

**A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E O PROMOTOR NATURAL:
VETORES ESSENCIAIS AO MINISTÉRIO PÚBLICO
COMO “INSTITUIÇÃO DE GARANTIAS”**

*FUNCTIONAL INDEPENDENCE AND THE NATURAL PROSECUTOR:
ESSENTIAL VECTORS FOR THE PUBLIC PROSECUTOR’S OFFICE
AS AN “INSTITUTION OF GUARANTEES”*

Douglas Fischer⁶⁸

INTRODUÇÃO: 1. O Ministério Público como uma instituição de garantias. 2. Promotor natural e a independência funcional. 3. A “competência” do Conselho Nacional do Ministério Público para solver “conflitos de atribuições” entre membros de instituições diversas e outras providências revisionais. Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem por finalidade reforçar a ideia de que, atrelados entre si, a independência funcional e o Princípio do Promotor Natural são vetores essenciais para que mantenham incólumes os compromissos conferidos pela Constituição Federal de 1988, essencialmente a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Nessa linha, existem meios internos e judiciais de controles dos atos que sejam praticados mediante a proteção desses princípios tão relevantes. Também se irá demonstrar que, como decorrência desses vetores, não cabe a órgãos de controle como o CNMP a análise do *mérito* dos atos realizados, salvo, e no máximo, se as condutas praticadas caracterizam infrações que estejam nos estritos limites da competência desse órgão tão importante e relevante.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO UMA INSTITUIÇÃO DE GARANTIAS

Valendo-se das palavras de Luigi Ferrajoli, deve-se partir da premissa de que o Ministério Público é *uma instituição de garantias*, circunstância que deve ser norteadora de seu modo de atuação. Como ele mesmo destaca em textos de sua autoria, destaca expressamente, dentre tantos, um no qual defende que:

[...] E un pubblico ministero deve essere in grado di svolgere e concludere le proprie indagini o controlli indipendentemente dal consenso della maggioranza o del governo, che non possono rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. Tutto questo vale per tutte le funzioni del Pubblico Ministero: tanto che possiamo dire, inversamente, che sarebbero impropriamente affidate al Pubblico Ministero funzioni che

⁶⁸ Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS (2006). Membro do Ministério Público Federal desde 1996. Procurador Regional da República na 4ª Região.

richiedessero invece un'organizzazione burocratica o gerarchizzata, o che non fossero a garanzia dei diritti, o che non consistessero nell'accertamento di una qualche verità processuale. [...] Le nuove funzioni del PM, d'altro canto, retroagiscono sulle stesse funzioni tradizionali della pubblica accusa, illuminando la valenza garantista del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale a tutela dei diritti delle persone e di interessi pubblici giudicati dalla legge meritevoli di tutela. Ne risultano rafforzate le ragioni dell'indipendenza della figura del Pubblico Ministero, in difesa della legalità e dell'uguaglianza di fronte alla legge: [...]»⁶⁹⁷⁰

A essencialidade da independência funcional do Ministério Público é constantemente reforçada pelo mestre Ferrajoli. Para ele, sem vinculação a quaisquer órgãos externos no exercício de sua *atividade fim*, a independência funcional é o marco indeclinável para que se possa ter essa *garantia*, que, em verdade, *não é de quem exerce* as funções, mas da própria sociedade, o cidadão, que sabe que terá em seu favor a prestação das funções ministeriais a partir da observância dos princípios constitucionais e sem direcionamentos segundo interesses eventuais e momentâneos, maximizando a proteção da igualdade democrática. Ainda em suas palavras, a nova função do Ministério Público “*retroagiscono sulle stesse funzioni tradizionali della pubblica accusa, illuminando la valenza garantista del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale a tutela dei diritti delle persone e di interessi pubblici giudicati dalla legge meritevoli di tutela. Ne risultano rafforzate le ragioni dell'indipendenza della figura del Pubblico Ministero, in difesa della legalità e dell'uguaglianza di fronte alla legge*”.

Tão elogiadas (e ardorosamente defendidas) pelo professor e jusfilósofo italiano, essas funções desse *novo Ministério Público brasileiro* a partir da Constituição de 1988 são essenciais para a manutenção da democracia e a proteção de *todos* os direitos da cidadania. Não apenas na parte criminal, mas também na atuação e proteção dos direitos sociais. De qualquer modo, nunca é demais realçar – porque pouco difundido em terras brasileiras - que sua posição é bastante clara no sentido de que os delitos de corrupção e desvio de recursos públicos, bem assim aqueles atrelados aos *poderes econômicos*, são um dos mais graves que temos

⁶⁹ Ferrajoli, Luigi. Per un Pubblico Ministero come Istituzione di Garanzia. In: Fischer, Douglas e outros (org.) *Garantismo Penal Integral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, 4. ed., p. 33 e ss.

⁷⁰ Conforme tradução do texto na mesma obra por Eduardo Pelella (*op. cit.*, p. 47 e ss), “[...] *E um Ministério Público deve ser capaz de desenvolver e concluir suas investigações ou controles, independentemente do consenso da maioria ou do governo, que não pode tornar verdadeiro o que é falso ou falso o que é verdadeiro. Tudo isso se aplica a todas as funções do Ministério Público: tanto é assim que podemos dizer, inversamente, que seria inadequado confiar ao Ministério Público funções que requerem uma organização burocrática ou hierarquizada, ou que não fossem a garantia dos direitos, ou que não consistissem na investigação de alguma verdade processual. [...] As novas funções do Ministério Público, por outro lado, retroagem sobre as próprias funções tradicionais de acusação pública, iluminando a validade garantista do princípio da obrigatoriedade da ação penal para tutela dos direitos das pessoas e dos interesses públicos considerados dignos de proteção pela lei. Disso resultam reforçadas as razões para a independência da figura do Ministério Público, em defesa da legalidade e da igualdade perante a lei [...]*”

diante de nossos olhos na atualidade, muito mais danosos que os próprios crimes (notadamente patrimoniais) *cometidos nas ruas*.

Para que possa exercer esse *dever indeclinável* de promover a cidadania e, consoante defendemos, na linha das obrigações processuais penais positivas, deve-se garantir a *máxima independência institucional (atividade fim)*, ao Ministério Público, porque sua legitimação decorre da aplicação da lei (sentido mais amplo possível) e na correta averiguação da verdade, ainda que contra a vontade de maioria ou então de eventuais consensos em *órgãos* de controles.⁷¹

Nessa mesma linha, não podemos prescindir dos preciosos estudos e pesquisas formuladas por Alexander Araújo de Souza em sua magistral obra “O Ministério Público como Instituição de Garantias”⁷², quando, de forma certa, destaca:

[...] O Ministério Público é uma instituição de garantia que obviamente deve ser autônoma em relação aos demais poderes constituídos. Essa autonomia diz respeito não só à instituição, sob o aspecto externo, mas também se aplica aos seus membros, sob o aspecto interno. Apesar de parecer óbvio, cumpre advertir que, para realizar suas funções de maneira plena, é indispensável que o membro do Ministério Público seja efetivamente independente, não se submetendo a subordinações hierárquicas extremadas sob o plano funcional⁷³, tampouco a quaisquer formas de subordinação política sob o plano externo (como, por exemplo, ao Ministro da Justiça, como ocorre em alguns países).⁷⁴ Independência, portanto, que deve significar para o membro do Ministério Público desvinculação ao sistema político e, em geral, a qualquer sistema de poder, sejam eles poderes públicos ou privados. [...] O Ministério Público, portanto, sendo independente, não deve buscar o consenso, tampouco temer o dissenso. Deve sempre poder ajuizar uma ação penal ou uma ação coletiva de maneira independente,

⁷¹ *Op. cit.*, p. 43.

⁷² Souza, Alexander Araújo. O Ministério Público como Instituição de Garantia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 135.

⁷³ Neste sentido, J.-P. JEAN, *Le modèle du magistrat du Ministère Public en Europe: un professionnel impartial*, cit., p. 90; F. TULKENS, *L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme*, in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *Quel avenir pour le Ministère Public?*, Paris, Dalloz, 2008, p. 94. A Recomendação 2000/19 do Comitê de Ministros do Conselho Europeu sobre o Ministério Público deixou consignado que “les membres du ministère public doivent bénéficier de l'indépendance ou de l'autonomie nécessaire à l'exercice de leur action e notamment pouvoir agir quels que soient les intérêts en cause «sans ingérence injustifiée» de la part de tout autre pouvoir, qu'il s'agisse de l'exécutif ou du législatif mais aussi du pouvoir économique et du pouvoir local.” (Recommandation n° 2000/19 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le ministère public, 6 oct. 2000, Comm. du point 11)

⁷⁴ A propósito, já em 1981, a Recomendação da Comissão das Nações Unidas intitulada “independência da Justiça e direitos humanos” sublinhou a necessidade de independência funcional dos membros do Ministério Público: “(...) dont le courage et la conscience avec lesquels ils s'acquittent de leur devoir professionnel sont indispensables () pour garantir la justice, la liberté et le respect de la légalité, ainsi que la protection des droits de l'homme dans toute la société.” (Recommandation de la Commission de l'ONU “indépendance de la justice et droits de l'homme”, Titre VIII, art. 29, publiée in G.P. 1981, 25-26 avril 1981, p. 21)

ainda quando toda a opinião pública postule no sentido de sua inação, com o arquivamento do feito. Também o contrário é verdadeiro. Deve poder requerer, de maneira independente, o arquivamento das investigações, civis ou penais, quando o senso comum deseje que o Parquet ajuíze as ações respectivas. Deve ter a independência, por exemplo, para não ajuizar uma ação penal em face de um cidadão, ou uma ação coletiva em face de uma empresa poluidora, ainda quando a maioria.⁷⁵ deseje a sua atividade comissiva. [...]

Alexander Araújo de Sousa prossegue e deixa bem expresso que “*como instituição de garantia (secundária), deve o Parquet tutelar, com base no princípio da isonomia, os direitos fundamentais de todos*”.⁷⁶

Essa compreensão não deve ser feita ainda exclusivamente sob a ótica dos mandamentos constitucionais, mas também à luz de um *controle de convencionalidade*, que deve ser exercido pelo Ministério Público.

Assim, o processo penal deve ser “*alçado a meio de organização de um julgamento justo, destinado à realização efetiva dos direitos humanos e fundamentais, em favor de réus e investigados, vítimas da criminalidade e dos interesses objetivos de proteção da sociedade*”. É que não se pode olvidar que “*deve todo membro do Ministério Público exercitar o controle de convencionalidade na integralidade do curso da persecução penal e em cada uma das oportunidades processuais que a ordem jurídica determina ao sistema de justiça a manifestação do Ministério Público. Nesse processo permanente de fiscalização deve se fazer sempre presente a consideração das normas convencionais e a jurisprudência da Corte IDH em face das normas da ordem jurídica interna que compõem o processo penal brasileiro*”.⁷⁷

Conforme alertamos em inúmeras oportunidades na companhia de Valdez Pereira⁷⁸, o Brasil foi condenado até o presente momento em 11 oportunidades, todas elas porque não foram realizados os melhores meios de apuração dos fatos que estavam sob sua supervisão, violando-se, assim, os direitos das vítimas dos crimes. Exatamente tendo como esses vetores é que *deve* também o Ministério Público realizar tudo que estiver ao seu alcance, pelos meios legais, para a proteção de todos os direitos previstos na Constituição e nas convenções internacionais.

Portanto, há muito o Ministério Público deixou de ser “*mero*” *custos legis* (numa palavra ainda corrente, mas em desuso). Destacamos em outra obra de nossa autoria⁷⁹ que, na linha do que sustentado pelo ex-Ministro do STF

⁷⁵ Como bem afirmou L. FERRAJOLI, “nessuna maggioranza, per quanto schiacciante, può rendere legittima la condanna di un innocente o sanare un errore commesso ai danni di un solo cittadino. E nessun consenso politico – del parlamento, o della stampa, o dei partiti o della pubblica opinione – può surrogare la prova mancante di un’ipotesi accusatoria.” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 553)

⁷⁶ Souza, Alexander Araújo. O Ministério Público como Instituição de Garantia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 138.

⁷⁷ Mazzuoli, Valério; et alli. *O controle de convencionalidade pelo Ministério Público*, 2020, p.164 -165.

⁷⁸ Fischer, Douglas; Pereira, Frederico Valdez. *Obrigações Processuais Penais Positivas e as decisões das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

⁷⁹ Fischer, Douglas; Pacelli, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*.

Ayres Britto (HC nº 87.926-SP, publicado no DJ em 25.4.2008), “custos legis é uma expressão ultrapassada: defesa da lei, defesa da legalidade. O Ministério Público defende toda a ordem jurídica, não só a lei; por exemplo, vela pela impessoalidade, pelo princípio da publicidade, pelo princípio da moralidade, pelo princípio da eficiência, não só pelo princípio da legalidade. Então, melhor seria chamar o Ministério Público de custos iuris ou júris. Ele é um defensor, custodiador de toda a ordem jurídica. Está assim na Constituição: ‘incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica’ – e em seguida –, ‘do regime democrático’ – e, por último – ‘e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’”.

Evidente que deve existir controle às atuações das funções ministeriais.

A *independência funcional* não pode ser vinculada a uma “garantia pessoal” de quem exerce as funções, mas sim, repetimos, do cidadão e da sociedade. Nessa linha, não se pode admitir que *vontades individuais* de quem está no exercício desse *munus* sejam dissociadas dos demais princípios constitucionais, notadamente da unidade institucional e da legalidade/constitucionalidade. Portanto, a existência de órgãos como as corregedorias (internas) e do Conselho Nacional do Ministério Público (externo), são essenciais para que se possa aprimorar a prestação das obrigações institucionais. Mas esse controle é quanto ao *modo* de atuação, *não quanto ao conteúdo* do que externado por seus atos. Por isso, compreendemos ser essencial deixar bem claro que tudo que diga ao *mérito* da atuação, normalmente denominada de *atividade fim*, é algo que, sob qualquer pretexto ou fundamento, não poderá ser objeto de *controle externo*. Se isso for/fosse viável, se estará/estaria ferindo de morte essa garantia cidadã de que o *promotor natural* adotará as providências legais que entender cabíveis, sem que se lhe possa impor qualquer restrição ao *modo* de atuação (salvo pelos controles correicionais *internos* ou judiciais). Noutras palavras, se houver *equivocos* jurídicos, eles serão corrigidos internamente ou mediante a provocação do Poder Judiciário, jamais por qualquer outro órgão externo. De outro lado, e sem sobreposição de funções, relembremos o importante papel – no caso brasileiro – do Conselho Nacional do Ministério Público, que, nos termos do §2º do art. 130-A da Constituição brasileira, impede a revisão da *atividade fim*, como a seguir será visto.

3 PROMOTOR NATURAL E A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Já mencionamos acima o tema do *Promotor Natural*. Não são raras as manifestações e decisões no sentido de que o sistema jurídico constitucional brasileiro *não* abrangeria um *princípio* do Promotor Natural. Aliás, o Supremo Tribunal Federal assim já se manifestou. Mas é importante ressaltar que, naquelas discussões travadas faz algum tempo, não foram debatidas a maioria das questões atinentes ao tema do *Promotor Natural*.

Desse julgado, extraem-se os seguintes fundamentos (mesmo que sintéticos):

[...] O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação

de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em Lei. 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. Posição dos Ministros Celso de Mello (Relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da “*interpositio legislatoris*” para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso). Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante Lei (Ministro Sydney Sanches). Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros Paulo Brossard, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira Alves (*Habeas Corpus nº 67.759, STF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 6.8.1992, publicado no DJ em 1.7.1993*).

Firmada poucos anos depois do advento da nova ordem constitucional, essa compreensão precisa uma (re)leitura, inclusive como se vê e viu em inúmeras situações já realizadas pela Suprema Corte em relação a determinados assuntos.

Com efeito, e reportando-se ao que defendemos na companhia de Eugênio Pacelli⁸⁰, reiteramos também aqui posição no sentido de que o Ministério Público exerce essenciais funções na administração da Justiça, sobretudo aquelas que lhe são privativas (as criminais), o que guarda paridade com os parâmetros jurisdicionais.

Defendemos que, “*acrescido das inúmeras prerrogativas funcionais e institucionais de que são titulares seus membros, deve-se exercer sobre a instituição um controle mínimo de sua atuação. Aliás, o princípio da impessoalidade que caracteriza toda a atuação dos órgãos da Administração Pública (art. 37, CF) também é emblemático da necessidade de controle de todos os atos administrativos*”.

Com efeito, a Constituição Federal veda expressamente a existência de um juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) – seguindo as linhas convencionais -, dispondo de forma minudente a competência jurisdicional em razão da matéria e em razão da prerrogativa de função (ver art. 93, art. 102, art. 105, art. 108 e art. 109).

⁸⁰ Fischer, Douglas; Pacelli, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Salvador:Judpodivm, 2023, 15. ed., item 257.4. |

Realmente, não há na Carta de 1988 a expressão “Promotor Natural” (certo, não existe igualmente a referência a *juízo natural*). De igual maneira, não se prevê a possibilidade de um *acusador de exceção*.

Isso seria *empeço* para não reconhecermos esse tão importante postulado ou princípio?

4 A RESPOSTA É-NOS NEGATIVA

Não se pode olvidar que estão previamente determinadas, por exemplo, as atribuições (“competências”) em matéria penal a órgãos distintos de Ministérios Públicos, bem assim a proibição de *escolha pessoal* de membros para determinadas causas (o que não impede as chamadas “atuações conjuntas”).

Somos expressos em reconhecer que se o conceito de juiz *natural* abarca a matéria constitucional escolhida para cada jurisdição (crimes federais, crimes eleitorais, crimes estaduais, crimes militares), não vemos por que não aplicar o mesmo raciocínio ao Ministério Público. Daí a conseqüente previsão do promotor *natural*.

De outro lado, prosseguimos, a vedação da existência de um *promotor de exceção* se justificaria por várias razões. O princípio da *impessoalidade*, por exemplo. O princípio da *inamovibilidade* e da *independência funcional*, também. De que adiantaria garantir a inamovibilidade do membro do Ministério Público se fosse possível a retirada *arbitrária* de suas funções naquele local (ou mesmo num determinado feito, por discricionariedade), repassando-as a outro. E ainda questionamos do que adiantaria a independência funcional se o membro pudesse ser afastado de um processo para que prevalecesse outro entendimento dos órgãos hierarquicamente superiores.

Aí novamente alertamos para a importância de se fazer uma distinção. Uma coisa é a legislação infraconstitucional conformar a independência *também* com a unidade institucional do *parquet*. Outra, mas bem diversa, é, frente à inexistência (até o presente momento) de uma regulamentação que bem equacione esses princípios basilares, pretender fazer prevalecer determinada tese contra a independência de qualquer de seus membros, agravada em casos específicos (processos).

Portanto, vamos reafirmar que não nos restam dúvidas em se admitir o Princípio do Promotor Natural, como imanente ao direito constitucional brasileiro, fruto exatamente de um Estado Democrático de Direito.

Assim, o Promotor Natural precisa ser compreendido como decorrência da estipulação de competências próprias constitucionais, bem assim da garantia *cidadã* de que não haverá a *escolha* posterior de determinado membro para atuar em feitos. Assim, sempre deverá existir critérios prévios, sem possível *direcionamento* de atuação. Exatamente isso é que observamos ter sido utilizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal mais recentemente para assentar que:

[...] Consoante o postulado do promotor natural, a definição do membro do Ministério Público competente para officiar em um caso deve observar as regras *previamente estabelecidas* pela instituição para distribuição de atribuições em um determinado foro de atuação, *obstando-se a interferência hierárquica indevida da chefia do órgão*

por meio de eventuais designações especiais. 6. A proteção efetiva e substancial ao princípio do promotor natural impede que o superior hierárquico designe o promotor competente bem como imponha a orientação técnica a ser observada. [...] *In casu*, é irrelevante que outros membros do Ministério Público com atribuição para atuar em instância superior, em virtude da análise dos mesmos fatos, tenham, anteriormente, oferecido denúncia de diferente teor em face do ora paciente, uma vez que, conforme devidamente reconhecido pelos órgãos jurisdicionais a que submetida a pretensão, não eram aqueles, porquanto incompetente o juízo, os promotores naturais para exercer a pretensão acusatória. Consectariamente, possuindo o promotor natural – aquele com atribuição para atuar na 1ª instância – entendimento jurídico diverso e não se encontrando tecnicamente subordinado àqueles primeiros, não há qualquer nulidade na alteração do teor da peça acusatória que fora por eles oferecida. [...] (*Habeas Corpus n. 137.637-DF, STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 6.3.2018, publicado no DJ em 25.4.2018*)

É importante outro alerta: a designação para determinadas atribuições conforme *critérios previamente* estabelecidos, notadamente para delegação de competências, não infringem o referido postulado. Daí a razão relevante de destacarmos outro julgado, agora do Superior Tribunal de Justiça, em que se reconheceu que:

[...] O promotor natural é aquele previamente designado conforme critérios legais, não se admitindo, portanto, designação seletiva ou casuística de acusador de exceção. Na hipótese, a designação do PGJ para apurar a prática de infração penal por membro do MP, consta expressamente do art. 41, p. único, da LONMP, não havendo se falar, dessa forma, em designação casuística. De igual sorte, é prerrogativa do membro do MP, nos termos do art. 40, IV, da Lei n. 8.625/1993, ser processado e julgado originariamente pelo TJ de seu Estado, e é atribuição do PGJ ajuizar ação penal de competência originária dos Tribunais, nela oficiando, conforme art. 29, V, da LONMP. - Não há se falar em ofensa ao princípio do promotor natural em virtude de a função de investigar e a de acusar terem sido acumuladas pelo mesmo membro do parquet, porquanto se trata de expressa disposição legal. Relevante destacar, outrossim, que o STF, ao julgar o RE593.727/MG, assentou de forma expressa a possibilidade de o MP investigar, sem que isso lhe retire a possibilidade de ajuizar a ação penal. [...] (*Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 727.709–MG, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16.8.2022 e publicado no DJ de 22.8.2022*).

Como se vê, há uma interligação indissociável entre o Princípio/Postulado do Promotor Natural e a garantia da independência funcional. Controles de atuação deverão sempre existir, mas jamais poderão – fora dos casos previstos em lei,

consoante critérios previamente existentes – permitir uma substituição de quem exerce as atribuições de caráter finalístico por critérios subjetivos.

Desse modo, se eventualmente aplicadas as regras do art. 28 do CPP (no âmbito estadual) ou então do art. 62, IV, LC nº 75/93 (âmbito federal), eventual ulterior deliberação, respectivamente, do Procurador-Geral de Justiça ou da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF determinando a designação de outro membro para atuar em substituição àquele que exarou manifestação *independente*, mas revisada *internamente* (como forma de coesão pela *unidade* institucional), não importará em arranhar qualquer faceta que constitua as prerrogativas inerentes do Promotor Natural. Exatamente por isso a independência não é absoluta, mas o seu controle não cabe a qualquer órgão externo, salvo o Poder Judiciário por evidente.

5 A “COMPETÊNCIA” DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA SOLVER “CONFLITOS DE ATRIBUIÇÕES” ENTRE MEMBROS DE INSTITUIÇÕES DIVERSAS E OUTRAS PROVIDÊNCIAS REVISIONAIS

É essencial reafirmar que as considerações aqui traçadas são meramente acadêmicas, jamais tendo qualquer intenção de afrontar e menosprezar a relevante da “instituição” CNMP. Muito pelo contrário, sempre aplaudimos a importância de existirem *controles* das ações de todas as instituições, e não deveria aqui ser de forma diversa. O que ora se defende tem exatamente a finalidade de *reforçar* a importância de que esse órgão de controle fique adstrito aos comandos de atribuições e competências estipuladas no art. 130-A da CF/88. Ampliar competências para fora do que previsto constitucionalmente ou então desvirtuando os próprios princípios basilares, inclusive convencionais, na verdade implica verdadeiro enfraquecimento também do órgão responsável pelo controle.

Diversamente dos chamados *conflitos de atribuição*, a divergência entre juízes que, em determinado processo, se julgam igualmente competentes (conflito positivo) ou igualmente incompetentes (conflito negativo) é denominada *conflito de jurisdição ou conflito de competência*.

Destacamos na companhia novamente de Pacelli na mesma obra já mencionada.⁸¹que, quando ocorrer divergência de idêntica natureza *quanto ao conteúdo* entre membros do Ministério Público que oficiam perante juízos diferentes (e sem que tenha havido prévia manifestação dos juízos respectivos), ou mesmo no âmbito interno de cada instituição ministerial, a situação se denomina de *conflito de atribuições*. Sempre defendemos que se, em determinado caso, tendo havido *judicialização* da discussão da atribuição/competência, com manifestação de mérito por um dos juízos respectivos pelo menos, não há mais como se cogitar de conflito de atribuições, devendo-se necessariamente colher a compreensão do outro juízo e instaurar o competente conflito de *competências*.

Mas ausente a manifestação jurisdicional, dissemos ainda, a situação será de um possível conflito de atribuições. Realmente não haverá maiores “problemas”

⁸¹ Fischer, Douglas; Pacelli, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Salvador: Judpodivm, 2023, 15. ed., item 28.8.

para a solução dos dissídios quando o tema pautado não envolver membros de ramos diversos do Ministério Público.

No âmbito do Ministério Público da União, temos uma clara separação de soluções:

a) quando houver conflitos entre integrantes de ramos diferentes do MP da União, a competência é do Procurador-Geral da República (art. 26, VII, LC nº 75/93);

b) quando houver conflitos de atribuição entre membros do Ministério Público Federal, a competência para dirimir a controvérsia é da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (art. 62, VII, LC nº 75/93);

c) conflito entre membros do MPT, competência da Câmara de Coordenação e Revisão do MPT (art. 103, VI, LC nº 75/93), o Procurador-Geral do Trabalho;

d) conflito entre membros do MPM, competência da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM (art. 136, VI, LC nº 75/93).

Em verdade, o maior “problema” está quando presente um conflito entre membros do Ministério Público de uma unidade da federação e algum do Ministério Público da União, ou então entre membros de Ministérios Públicos de unidades diversas da federação.

Para esses casos – e que são bastante ocorrentes -, a Constituição Federal não prevê solução explícita.

Rememorar os julgados da Suprema Corte são relevantes, e vamos acorrer a muito do que dissemos na retromencionada obra.

Até o ano de 2015, a jurisprudência da Suprema Corte seguia um raciocínio *de analogia*, de tal maneira que o conflito de atribuição no âmbito do Ministério Público deveria ser solucionado à maneira do conflito de jurisdição, *ainda que não houvesse este último*.

No entanto, prosseguimos nós, *“como não restou explicitada na decisão paradigmática que orientava a jurisprudência do STF – e nem seria preciso – a aplicação da regra de analogia com o conflito de jurisdição, constando apenas o entendimento segundo o qual a solução deveria se basear em um virtual conflito de jurisdição”*, o tema foi revisto (primeira revisão) num caso em que os juízes perante os quais oficiavam os membros do *parquet* em conflito estavam de acordo quanto à competência jurisdicional para o julgamento de eventual ação penal. Resumindo: os juízes *convergiam* quanto à competência e incompetência de cada um em relação à matéria discutida, enquanto os membros do Ministério Público *dissentiam* quanto às atribuições.

Apreciando a Ação Cível Originária (ACO) nº 1.179, o Plenário do STF (Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 11.9.2008, publicado no *DJ* em 31.10.2008) assentou que o tema deveria ser tratado como uma espécie de *causa* entre a União e o Estado, a ser resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, f, da Constituição da República.

Nova mudança, agora em 2016, mais precisamente em 19 de maio daquele ano. No julgamento das ACO’s 924 e 1.394, o STF reconheceu a atribuição do Procurador-Geral da República para solução conflito de atribuições entre membros do MPU e de membros dos MPs Estaduais.

Dentre inúmeros feitos já julgados, extraem-se excertos da fundamentação no sentido de que:

“a partir do resultado da investigação é que o Ministério Público, no exercício da sua função institucional de dominus litis, tanto da ação penal, quanto da ação civil pública para tutela do patrimônio público (CF, art. 129, I e III), terá elementos probatórios que lhe permitirão avaliar se promove ou não alguma ação judicial, e em caso positivo, se ação penal ou ação civil, ou ambas, indicando e identificando, em cada caso, os termos da sua propositura, os demandados, os fundamentos da demanda e o pedido correspondente. Somente depois de efetivamente tomadas essas providências que, convém enfatizar, se inserem no âmbito exclusivo e indelegável do juízo e da iniciativa do Ministério Público é que será possível, se for o caso, identificar o órgão judiciário competente para processar e julgar eventual demanda, bem como avaliar se o representante do Ministério Público que a propôs está ou não investido de atribuições institucionais para officiar perante esse órgão judiciário”;

E a conclusão foi no sentido de que:

“resulta evidenciado, conseqüentemente, não ser apropriada a intervenção do Judiciário em controvérsia estabelecida entre dois órgãos do âmbito do Ministério Público para definir qual deles tem atribuição para investigar determinado fato. Não se trata, fique bem claro, de saber qual deles tem atribuição de promover uma determinada demanda judicial (que, como se disse, não se pode saber se existirá ou não, e qual será, pois isso depende do resultado do procedimento investigatório). Não se trata, menos ainda, de resolver conflito de competência entre órgão judiciário estadual ou federal para julgar essa futura causa, já que isso, além de ser atribuição do STJ (CF, art. 105, I, d), vai depender da existência de uma causa efetivamente proposta e dos termos em que foi proposta, o que, também já foi afirmado, depende de um juízo de alçada exclusiva e indelegável do Ministério Público, insuscetível de prévio controle, muito menos de determinação ou mesmo de insinuação pelo Poder Judiciário, que, se o fizesse, estaria pondo em risco a sua própria imparcialidade. O que se tem aqui é mera divergência entre dois agentes do Ministério Público sobre a condução das investigações a serem promovidas ante a notícia de ocorrência de um determinado fato potencialmente ilícito” (ACO nº 2.612, STF, Rel. Min. Rosa Weber, publicada no DJ em 10.6.2016).

Maximizando a insegurança jurídica, mais uma mudança, agora no julgamento da Petição nº 4.902-MG (STF, Plenário, por maioria, publicado no *DJ* em 27.10.2020).

A partir desse julgado, entendeu-se que a competência para dirimir conflitos de atribuições entre membros de ramos diversos do Ministério Público seria do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo inaplicável o art. 102, I, *f*, da Constituição Federal. O que mais chama a atenção nesse julgamento é que a decisão

sequer teve maioria dos 11 votos com essa conclusão: foram apenas 5 ministros que seguiram esse posicionamento, o qual vem sendo repetido hodiernamente como *precedente*.

Eis a síntese da ementa:

[...] Competência do Conselho Nacional do Ministério Público para dirimir conflitos de atribuição entre ministérios públicos diversos. [...]

1. Incompetência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e dirimir conflito de atribuições entre membros de ramos diversos do Ministério Público. Inaplicabilidade do art. 102, I, f, da CF, por ausência de risco ao equilíbrio federativo.

2. Impossibilidade de encaminhamento do conflito de atribuição para o Procurador-Geral da República, enquanto autoridade competente, pois é parte interessada na solução da demanda administrativa, uma vez que acumula a Chefia do Ministério Público da União com a chefia de um de seus ramos, o Ministério Público Federal, nos termos da LC 75/1993.

3. Os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-Geral, ressaltando-se, porém, que só existem unidade e indivisibilidade dentro de cada Ministério Público, inexistindo qualquer relação de hierarquia entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, entre o de um Estado e o de outro, ou entre os diversos ramos do Ministério Público da União.

4. EC 45/2004 e interpretação sistemática da Constituição Federal. A solução de conflitos de atribuições entre ramos diversos dos Ministérios Públicos pelo CNMP, nos termos do artigo 130- A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal e no exercício do controle da atuação administrativa do *Parquet*, e a mais adequada, pois reforça o mandamento constitucional que lhe atribuiu o controle da legalidade das ações administrativas dos membros e órgãos dos diversos ramos ministeriais, sem ingressar ou ferir a independência funcional.

5. Desprovisamento do agravo regimental. Não conhecimento da Ação e encaminhamento dos autos ao Conselho Nacional do Ministério Público para, nos termos do artigo 130-A, incisos I e II, da Constituição Federal, dirimir o conflito de atribuições (*Agravo Regimental na Petição nº 5.756/ SP, STF, Plenário, por maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em sessão virtual de 5.6.2020 a 15.6.2020, publicado no DJ em 16.12.2020*).

É compreensível e ponderável o (contra)argumento de que não há previsão constitucional para o Procurador-Geral da República *determinar a atribuição* de membros dos Mps Estaduais em conflito com membros do MPU. Mas não podemos negar também o raciocínio aceitável de que, na verdade, o PGR não determinaria diretamente a atribuição de algum membro do MP estadual, mas sim afirmaria *não ser* do integrante dos quadros do MPU. A solução pela negativa da atribuição *do MP da União* não vinculava o membro

do MP Estadual de forma residual, porque sempre se lhe franqueou a possibilidade de, mediante *judicialização*, provocar um conflito de competência (como dissemos acima, havendo manifestação de um juízo, não pode mais se cogitar em conflito de *atribuições*). É dizer, solução jurídica sempre houve, pelo menos sempre vinculada à discussão das atribuições mediante provocação dos respectivos juízos, instaurando-se aí conflitos de *competência*. Quando o conflito de *atribuições* for entre membros de Mps de diversas unidades da federação, a solução passaria pela instauração de conflito de competências, provocando-se os respectivos juízos.

Mas não conseguimos concordar com a conclusão no sentido de que a solução dos conflitos de atribuições passaria pelas regras gerais dos incisos I e II do § 2º do art. 130-A da CF/88.

No inciso I, trata-se de zelar pela *autonomia funcional e administrativa*; no inciso II, a possibilidade de controle da legalidade dos *atos administrativos* praticados pelos membros respectivos. Como já destacamos desde a origem da presente construção, o tema relacionado ao *mérito* da discussão jurídica não pode ser *controlada ou determinada* por um órgão não jurisdicional. Se isso for admissível, estar-se-á permitindo uma interferência (sem adentrar no mérito de cada caso, que fique claro) na própria *independência* daquele membro que fez sua manifestação na condição de Promotor Natural.

Como dito, mesmo que se discorde dessa posição (sequer majoritária) do STF, o caso concreto de conflito de atribuições sempre possibilitará que o tema volte a ser discutido por expressa provocação do Ministério Público, instaurando-se conflitos de *competência* se houver manifestação jurisdicional.

Problema maior verificamos quando são encontrados posicionamentos no sentido de o CNMP poderia *revisar* diretamente o mérito da atuação de integrantes das diversas carreiras do Ministério Público brasileiro.

Por mais “errada” que esteja uma manifestação exarada na condição de Promotor Natural, pelo exercício da independência funcional, compreendemos que não cabe a um órgão administrativo *externo* às instituições ministeriais revisar ou substituir esses atos. A Constituição não lhe confere tais poderes. E vamos além: nem poderá!

Até o presente momento, está sedimentada no âmbito do CNMP a compreensão sintetizada no Enunciado CNMP n.º 6/2009:

“Os atos relativos à atividade fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no artigo 130-A, §2º, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição”.

Exemplificativamente, reportamos a um julgado tomado no Pedido de Providências nº 1.00104/2020-66 (decisão de maio de 2021) em que o Plenário

do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) não admitiu a pretensão na qual se requeria a alteração de uma recomendação expedida em determinada procuradoria da República no interior de um estado da federação.

O que nos chama a atenção é que a decisão foi por maioria, havendo manifestações no sentido de que seria possível a alteração/revogação de uma recomendação.

No caso, prevaleceu o voto sustentando entendimento de que o ato recomendatório é considerado atuação finalística, o que o impede de ser controlado ou revisado pelo CNMP.⁸²

Colhe-se da posição majoritária exatamente o que sustentado aqui:

[...] Inicialmente, é imperioso lembrar que, nos termos do citado dispositivo constitucional, este Conselho *tem sua competência restrita ao controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, não lhe cabendo, portanto, examinar o conteúdo de atos praticados no exercício da atividade finalística*, sob pena de flagrante violação ao princípio da autonomia institucional e da independência funcional, expressamente previstos no art. 127, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal [...]

Observa-se, portanto, que o texto constitucional harmoniza a competência do CNMP com a natureza não absoluta do princípio da independência funcional ao permitir que, em casos de abuso ou de desvio de finalidade no exercício da atividade-fim, o agente ministerial possa vir a responder pelos atos praticados, sob o aspecto disciplinar, caso existam indícios mínimos de materialidade e de autoria da infração.

Nesse mesmo feito, o e. CNMP deixou expressa que é essa a posição do Supremo Tribunal Federal (o que vale inclusive para o CNJ), que *“os Órgãos Administrativos de Controle não podem desconstituir atos praticados no exercício da atividade finalística, diante da absoluta incompetência para intervir na autonomia administrativa e na independência funcional dos órgãos controlados”*.

Exatamente isso.

Se houver eventuais excessos que configurem *infrações administrativas ou funcionais*, elas *devem sim* ser apuradas pelo Conselho Nacional do MP, exatamente como forma de cumprir estritamente o que é *imposto* constitucionalmente ao órgão. Mas jamais se poderá cogitar em alterar, revogar ou substituir qualquer o ato em si que foi proferido no exercício das funções finalísticas do *parquet*, ancoradas exatamente nos valores axiológicos interligados e que aqui tratamos, a independência funcional e o Promotor Natural.

Nesse ponto, são, pelo menos, preocupantes algumas decisões liminares proferidas no âmbito do CNMP afirmando peremptoriamente que o princípio da independência funcional não é absoluto, justificando-se, assim, a possibilidade de corrigenda do ato pelo órgão, notadamente a suspensão de *recomendações*.

⁸² Vide <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/14225-plenario-reforca-entendimento-de-que-conteudo-de-ato-finalistico-nao-e-passivel-de-controle-ou-de-revisao-pelo-cnmp>, acesso em: 02 mar. 2023.

Respeitosamente, o equívoco é muito grande, alargando-se competências onde não é possível constitucionalmente interpretar (e, para nós, sequer poderá ser alterado pelo legislador).

Primeiro, e restrito a elas, porque as recomendações não são obrigatórias e não guardam em si a possibilidade de não serem desfeitas pelos meios próprios.

Segundo, e mais relevante, aplicáveis a todas as situações, porque, dentro dos *limites de atuação do CNMP*, não cabe analisar e relativizar o Princípio da Independência Funcional. O sistema de controles *restrito e legal* para tal ponderação não comporta atuação de um *órgão externo*, incumbido exclusivamente de analisar as condutas tomadas e não o conteúdo dos atos e manifestações expedidos. Noutras palavras, não cabe ao CNMP se imiscuir e analisar o mérito, muito menos liminarmente, de decisão proferida em atividade fim, por mais equivocada que seja. Há meios jurídicos para a correção do ato, sobretudo no âmbito jurisdicional.

Dentro do âmbito das estritas *atribuições constitucionais* do CNMP, o que pode haver é, se desse exercício do dever de recomendar (ou qualquer outro ato), decorrer ou se caracterizar algum ato que possa ser caracterizar como infração administrativa ou similar, deve-se *apurar esse ato*, mantendo-se incólume o *conteúdo da providência* determinada pelo *parquet* no âmbito de suas atribuições. Se ela estiver manifestamente equivocada (juridicamente falando), há possibilidade de demandar internamente os respectivos órgãos de controle, bem assim o ajuizamento de demanda de cunho judicial para a corrigenda do *mérito* do ato.

Nessa linha ainda, não podemos deixar de registrar ainda a preocupação de alguns segmentos do Poder Legislativo em tentar alterar a estrutura do CNMP para, além de diminuir o número de integrantes de carreiras do *parquet*, incluir outros provenientes de outros órgãos e fixar que o corregedor-geral será, necessariamente, um representante *externo*. Embora já rejeitada, a ideia pode ser reavivada para o fim de modificar o atual § 3º do art. 130-A da Constituição Federal, que determina que “o Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei”.

Evidente que deve haver controles (isso está claro no presente texto, desde sua origem), mas transparece dessa pretensão de alteração constitucional que a verdadeira finalidade é submeter, exclusivamente, o CNMP à corregedoria controlada por *não* membros. E fique claro que a discussão é quanto à própria estrutura. Malgrado hoje não se admita majoritariamente a modificação da atividade-fim por intermédio de atuações do CNMP, já existem várias compreensões em sentido contrário (vide julgado antes mencionado). Tais providências, talvez sem intenção, podem gerar exatamente o efeito contrário do que propugna a Constituição Federal, que é a proteção da cidadania e maximização dos interesses coletivos.

Ponderamos ainda que, fosse realmente pretensão de estabelecer uma logicidade e sistematicidade de todos os órgãos de controle, deveria o legislador se preocupar e igualmente propor a modificação do § 5º do art. 103-B da Constituição Federal, retirando-se também a corregedoria do CNJ das atribuições do membro integrante e representante do Superior Tribunal de Justiça.

6 CONCLUSÕES

Atrélada ao Princípio do Promotor Natural, a independência funcional é essencial para que os representantes do *parquet* possam exercer seu múnus fora de qualquer possibilidade de ingerência externa, notadamente de cunho não jurídico.

Conforme explicitamente defende Ferrajoli, demonstramos, em suas palavras inclusive, que o Ministério Público *é uma instituição de garantias* e não tem como exercer na plenitude dessa proteção da cidadania – derivada da Constituições e convenções internacionais - e não tiver a garantia de autonomia.

Claro que ventual *desvio* de funções sempre poderá ser objeto de revisão, inclusive desfazimento do próprio ato, notadamente na esfera jurisdicional.

Não existem princípios e “poderes” absolutos.

Entretanto, não cabe a órgãos de controle externo sob essa perspectiva – como é o Conselho Nacional do Ministério Público – qualquer possibilidade de *modificar o conteúdo e avaliar o mérito da atividade fim*. Está fora de suas atribuições legais fazê-lo. E, mais que isso, não poderá o legislador criar quaisquer hipóteses para além dos limites de analisar a *conduta* sob a perspectiva funcional (eventual infração em si).

Por evidente que não há um *poder absoluto* atrelado à independência, até porque é preciso compatibilizá-la com a unidade institucional. Mas existem os meios próprios de controle (internos) e também jurisdicionais para corrigir os eventuais desvios de rotas nos exercícios das funções.

Admitir qualquer hipótese de controle da atividade fim não implica apenas infringir os estreitos limites do que permitido constitucionalmente, mas também ferir de morte os dispositivos da Carta Maior e das convenções internacionais que *impõem* a proteção da coletividade por intermédio da autonomia e independência do Ministério Público.