

MANDADO DE SEGURANÇA E "HABEAS CORPUS"  
IMPETRADOS EM SEGUNDA INSTÂNCIA  
POR PROMOTOR DE JUSTIÇA (\*)

ADA PELLEGRINI GRINOVER  
Procuradora do Estado e Prof.<sup>a</sup> de  
Direito

Grande é a honra do convite que me foi formulado pela Coordenadoria dos Grupos de Estudos do Ministério Público de São Paulo, para falar aos membros da instituição sobre assunto tão momentoso e de tanta repercussão na carreira. E devo dizer, desde logo, que não me apresento aos senhores com um produto perfeito e acabado, mas que antes pretendo lançar algumas idéias, a título de reflexões sobre assunto difícil e complexo. Idéias e reflexões que submeto, antes de tudo, à sua apreciação e ao seu debate.

1. A primeira consideração em torno do tema deve partir da análise das funções do Ministério Público no processo. A doutrina dominante nega que seja ele sempre parte, distinguindo as seguintes posições: a) parte; b) substituto processual; c) representante da parte; d) parte adjunta; e) fiscal da lei. Há quem afirme, entretanto, que o Ministério Público, participando do processo como sujeito que postula, requer provas e as produz, arrazoa e recorre, assumiria invariavelmente a posição de parte: ora parte principal, ora parte secundária; ora parte parcial, ora parte imparcial.

Como parte imparcial age ele, quando vela pela estrita observância do direito objetivo, desvinculado de qualquer interesse substancial em causa. São os casos em que é legitimado *ad causam* para a ação civil pública (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, artigo 3.º, inciso III), ou quando intervém nos processos instaurados, ocorrendo as razões de ordem pública que o legitimam a officiar no processo.

Ao contrário, atua como parte parcial, ligado, portanto, a um dos interesses substanciais em causa, ora como parte principal, ora como assistente (Cintra, Grinover & Dinamarco, "Teoria Geral do Processo", Ed. Revista dos Tribunais, 1984, pág. 267).

(\*) Conferência proferida na Associação Paulista do Ministério Público em 25 de junho de 1984.

Mas o fato de o Ministério Público ser considerado como "parte parcial", e até principal, não significa que não se lhe apliquem os esquemas processuais. Assim, quando atua ordinariamente no processo-crime ou quando age como curador de ausentes (Código de Processo Civil, artigo 9.º, II), é parte principal, legitimado *ad causam* para a ação. Atua como assistente, também para tanto legitimado *ad causam*, nos processos-crimes instaurados mediante queixa privada (Código de Processo Penal, artigos 29 e 564, II), nas ações acidentárias propostas mediante advogado, ou como curador de incapazes (Código de Processo Civil artigo 82, I).

Mas é legitimado *ad processum*, na representação do autor, quando deduz no juízo acidentário a pretensão do empregado, ou nas reclamações trabalhistas em que atue com base no Decreto-lei n. 7.934, de 4 de setembro de 1945. E, ainda, na hipótese da ação civil reparatória do dano causado pelo crime, disciplinada pelo artigo 68 do Código de Processo Penal.

Ora, parece-me claro que, quando o Ministério Público é legitimado *ad causam* para a ação, como órgão público que é, também goza de plena capacidade postulatória, não necessitando de advogado para exercer o *ius postulandi*. Assim acontece na ação penal condenatória, na ação civil pública, no habeas corpus (artigo 654 do Código Processo Penal), no mandado de segurança contra ato jurisdicional. Com relação a esta última hipótese, já me manifestei anteriormente, reconhecendo a legitimidade *ad causam* e, conseqüentemente, *ad processum*, do Ministério Público, decorrentes do fato de que o mandado de segurança contra ato jurisdicional, embora guarde natureza de ação, desempenha verdadeira função de recurso. (Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 18/387).

Creio, enfim, que se pode afirmar, sem receio de erro, que se o Ministério Público é legitimado *ad causam* (pela lei federal), desta legitimação decorre como conseqüência a legitimação *ad processum*, sendo plena sua capacidade postulatória. (Diversa é a situação, observe-se, quando o Ministério Público não é legitimado *ad causam* como parte, mas age na representação da parte. Nessas hipóteses — acidentes do trabalho, justiça do trabalho, ação civil *ex delicto* — sua capacidade postulatória há de ser expressa na lei federal).

Mas, possuindo legitimação *ad causam*, tem conseqüentemente a legitimação *ad processum*, com plena capacidade postulatória. De quem são, porém, essas legitimações? Do Ministério Público, como instituição. O que ainda não responde à nossa questão. Avancemos mais.

2. Enfrentemos o problema nodal, qual seja o da representação institucional do Ministério Público, em 1.º e 2.º grau. Aqui,

duas possíveis tomadas de posição se nos apresentam. Ou estamos perante outro pressuposto processual, ou não estamos.

a) Estamos perante um pressuposto processual atinente às partes, e exatamente perante a capacidade de estar em juízo, ou capacidade processual *stricto sensu*. Se isso for verdade, responder à questão "Quem representa o Ministério Público" não é mero problema funcional, interno, de estrutura organizacional, mas é problema processual. Assim, por exemplo, o Código de Processo Civil estabelece a representação das pessoas jurídicas e das partes formais, no artigo 12, em regras que são indiscutivelmente de índole processual: a União, o Estado, o Distrito Federal e os Territórios são representados pelos respectivos procuradores; o Município, pelo Prefeito ou procurador; a massa falida, pelo síndico; o espólio, pelo inventariante, etc.. Trata-se de capacidade processual, cuja falta acarreta a invalidade da relação jurídica processual.

Dentro dessa postura, chega-se a algumas conclusões logicamente decorrentes do pressuposto lançado: se a representação institucional do Ministério Público pertence à categoria dos pressupostos processuais (capacidade processual ou de estar em juízo), temos que: 1) só a União pode legislar sobre processo (artigo 8.º, XVII, "b", da Constituição Federal), de modo que só a lei federal pode atribuir representação institucional ao Ministério Público. No conflito entre a norma federal e a estadual, nessa matéria, prevalece a primeira: "Bundesrecht bricht Landesrecht". 2) Cabendo aos tribunais julgar previamente da regularidade da relação processual, têm eles que examinar o pressuposto processual atinente à capacidade de estar em juízo do órgão do Ministério Público e, verificando sua inexistência, têm que declarar a invalidade da referida relação jurídica.

b) Uma segunda colocação seria a que considerasse a representação institucional do Ministério Público como mero problema funcional, interno, de organização da carreira. A lei federal já estaria atribuindo ao Ministério Público *legitimatío ad causam* e, conseqüentemente, capacidade processual. O Ministério Público seria, assim, legitimado *ad causam* e *ad processum*. Saber quem vai agir pela instituição, em juízo, seria questão reservada à organização interna do "parquet".

Claro que isso não implica afastar o controle jurisdicional sobre tal representação institucional. Pelo princípio constitucional da legalidade, que submete toda a ação da administração ao império da lei, a atuação do Ministério Público em juízo há de pautar-se pelas leis e regulamentos. E os tribunais exercem o controle da legalidade. Mas, então, surge a pergunta: ao invalidar a atuação do órgão do Ministério Público que não possuísse representação institucional, que estariam os tribunais fazendo? Não

se trata do mérito — não é o controle da legalidade, aqui, o objeto da demanda —, não se trata de condição da ação. Não estaríamos, mesmo assim, recaindo na ausência de um pressuposto processual?

Difícil, a meu ver, sair desta categoria. Mas a reflexão é válida, ao menos para ser aprofundada. E, a adotar essa linha, teríamos coerentemente a seguinte conclusão alternativa: a representação institucional, embora não sendo pressuposto processual, ficaria igualmente submetida ao controle do Judiciário; mas a lei que regula a referida representação, não tendo natureza processual, mas administrativa, não ficaria reservada à União, pelo artigo 8.º, XVII, "b", da Constituição Federal. E buscaríamos seus lindes no artigo 96, *caput* e parágrafo único, da mesma Constituição Federal.

3. Aplique-se, agora, a legislação federal e estadual aos esquemas traçados. Mas, antes disto, examine-se se existe conflito, e até onde o conflito iria, entre os textos legais.

De um lado, temos os artigos 10 e 14 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; do outro, os artigos 37 e 39, V, da Lei Orgânica paulista; a nacional, consubstanciada na Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981; a segunda, na Lei Complementar n. 304, de 28 de dezembro de 1982.

Começemos por esta. Conflitariam os artigos 37 e 39, V? Não. A impetração dos habeas corpus e dos mandados de segurança, mesmo perante os Tribunais locais, cabe ao promotor (artigo 39, V). As demais funções, em segunda instância, aos Procuradores (artigo 37). O artigo 39, V, excepciona à regra geral do artigo 37. Fica claro, ademais, que aos promotores é reservada só a impetração, e não a subsequente atividade no 2.º grau de jurisdição.

Veja-se, agora, a lei nacional.

O artigo 10 poderia indicar, como pareceu aos Promotores Jaques de Camargo Penteado, José Damiano Pinheiro Machado Cogan e Sólton Fernandes Filho, em tese apresentada em 1983, que o dispositivo tivesse em mira apenas extinguir o denominado "pingüinato". Mas resta o artigo 14 da lei, que traça uma inequívoca regra de atribuição de funções, repartidas entre promotores e procuradores, os primeiros para a 1.ª instância, os segundos para a 2.ª instância. E esta regra, conflitaria com o artigo 39, V, da lei estadual?

Talvez surpreendendo a muitos, eu responderia que não. É que o exercício das funções do Ministério Público em 2.º grau não me parece abranger a mera "impetração" dos "writs" a que se refere a lei paulista. Na impetração, o pedido é dirigido ao tribunal, mas o ato impugnado — quer no mandado de segurança contra ato jurisdicional, quer no habeas corpus — é da autoridade judiciária de 1.º grau. As ações originam-se de atos de juizes

de 1.ª instância e o uso dos "writs" contra tais atos não significa ainda exercício de funções perante os tribunais.

Em estudo meu anterior, a que já fiz referência, tratei do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal neste enfoque: ... nesses casos o "writ", embora conservando a natureza de ação, faz as vezes de um verdadeiro recurso: visa ao reexame e à reforma de uma decisão judicial; sua finalidade é emendar erros ou abusos. (...) Às vezes obsta à preclusão, sendo ainda mais nítida sua função recursal. Outras vezes visa à reforma de decisão já acobertada pela preclusão: (...) neste último caso, é evidente a função de verdadeira ação rescisória (...). É por isso que Celso Barbi caracteriza o instituto como "uma alma de recurso em um corpo de ação"; e Kazuo Watanabe fala nele como ação, mas substitutiva de recurso (Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, — 18/390).

Daí porque, sustentava eu, é o Ministério Público legitimado *ad causam* e tem capacidade postulatória para a impetração. Age ele, nesses casos, exatamente como quando recorre, como *dominus litis* ou como "órgão da justiça". Dirige o "writ" para os órgãos de segundo grau, visando a afastar o constrangimento ou a ilegalidade praticada em primeiro grau. É como se, do órgão *a quo*, se dirigisse ao órgão *ad quem*. Não funciona em 2.ª instância. Impetra ("recorre") para a 2.ª instância.

Diante da possível aceitação dessa colocação, surgem de novo duas possíveis alternativas:

a) Ou bem não há conflito entre a lei complementar nacional e a estadual: e então, ainda que se trate de regra de processo, inerente à capacidade de estar em juízo, a lei federal foi observada pela lei estadual, que só a esclareceu, só a especificou, só a detalhou. E o pressuposto processual estabelecido pela lei federal (promotores em 1.º grau, procuradores em 2.º) foi plenamente observado, sendo a regra do artigo 39, V, meramente elucidativa.

(Assim, também, quando a lei estadual atribui funções aos diversos curadores — promotores de 1.º grau —, em assuntos específicos, está simplesmente detalhando a organização do Ministério Público estadual, consoante artigo 96, parágrafo único da Constituição Federal. Aqui, inquestionavelmente, não há regra de processo, que no entanto pode ser detectada na grande representação institucional traçada pela lei federal, quanto às funções em primeira e segunda instância).

b) Ou bem o conflito existe. Se se optar por esta alternativa — como alguns julgados paulistas têm feito —, abrem-se agora duas diversas linhas, consoante se trate, ou não, de pressuposto processual. Ou seja:

b.) Não estamos diante de um pressuposto processual, mas apenas de organização funcional do Ministério Público. Nesse caso, poderíamos até afirmar a inconstitucionalidade do artigo 10 (e do 14) da Lei Orgânica Nacional, por vício de competência. É que o artigo 96, parágrafo único, da Constituição Federal, atribui à lei federal apenas a competência para fixar normas gerais a serem observadas pelos Estados, aos quais fica reservada a competência concorrente, não cumulativa, de estabelecer normas específicas. Nessas hipóteses, as competências da União e do Estado são predelimitadas horizontalmente pela Constituição, e será inconstitucional a regra federal que ultrapassar o âmbito das diretrizes, dos princípios, das normas gerais. Não vige, aqui, o princípio "Bundesrecht bricht Landesrecht".

Poderíamos, então, afirmar que a regra federal, descendo a detalhes funcionais quanto à representação institucional do Ministério Público estadual em 1.º e 2.º grau de jurisdição, ultrapassou os limites do parágrafo único do artigo 96 da Constituição Federal; esmiuçou, detalhou, especificou, invadindo a competência reservada ao Estado federado. Inconstitucional, prevaleceria o disposto na lei estadual.

b.) Estamos diante de um pressuposto processual. Tratando-se de regra de processo, entra em campo o artigo 8.º, XVII, "b", da Constituição Federal. A capacidade de estar em juízo só pode ser atribuída pela lei federal. O artigo 39, V, seria — em havendo conflito — inconstitucional, mais uma vez por defeito de competência legislativa.

4. Uma última questão, antes de recapitular. Poder-se-ia afirmar que, para o habeas corpus, qualquer membro do Ministério Público seria legitimado *ad processum*, como qualquer do povo, na medida em que qualquer do povo é legitimado *ad causam* e *ad processum* para o habeas corpus?

Não. De duas, uma. Ou bem o membro do Ministério Público age como qualquer do povo, ou age como representante da instituição. Não se discute que qualquer pessoa física, pertencente embora ao Ministério Público, pode, naquela qualidade, impetrar habeas corpus, independentemente de advogado. Mas deverá então declarar que age como qualquer do povo, em seu nome pessoal. Se, ao contrário, quiser agir como representante da instituição, deverá obedecer às categorias legais próprias da capacidade de estar em juízo.

E, de qualquer forma, como pessoa física o membro do Ministério Público não teria nem legitimação *ad causam*, nem capacidade postulatória para impetrar mandado de segurança contra ato jurisdicional.

5. Posso concluir, recapitulando as diversas posições que se podem tomar nessa intrincada questão em que — repito — não tenho a pretensão de trazer respostas conclusivas, mas apenas de indicar caminhos a serem possivelmente seguidos.

Dois são esses caminhos, para sustentar a constitucionalidade e a legalidade do artigo 39, V, da lei orgânica paulista, em confronto com os artigos 10 e 14 da lei orgânica nacional:

**1.ª Alternativa:**

- a) não se trata de regra de processo;
- b) a lei estadual deve prevalecer sobre a federal, que dispôs sobre detalhes de organização do Ministério Público estadual, tendo assim invadido a esfera de competência reservada ao Estado membro (parágrafo único do artigo 96 da Constituição Federal) e padecendo conseqüentemente do vício de inconstitucionalidade.

**2.ª Alternativa:**

- a) trata-se de regra de processo;
- b) não obstante, não há conflito entre a lei federal e a estadual, porquanto no exercício de funções perante os tribunais não se compreende a impetração de mandado de segurança e de habeas corpus perante os tribunais locais. O ato corresponde à interposição de um recurso — pois os “writs” nesses casos fazem as vezes de recursos —, por parte do promotor que funciona em 1.º grau e que tem o imediato conhecimento do constrangimento ou abuso de poder, a serem imediatamente sustados da maneira mais eficaz.

A segunda alternativa é aquela que me parece mais convincente.

Resta, ainda, dizer que tanto numa como na outra linha parece claro, pelos próprios termos da lei paulista, que o artigo 39, V, só se coaduna com o artigo 37, na medida em que atribui ao promotor capacidade processual para simplesmente “impetrar” os “writs”, ficando a atividade posterior, em 2.º grau (sustentar, recorrer) reservada privativamente aos procuradores.

E restaria, ainda, verificar se, impetrado o habeas corpus pelo promotor — que age na qualidade de substituto processual do paciente, defendendo em seu próprio nome interesse deste — fica o procurador, nas atividades sucessivas, vinculado à posição do substituído, não podendo mais manifestar-se, como parte imparcial, contra a pretensão feita valer pelo promotor. A solução já se delinea, mas fica aqui como última reflexão.