dever de eficiência é aquele que “impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Aliás, na concepção ética Aristotélica a função de um bom homem é uma boa realização de sua função, não apenas um dia, mas todos os dias¹².

Não bastasse, tal conduta, além de tornar menor o cargo de Procurador de Justiça, contribui para o desprestígio da Instituição. Recordo, aqui, a leitura em sessão do relatório dos autos, antes de sustentação oral dos apelantes, de apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação civil pública movida pelo Ministério Público, ocasião em que o eminente relator destacou: “nesta instância, absteve-se o Dr. Procurador de Justiça de emitir parecer”. Uma vez que havia sido designado para acompanhar a sessão, imaginei, durante segundos que pareciam horas, o que deveriam estar pensando a respeito os Desembargadores, Servidores, Advogados, Estudantes e Cidadãos ali presentes. O que pensar, realmente, da atuação, à luz do princípio da eficiência, dos Procuradores de Justiça se estes não intervêm em ações civis propostas pelo próprio Ministério Público? Felizmente, no caso

¹⁰ Art. 37, *caput*, com redação da EC n° 19, de 04/06/1998 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

¹¹ 21ª edição, 1990, Malheiros Editores, pp. 90/91.

¹² Badeia Marcos, *Ética e Profissionais de Saúde*, Santos Livraria Editora, 1ª edição, 1999, p. 86.

concreto, ainda foi possível exarar, após sustentação oral dos apelantes, parecer oral, fundado, em especial, em excepcional trabalho do Ministério Público em 1º grau. Aliás, qual será o sentimento dos colegas Promotores de Justiça quando, após exaustivo e competente trabalho, muitas vezes enfrentando situações complexas e adversas, constatam que, em 2º grau, a manifestação dos Procuradores de Justiça (felizmente, minoritária) é no sentido de não intervenção? Afinal, existirá alguma explicação razoável para a omissão funcional? O que pensa dessa conduta a Sociedade ¹³ que, ao fim e ao cabo, devemos servir, empenhando todos os esforços na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis? Estaremos, mantida a omissão, sem qualquer escusa, justificando o relevo e a importância que a Constituição e a Sociedade outorgaram ao Ministério Público? Urge, pois, implementemos, todos, ações concretas para arrancar de nossa instituição, antes que aprofunde raízes e prospere, essa conduta omissiva desconforme com os princípios constitucionais que regem o Ministério Público e a Administração Pública.

¹³ A propósito, conforme Hugo Nigro Mazzilli (in, O acesso à Justiça e o Ministério Público, Saraiva, 1998, 3ª edição, p. 188), “o Ministério Público precisa chegar mais efetivamente ao povo, para que este saiba o que a instituição pode fazer, o que está fazendo – e o que não está fazendo.”