

Modernização da Segunda Instância do Ministério Público¹

Hugo Nigro MAZZILLI*

- **SUMÁRIO:** Introdução: pontos consensuais. 1. Pontos controversos. 1.1 A função de fiscal da lei. 1.2 A utilidade do parecer de segunda instância. 2. Sugestões para discussão. 2.1 Sugestões *de lege lata*. 2.2 Sugestões *de lege ferenda*. Conclusão.
- **RESUMO:** A necessidade de modernizar a segunda instância do Ministério Público é consensual, porque, contraditoriamente, há uma diminuição de poderes e atuação funcional quando se chega ao ápice da carreira. Entretanto, reina a controvérsia no tocante ao que se pode fazer para resolver o problema. O presente trabalho propõe diversas sugestões para discussão, sendo algumas delas de aplicação imediata, e outras cuja implantação depende de modificações legislativas. Dentre as sugestões mais importantes, destaca-se a de unificar a atuação das duas instâncias, com uma nova visão da Promotoria de Justiça.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Modernização da segunda instância. Parecer do Procurador de Justiça. Nova Promotoria de Justiça.

Introdução: pontos consensuais

É extremamente rica, interessante e polêmica a questão da modernização da segunda instância do Ministério Público.

Alguns pontos são consenso, isto é, os problemas – todos estamos de acordo com a existência dos problemas que envolvem a atuação do Ministério Público na segunda instância. E há alguns pontos que são controvérsias, quais sejam, as soluções.

* Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

¹ Palestra proferida no dia 6 de outubro de 2011, no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça em São Paulo, em evento promovido pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, editada especialmente para a Revista *Justitia*.

Começemos por resumir os pontos de consenso.

O primeiro deles – parece-me que não ninguém discorda disso — é que há um ilogismo no Ministério Público: o ápice da carreira coincide com a diminuição dos poderes funcionais. Os Promotores de Justiça – desde o mais novo Promotor substituto, até o de primeira e os das entrâncias subsequentes –, todos têm o poder de investigar, podem propor ações tanto na esfera cível como na penal. Têm liberdade para recorrer diretamente, sem a autorização de um colega ou sem a chancela do Procurador-geral de Justiça. Entretanto, quando o membro da Instituição é promovido ao último grau da carreira e alcança o cargo de Procurador de Justiça, não mais investiga, nem dispõe do inquérito civil, nem faz requisições diretas, nem propõe ações por atribuições próprias, pois apenas o faz por delegação do chefe do *Parquet*. Também não recorre, exceto se integrar equipes recursais que atuam por designação ou delegação do procurador-geral... Tudo isso gera desestímulo para os Procuradores de Justiça.

Há mais um fato, cuja existência também é consenso: o Promotor de primeiro grau tem uma atuação mais efetiva, e seu trabalho tem mais eficácia social do que o trabalho da segunda instância da Instituição. Isso é absurdo, pois exatamente quando o membro do Ministério Público, agora Procurador, adquiriu mais experiência em virtude de ter mais tempo de carreira, passou por mais degraus, vivenciou e resolveu mais problemas, que ele se recolhe e muitas vezes vai trabalhar apenas em casa ou se isola num gabinete para transformar-se apenas em parecerista.

Há realmente necessidade de modernização da segunda instância do Ministério Público.

Creio que terminam aqui os pontos de consenso.

1 Pontos controversos

Agora vamos aos pontos controversos... Vamos falar da função de fiscal da lei e da utilidade do parecer de segunda instância.

1.1 A função de fiscal da lei

Em primeiro lugar, discute-se se o Ministério Público deve ou não manter a função de *custos legis* na segunda instância. Para alguns críticos, a nobreza da Instituição estaria apenas em agir, não em ser interveniente ou um mero fiscal da lei. Esse entendimento já obteve respaldo até em tese de grupo de estudos do Ministério Público Paulista, segundo a qual a Constituição Federal de 1988 teria querido um Ministério Público mais agente

do que interveniente. Em objeção a isso, outros colegas se preocupam com o esvaziamento de suas funções e dizem que a função de fiscal da lei é a que mais aproxima o Ministério Público do Poder Judiciário. Afinal, dizem estes, a Defensoria Pública, que tanto busca assemelhar-se ao Ministério Público, não é fiscal da lei, ao passo que o *Parquet* o é, e isso forneceria a esta última instituição o diferencial que favorece a equiparação já existente com a carreira da magistratura, diferencial este que outras instituições não possuem.

Este, de fato, parece um ponto delicado: deveríamos abolir a função de fiscal da lei pelo Ministério Público?

Para ser sincero, creio que esse é apenas um problema mal colocado. Não é verdade que seja mais nobre propor uma ação do que intervir nela: esse é um falso problema, porque, na verdade, o Ministério Público *sempre* fiscaliza o correto cumprimento da lei, quer proponha a ação, quer nela intervenha. Alguém duvida que um Promotor que propõe uma ação – por exemplo, uma ação ambiental ou ação penal pública –, ao fazê-lo, esteja fiscalizando o correto cumprimento da lei? Pois é exatamente para fiscalizar o correto cumprimento da lei que ele propõe a ação para fechar a empresa que está poluindo, ou propõe a ação para pôr o criminoso na cadeia. Então, não só *quando é órgão interveniente*, mas *sempre* o Ministério Público fiscaliza o correto cumprimento da lei, mesmo *quando é órgão agente*. Não é verdade, portanto, que só o Promotor interveniente fiscalize o cumprimento da lei. Outra inverdade, a meu ver, consiste em dizer que é mais nobre ser agente do que interveniente. Ora, acaso seria mais nobre para o Ministério Público propor uma ação para fechar uma fábrica que está poluindo do que intervir na mesma ação, com o mesmo objeto – o fechamento da fábrica que está poluindo –, só porque esta última ação não foi proposta por ele e sim por um colegitimado ativo, como a Companhia de Saneamento Básico de São Paulo (Cetesb) ou uma associação civil?! A ação é a mesma, a ré é a mesma, o pedido é o mesmo, o bem que se busca em prol da sociedade é o mesmo. A importância de sua atuação é a mesma. Em ambas as ações o Ministério Público pode produzir provas ou recorrer, em defesa do interesse público primário. Não vejo diferença de finalidade nem de função entre ser agente e interveniente: isso é diferença de circunstância, não de finalidade. O Ministério Público *sempre* zela pelo interesse da sociedade.

O que distingue o Ministério Público da Defensoria Pública, sim, é algo que esta não tem nem pode ter, assim como, por definição, não o tem nem pode ter a Procuradoria do Estado: o exercício direto de uma parcela

da soberania estatal. Com efeito, o Ministério Público goza de uma parcela direta da soberania do Estado, pois detém a titularidade privativa da ação penal pública, e nessa condição ele decide se vai ou não propor a ação. Se decidir propô-la, quem exercerá a soberania do Estado para dizer que aquele fato é ou não crime, será o Poder Judiciário. Mas quando o Ministério Público tempestiva e, fundamentadamente, entende não haver base para a imputação, e por isso decide *não propor a ação penal pública*, nem o Supremo Tribunal Federal pode ordenar que esta seja proposta, pois essa tarefa é privativa do Ministério Público, e este é quem dá a última palavra a respeito, condicionando, pois, o exercício do *ius puniendi* estatal. Trata-se de prerrogativa que lhe é assegurada pela própria Constituição Federal. A exceção a essa privatividade ocorre apenas se o Ministério Público for inerte – pois aí caberá a ação penal subsidiária da pública; não havendo inércia, porém, nenhuma pessoa, órgão ou entidade, estatal ou não, pode substituir-se ao Ministério Público na promoção da ação penal pública, pois ele detém o monopólio da ação penal pública, sendo o *ius puniendi* uma emanção direta da soberania do Estado.

O que verdadeiramente distingue o Ministério Público da Defensoria Pública não é, pois, a fiscalização da lei, pois há outros órgãos do Estado, e até órgãos meramente administrativos, que também fiscalizam o cumprimento da lei. Nem há de causar espécie o fato de a Defensoria Pública ter algumas atribuições que coincidem com as do Ministério Público, como a promoção da ação civil pública. Isso ocorre porque, em área não penal, a Constituição Federal deixou claro que o Ministério Público não detém exclusividade ou privatividade, de maneira que é mesmo saudável que outros órgãos possam, concorrentemente, atender o público, ou defender na área civil o meio ambiente, o consumidor, as pessoas discriminadas etc. Assim, para a defesa desses interesses transindividuais, a Procuradoria do Estado, os Procons, a Defensoria Pública e outros órgãos e entidades – estatais ou não – somam-se ao Ministério Público de maneira concorrente e disjuntiva.

1.2 A utilidade do parecer de segunda instância

O problema mais delicado – e, aqui sim, temos uma das controvérsias mais difíceis de enfrentar – é discutir a utilidade jurídica e prática do parecer do Procurador de Justiça.

Para alguns, o parecer do Procurador de Justiça em segunda instância não passa de mera assessoria jurídica para os tribunais. Imaginem os senhores, se fossem desembargadores, se não gostariam de contar com um

parecer normalmente bem-feito, que tivesse estudado aquele caso concreto, antes de terem de decidi-lo. Pode ser um conforto para o tribunal. Esse parecer valerá mais, ou valerá menos, de acordo com a qualidade intrínseca do próprio parecer; pode não valer nada, ou, ao contrário, pode valer muito, dependendo da qualidade do parecer. A isso estaria reduzido o papel do Procurador de Justiça: um mero consultor jurídico do tribunal, um assessor, cujo estudo o tribunal vai ler ou não, vai considerar ou não, a seu bel-prazer. Isso me parece muito pouco para o trabalho de um Procurador de Justiça, ápice da carreira da Instituição do Ministério Público.

Às vezes, de uma maneira um tanto agressiva ou pelo menos depreciativa, criam-se conflitos entre as instâncias do Ministério Público. Os mais antigos devem lembrar-se de um episódio que aconteceu no Seminário Anual de Grupos de Estudos de 1985, em Águas de Lindoia. Pois é. Vejo que alguns colegas se lembram disso. Foi um episódio marcante da nossa Instituição. Estava sendo apresentada uma tese do Grupo de Estudos da Capital, intitulada “Instrumental de especialização institucional” – de fato, o Ministério Público está discutindo seu instrumental de especialização há muitas décadas, e muitas ideias boas têm surgido nos grupos de estudos. E naquele Seminário, eu me inscrevi como debatedor. Na minha vez de falar, fui à tribuna e disse o seguinte: que o Promotor lutava muito, defendia teses institucionais importantes, e, quando o caso chegava aos tribunais, faltava um entrosamento entre as instâncias, e muitas vezes o parecer do Procurador de Justiça não ajudava. Eu disse isso e me sentei. Um dos autores da tese do Grupo de Estudos da Capital, o então Promotor Paulo Édson Marques, retomou a palavra. Ele falava muito bem, era Promotor de júri, um homem enérgico, corajoso, valente, tinha uma língua viva. Ele tomou o mote e disse o seguinte: O Hugo se enganou ao dizer que o Procurador às vezes não ajuda; o Procurador de Justiça atrapalha. Foi um escândalo, até porque, como colocada a questão, parecia ter-se generalizado a crítica, e realmente não é verdade que o parecer do Procurador atrapalhe: há pareceres de Procuradores de Justiça que ajudam e muito, e até decidem uma questão, reverterem uma tendência. Mas foi um caos, porque alguns Procuradores de Justiça peitaram o orador, num clima que chegou quase às vias de fato, coisa de tomarem de suas mãos o microfone, escondendo-o nas costas e batendo-se o peito contra o dele. Isso aconteceu, porque havia um conflito, uma espécie de desencanto da primeira instância com a falta de apoio da segunda instância em questões institucionais relevantes.

E há mais. Naquele tempo – lembrem-se os senhores, isso foi antes da Constituição de 1988 –, o quinto constitucional nos tribunais era preenchido por escolha exclusiva dos tribunais e do Poder Executivo; a instituição tributária, no caso o Ministério Público, não fazia a lista sêxtupla da qual o tribunal hoje retira três nomes que serão submetidos à nomeação do Executivo. Então, naquela época, muitos Procuradores de Justiça procuravam ser mais realistas do que o rei, procuravam agradar ao tribunal, e às vezes se especializavam em combater os próprios colegas... Hoje as coisas mudaram. Os Procuradores que vão para o quinto constitucional, na vaga do Ministério Público, são escolhidos pelo Conselho Superior do próprio Ministério Público. Quando fui Conselheiro, eu tinha um critério muito simples para escolher os candidatos ao quinto constitucional: sempre escolhia os mais antigos, pois não há merecimento para sair da Instituição; se merecimento houvesse para sair da Instituição, então eu escolheria o pior. Assim, para respeitar o colega que se inscrevia para o quinto constitucional – e eu tinha de respeitar, era uma opção pessoal e profissional, uma opção válida e importante – o que eu fazia? Eu sempre indicava o mais velho, sempre, e, mesmo quando um colega e amigo que nos apoiava politicamente quis ser indicado, mas não era o mais velho, não votei nele. Mas, naquele tempo, as coisas eram diferentes. Pretendendo ir para o tribunal, o Procurador de Justiça queria agradar ao tribunal, e às vezes ele fazia a defesa do réu ou de teses contrárias às do Ministério Público, com uma virulência maior do que o próprio Advogado da parte contrária. Então havia, realmente, alguma razão no desabafo do colega Paulo Édson, embora não fosse o caso de generalizar-se a crítica.

Acredito que as críticas da primeira instância vão até mesmo mais além. Até mesmo não só questionam a utilidade do parecer, mas a utilidade do próprio Procurador de Justiça, às vezes referido depreciativamente pela primeira instância como uma forma de aposentadoria antecipada.

2 Sugestões para discussão

Então, problemas existem, mas em verdade as críticas são injustas. Eu fui Procurador de Justiça por muitos anos; eu me esforçava muito, como todos os que são Procuradores se esforçam, para defender as teses da nossa Instituição e dar continuidade ao trabalho da nossa primeira instância. Entretanto, ainda que seja um trabalho qualificado o do Procurador de Justiça, que na maioria das vezes é dedicado e zeloso, e ainda que os bons pareceres influam positivamente na solução do caso concreto e até prequestionem matérias que poderão ser objeto de recursos especiais ou extraordinários, na

verdade esse é um trabalho que fica aquém das potencialidades dos Procuradores de Justiça. Os Procuradores de Justiça podem fazer mais do que dar pareceres; podem fazer mais do que dar assessoria jurídica aos tribunais; podem fazer mais do que prequestionar matérias para fins recursais, matérias essas que um bom trabalho dos Promotores de primeiro grau já poderia ter prequestionado. Afinal, o que isso evidencia, sobretudo, é a falta de melhor entrosamento entre as duas instâncias do Ministério Público, em prejuízo da defesa das teses de interesse da própria Instituição.

Acredito, portanto – já que estamos numa mesa de discussão e debates –, que podemos oferecer sugestões para serem acrisoladas, aperfeiçoadas, corrigidas, modificadas, a fim de que depois cheguemos, quem sabe, a um aprimoramento institucional da segunda instância do Ministério Público.

Eu separaria as minhas sugestões em dois grupos. Temos sugestões que podem ser feitas *de lege lata*, ou seja, sem necessidade de modificar a lei. A lei que está em vigor impõe alguns limites, mas, dentro desses limites, por atos normativos da própria Instituição, talvez já se possa fazer alguma coisa. E há algumas modificações que eu sugeriria *de lege ferenda*, ou seja, supondo uma mudança legislativa.

2.1 Sugestões de *lege lata*

Vamos começar com algumas modificações que talvez pudessem ser pensadas desde já, porque compatíveis com a legislação em vigor.

A primeira ideia que poderia ser cogitada seria uma melhor divisão das atribuições entre o Procurador-geral e os Procuradores de Justiça. Com efeito, se nos detivermos sobre a atual divisão, veremos que praticamente todas as atribuições do Ministério Público em segunda instância são do Procurador-geral, o que é absolutamente irreal, pois o Procurador-geral efetivamente não faz tudo aquilo de que a lei o incumbe. Ele efetivamente não interpõe recursos especiais ou extraordinários, não revê arquivamentos de inquéritos policiais, não dá pareceres em revisões criminais ou em ações rescisórias, não propõe ações penais originárias – tudo isso é feito por seus assessores ou Procuradores designados. Se essas atribuições fossem mais bem repartidas, poderíamos valorizar os Procuradores de Justiça.

Quanto à interposição de recursos especiais e extraordinários, em vez de haver um único setor genérico, além de outro específico para a Procuradoria de interesses difusos, poderíamos cogitar de recursos necessariamente feitos pelos próprios Procuradores ofiçiantes, ou, pelo menos, poderíamos ter um setor específico para cada Procuradoria, pois a Procuradoria especia-

lizada tem mais adequação para decidir se é caso de recorrer ou não, já que cabe a ela o acompanhamento do caso de sua especialidade.

Essas sugestões *de lege lata* poderiam ser instauradas por meio de delegação do Procurador-geral, o que tem lá suas vantagens em termos de simplicidade de execução, mas também tem desvantagens, pois na própria delegação está a fragilidade do sistema. No dia em que o Procurador-geral não mais quiser delegar, o novo sistema ficará inviabilizado. Amanhã muda o Procurador-geral... amanhã, num caso específico, o Procurador-geral não quer delegar, então não delega, e nada poderá ser feito, pois, afinal, a atribuição é dele. Assim, soluções desse jaez são possíveis, são práticas, e, partindo de um Procurador-geral idealista e disposto a efetuar uma modernização na segunda instância do Ministério Público, podem ser imediatamente implantadas. São soluções que podem ser respeitadas indefinidamente, até porque, embora o Procurador-geral juridicamente não seja obrigado a manter a delegação, há um aspecto político institucional a considerar, ou seja, ele próprio terá interesse em manter a delegação, pois seria cobrado pela Instituição se, imotivadamente, fizesse cessar um sistema que esteja provando bem.

Uma ideia intermediária, que exigiria mínimas alterações legislativas, colhi dos próprios Procuradores. Com efeito, recebi da direção da Escola Superior do Ministério Público as sugestões que os vários grupos de discussão estão ventilando para tentar equacionar o problema. Notei que uma das sugestões recorrentes consiste no melhor aproveitamento dos Procuradores de Justiça em assessorias da própria Instituição, como junto ao Procurador-geral ou ao Corregedor-geral, ou seja, em vez de serem ocupadas por Promotores, seriam apenas Procuradores.

2.2 Sugestões de lege ferenda

Há, porém, outras ideias mais audaciosas que podem ser tomadas *de lege ferenda*, mediante modificações legislativas mais amplas. Com efeito, hoje temos um limite para a atuação dos Procuradores de Justiça. A Constituição Federal de 1988 deu atribuições ao Ministério Público, mas não desceu ao nível das atribuições dos *órgãos* do Ministério Público – como Procurador-geral, Colégio, Conselho, Procuradores e Promotores –; mas a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) desceu às atribuições dos *órgãos* institucionais e, no art. 31, disse que “Cabe aos Procuradores de Justiça exercer as atribuições [do Ministério Público] junto aos Tribunais, desde que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, e

inclusive por delegação deste”. Isso acaba sendo naturalmente uma camisa de força para os Procuradores. Mas se quisermos empreender alguma modificação legislativa, poderíamos aventar alternativas, embora saibamos que, nesse campo, não haverá mais consenso. Devemos, porém, discutir as possibilidades.

Uma das ideias que me parecem possíveis é a unificação das funções do Ministério Público. Não sou contrário a que exista esse último degrau da carreira, isto é, a promoção a Procurador de Justiça; trata-se de mais um grau, é como uma nova entrância, é uma promoção a mais, deve mesmo existir. Mas... por que a divisão de *funções*? Por que não unificarmos as funções do Ministério Público? Assim, em termos de funções, o Procurador de Justiça voltaria a ser um Promotor de Justiça, como ele era antes de ser promovido. Seria um Procurador que poderia investigar, poderia propor ações civis ou penais nos limites de suas atribuições, poderia recorrer diretamente por atribuições próprias e não por delegação.

Explicitemos melhor essa ideia: estou me referindo a uma questão de atribuições. Tomemos, como exemplo, um dano ambiental que atinja apenas determinada comarca. O Promotor de Justiça da comarca, que tenha atribuições correspondentes, investiga o fato, propõe a ação civil pública e toma as providências em nome do Ministério Público referentes àquela lesão. Suponhamos, porém, que o dano atinja toda uma região do Estado, ou até todo o Estado, ou, mais ainda, atinja todo o País, mas se trate de matéria afeta à competência da Justiça Estadual — pois o fato de o dano atingir todo o País não transfere, por si só, a competência para a Justiça Federal, que é determinada pela presença de interesse da União, de entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes. Em se tratando de dano regional ou nacional, a apuração poderia ser afeta a um órgão do Ministério Público com atribuições que ultrapassassem as de uma única comarca — afinal, a Instituição deve adaptar-se às novas realidades dos tempos modernos. O membro do Ministério Público encarregado de atuar nesses casos que interessassem a mais de uma comarca poderia ser um Procurador de Justiça; ele instauraria o inquérito civil, investigaria os fatos e propor a ação ou não, conforme o caso. Para tanto, contaria com a estrutura completa de uma Promotoria, só que ele seria como uma espécie de Promotor regional, pertencente a nosso mais alto grau funcional, já que alcançou a última promoção da carreira. Esses Procuradores seriam órgãos com atribuições regionais não só na área

civil, mas também na área penal, pois, igualmente, há crimes de repercussão regional ou estadual, como na criminalidade organizada.

Desde trabalhos anteriores, já tenho ousado cogitar desta ideia: por que não fazer do Promotor de Justiça o órgão do Ministério Público da comarca, enquanto o Procurador de Justiça ficaria sendo o órgão com atribuições no Estado? Retomemos o exemplo. Nós temos um crime na comarca – um furto ou um roubo: o Promotor da comarca funcionaria no caso; agora temos um crime organizado com ramificações regionais ou estaduais: seria o Procurador de Justiça que funcionaria no caso; ele iria agir como o Promotor do caso: acompanharia o inquérito, denunciaria, acompanharia a instrução, efetuaria a sustentação oral nos tribunais, recorreria – como o fazem os Advogados.

Tudo isso seria possível, apenas mudando-se as atribuições dos membros do Ministério Público. Afinal, não há razão lógica para que só Promotores possam investigar, só Promotores possam propor ações. A Instituição, nesse ponto, poderia estruturar-se de maneira semelhante aos grandes escritórios de advocacia. O Advogado tem um escritório; entretanto, o Procurador não tem uma estrutura individualizada para o seu trabalho. E, por incrível que pareça, a meu ver nem precisaríamos de tantos Promotores e Procuradores. Exemplificando, poderíamos ter apenas um Promotor do Meio Ambiente até mesmo na própria Capital de São Paulo; o que ele precisaria é de estrutura adequada. Fala-se tanto em unidade de pensamento, em unidade de atuação institucional. Como ter essa unidade, com a pluralidade de agentes funcionalmente independentes, todos eles detendo atribuições concorrentes? Mas se tivéssemos um Procurador Estadual do Meio Ambiente, essa unidade seria naturalmente atingida. Poderia até ser um cargo de investidura temporária — dois anos, por exemplo, para não criarmos “reizinhos”, como já tivemos casos de Promotores ficarem mais de vinte anos numa Promotoria, o que pode ter lá suas vantagens, mas tem suas desvantagens também. Então, o que eles precisariam é de estrutura. Imaginemos um Promotor do Meio Ambiente regional em São Paulo, cargo esse que seria provido por concurso, com investidura de dois anos, como já temos investiduras assim no Ministério Público da União (LOMPU, art. 40). Esse órgão teria em seu gabinete assistentes, auxiliares, estagiários, Advogados, peritos – mas seria dele a decisão sobre o que se investiga, o que será objeto de ação ou recurso. Nesse caso, não teríamos a necessidade da atividade opinativa de segunda instância. Afinal, foi ele mesmo, ou quem ele designou, que propôs a ação, que interpôs o recurso ou apresentou as contrarrazões; foi ele que já prequestionou tudo o que entendeu necessário;

será ele que comparecerá à sessão de julgamento e fará a sustentação oral ou designará quem a faça – isto é, mandaria fazê-la os Advogados, que seriam funcionários lotados em seu gabinete. Esta seria uma mudança de peso, mas aí se resolveriam diversos problemas, entre os quais os de unidade de pensamento institucional, os de coerência das instâncias da Instituição, e os de prequestionamento. Sob esse aspecto, poderíamos ter uma Instituição mais eficiente, se trabalhássemos mais semelhantemente ao Advogado. Sob muitos aspectos, o Advogado pode nos dar um bom exemplo, como o de preparar-se antes de ajuizar uma ação. Qual Advogado propõe uma ação sem antes falar com seu cliente, sem antes recolher dele os documentos e as informações que interessem ao caso, sem antes ir atrás de testemunhas ou documentos que possam servir-lhe? É o mesmo que agora o Ministério Público está fazendo na área cível. O Advogado, quando é procurado em seu escritório por um cliente, ouve a exposição do indivíduo, pede e examina os documentos que ele possui, vai em busca dos que lhe faltam, toma o nome das testemunhas que podem ser-lhe úteis... quando se sente preparado, propõe a ação. Não é isso o que agora estamos a fazer no inquérito civil?

Penso no Promotor-escritório. Fui Promotor em comarcas pesadíssimas. Se alguém então me tivesse perguntado se eu gostaria de ter outro colega para dividir o serviço comigo, eu diria que continuaria sendo muito pesada a comarca, ainda que entre dois ou três colegas. Entretanto, se contasse apenas com uma estrutura adequada, ainda que sozinho, eu conduziria com maior eficiência a Promotoria. É a mesma coisa: mesmo uma Capital como São Paulo não precisa de dois prefeitos; o País não precisa de dois ou mais presidentes da República; mas o prefeito e o presidente precisam, sim, de toda uma estrutura. Ora, o membro do Ministério Público é um agente político. Nós não precisaríamos de milhares de Procuradores e Promotores; mesmo numa Capital, poderíamos ter apenas um Promotor do Meio Ambiente, outro do Consumidor, outro do Júri... mas cada qual com uma equipe de funcionários e Advogados contratados, para execução de sua orientação. Isso seria implantado gradualmente.

Os Advogados trabalham assim, e, em matéria de acompanhamento de processos, os bons Advogados e os bons escritórios podem nos dar exemplos. Hoje, na sucessão de um Promotor ou Procurador por outro, quantas vezes chegamos a uma audiência numa comarca ou a uma sessão no tribunal, e vemos o processo pela primeira vez, enquanto o Advogado da parte contrária está acompanhando aquele caso há anos, desde o nascedouro, ou às vezes

até mesmo desde antes de o processo ser ajuizado, quando não até mesmo foi ele que orientou o fato...

Não sou contra o parecer do procurador de Justiça. A utilidade jurídica e prática do parecer ainda existe. O parecer bem dado tem qualidades relevantes, não há dúvida; é o prequestionamento de matérias para eventuais fins recursais, é a influência positiva na solução da lide. Quantas vezes cada um de nós já deu um parecer que mudou o destino da causa... Mas é muito pouco ficar a segunda instância do Ministério Público praticamente limitada a emitir um parecer. Nós precisamos mais do que isso na segunda instância. Embora o parecer possa em tese ter utilidade, de fato nem sempre a tem. Se mudássemos o modo de o Ministério Público trabalhar, o parecer poderia mesmo ser dispensado; por exemplo, se o Promotor de Justiça que recorreu ou contra-arrazoou em primeiro grau, se tivesse feito um bom trabalho no recurso, se tivesse levantado todas as teses pertinentes e prequestionado as matérias necessárias, o parecer do Procurador poderia ser dispensável; se o Promotor de primeiro grau, em vez de dispensar-se de fazê-lo, tivesse bem contra-arrazoado o recurso e enfrentado todas as questões de fato e de direito, e tivesse prequestionado todas as questões necessárias, para que o parecer? Entretanto, o que ocorre hoje? Muitas vezes ocorre o contrário. Falta mesmo entrosamento entre as instâncias do Ministério Público.

Estamos aqui pondo na berlinda os pareceres dos Procuradores, mas vamos também falar do trabalho da primeira instância. Nem sempre os Promotores fazem um bom trabalho nos autos... Assim, em termos efetivos, se um Procurador de Justiça não revisar o trabalho de primeiro grau e não levantar certas questões, há o risco real de inviabilizar-se um futuro recurso especial ou extraordinário por parte da instituição. Acredito que, a médio ou a longo prazo, possamos dispensar o parecer; não já, porém. Mas, se mudarmos o modo de atuação da instituição, será que um Promotor já não seria capaz de dizer tudo o que um Procurador de Justiça poderia dizer?

Vamos agora a outro ponto que, embora simples, também merece atenção. As pessoas em geral, e até mesmo os membros do Congresso Nacional, têm dificuldade em compreender a terminologia equívoca que distingue Procuradores Federais, Procuradores da República, Procuradores de Justiça e Procuradores em geral. Não é adequado que os membros do Ministério Público sejam confundidos com Advogados de autarquia, Advogados do Estado e outros órgãos quaisquer. O Procurador de Justiça não mais deveria nem mesmo se chamar *procurador*, pois que procurador não é. O termo “procurador” provém do tempo em que o rei instituía seus

Procuradores junto aos tribunais: eles eram efetivamente Advogados do rei, Procuradores mesmo – procuravam seus interesses junto aos tribunais; depois, com a República, passaram a chamar-se Procuradores da República, pois continuaram acumulando funções de Ministério Público e de advocacia da Fazenda pública: eram Advogados da União. Mas hoje essa terminologia, conquanto tradicional, não mais tem razão de ser para os integrantes do Ministério Público, que Procuradores não são. Talvez pudéssemos pensar – e essa é tese antiga – na unificação da terminologia: Promotores de Justiça, ou Promotores Públicos como se dizia antigamente. Mas não deveríamos distinguir seus membros entre Promotores e Procuradores.

Um aprimoramento ideal também supõe a descentralização de poderes, hoje concentrados nas mãos do Procurador-geral; não creio na consistência de uma descentralização por delegação; o ideal é fazê-la por critérios legais, bem-definidos. A delegação é instável, depende do bom-humor de quem delega, depende do dia, depende da confiança. Precisamos, sim, de lei que crie novos critérios para distinguir as atribuições do Procurador-geral das dos Procuradores. Reconheço que algumas atribuições devam mesmo continuar cometidas ao Procurador-geral; pela sua condição de chefe da Instituição, há algumas tarefas que devem ser-lhe próprias, como acionar os chefes de Poder; mas incumbi-lo de propor todas as ações originárias dos tribunais, isso me parece demasia, pois esse excesso centraliza nas mãos do Procurador-geral um poder incomensurável, que, de um lado, ele, de fato, não vai pessoalmente exercer, e, ao mesmo tempo, esvazia os poderes dos seus pares. E os recursos? Estes têm de ser conferidos aos membros do Ministério Público que oficiaram no feito. Se eles foram bons o bastante para propor a ação, fazer a prova, sustentar a procedência, então devem ser bons o suficiente para recorrer, inclusive junto aos tribunais; é o órgão do Ministério Público que acompanhou o caso que deve saber se recorre ou não. Ou então, se não for possível a interposição do recurso pelo próprio órgão que acompanhou o caso, subsidiariamente ao menos cada Procuradoria deveria ter seu próprio setor de recursos especiais e extraordinários.

Outra ideia interessante que pode ser considerada é algo que já existe no Ministério Público da União. Na área da ação civil pública, o Promotor investiga por meio do inquérito civil e, se chegar à conclusão de que não há base para a propositura da ação, promove o arquivamento do inquérito civil. Segundo da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), nos arts. 8º e 9º, a revisão do arquivamento é feita pelo Conselho Superior do Ministério Público – e esse é o sistema que funciona nos Ministérios Públicos estaduais.

Mas como é controlado o arquivamento do inquérito civil, nos diversos ramos do Ministério Público da União? Há uma diferença em relação aos Estados. Embora a Lei da Ação Civil Pública não distinga (ela só se refere ao Conselho Superior para a revisão do arquivamento do inquérito civil), no tocante ao Ministério Público da União, a lei especial dispôs diferentemente. Com efeito, a Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) criou, para cada ramo da Instituição, um órgão que não encontra parêlo nos Ministérios Públicos dos Estados: são as Câmaras de Coordenação e Revisão. Pela Lei Complementar nº 75/1993, cabe às Câmaras de Coordenação e Revisão rever o arquivamento dos inquéritos civis nos ramos do Ministério Público da União. *De lege ferenda*, nós poderíamos, nos Ministérios Públicos dos Estados, tirar essa atribuição de rever arquivamento de inquérito civil do Conselho Superior e passá-la para Câmaras de Coordenação e Revisão, compostas de Procuradores de Justiça. No campo da ação civil pública, cada vez o Ministério Público trabalha mais e melhor – e ele só está crescendo nessa área –, mas o Conselho Superior da Instituição está congestionado no exame de arquivamentos e recursos oriundos de inquéritos civis. Agora, nosso Conselho Superior julga por atacado; os conselheiros fazem apenas relatórios e votos orais; há um crescimento irrefreável de serviço, a prognosticar problemas ainda maiores para daqui a pouco tempo, pois a carga de inquéritos civis só aumenta e é massacrante para os conselheiros. Fazer um trabalho bem-feito e dedicado é difícil para um Conselho de apenas onze integrantes, dos quais só oito recebem distribuição de inquéritos (já que três deles estão isentos, e são eles o Procurador-geral, o Corregedor-geral e o Secretário)... Então, nós poderíamos cogitar de criar, nos Ministérios Públicos estaduais, órgãos novos, quais sejam, as Câmaras de Coordenação e Revisão, compostas por integrantes do último grau de nossa carreira, que iriam rever os arquivamentos de inquéritos civis, e também arquivamentos de inquéritos policiais... por que não? Com isso, daríamos aos Procuradores de Justiça uma atuação muito mais dinâmica, ativa e eficiente.

Mas... poderia a Câmara de Coordenação e Revisão determinar que uma ação devesse ser proposta? Isso não feriria a independência funcional dos membros do Ministério Público?

Ora, todo poder exige controle. O Ministério Público lutou muito para obter a privatividade da ação penal pública; aliás, conseguiu mais que privatividade: tem mesmo exclusividade para isso. Esse é, porém, um poder sujeito

a controle: além da revisão do arquivamento pelo Juiz e pelo Procurador-geral, em caso de inércia cabe a ação privada subsidiária. Há controle, pois.

Com efeito, se o Promotor entender que não há base para a denúncia, ele precisa dizer por quê. Hoje, esse controle, na área penal, é exercido pelo Juiz. Trata-se, porém, de controle absolutamente impróprio, pois o Juiz chega ao ponto de dizer: *eu não concordo com que esta ação não seja proposta; vou encaminhar os autos ao Procurador-geral por tais e tais motivos, para que a ação seja ajuizada*. Ora, se não há pretensão, não há razão para haver jurisdição; o Juiz não deveria manifestar-se sobre a não propositura da ação; deveria, sim, manifestar-se quando a ação é proposta, ou se é provocado pelas partes porque alguma ilegalidade foi praticada durante a investigação. Mas o sistema atualmente em vigor permite que, quando o Ministério Público decide não propor a ação penal pública, o Juiz não aceite o arquivamento e encaminhe os autos da investigação criminal ao Procurador-geral. Diz o art. 28 do Código de Processo Penal (CPP) que, se o chefe do Ministério Público insistir no “requerimento”, o Juiz será “obrigado” a atendê-lo... Ora, requerimento não é; trata-se, antes, de uma ordem de arquivamento que o Juiz não poderá recusar-se a cumprir. A lei apenas valeu-se de um eufemismo ao falar em *requerimento, ao qual o Juiz é obrigado a atender...* Mas no fundo, o que quis o Código de Processo Penal? Quis apenas instituir um controle sobre a inércia do Ministério Público. Ora, quanto à necessidade de controle, a lei estava certa: é preciso haver controle; errada, porém, está ela ao escolher o Juiz para efetuar esse controle, já que a não propositura da ação penal não é matéria que enseje prestação jurisdicional. Mais feliz foi o sistema da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), que instituiu um controle sobre a inércia do Ministério Público na área civil, mas preservou o Poder Judiciário, pois conferiu o controle do arquivamento a um Colegiado da própria Instituição. Só que, assim como ocorre hoje com o chefe do Ministério Público no tocante ao controle do arquivamento do inquérito policial, na área civil esse Colegiado não vai limitar-se a dizer se o Promotor estava certo ou errado ao propender pelo arquivamento das investigações; o Colegiado poderá também corrigir a decisão do órgão individual. Essa revisão de arquivamento não tem caráter puramente administrativo, ou seja, não se liga à atividade-meio da Instituição, e sim integra sua atividade-fim, pois diz respeito diretamente ao exercício de suas atribuições funcionais. Decidir se o Ministério Público propõe ou não uma ação é atividade-fim institucional, que não pode ser revista pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público, embora possa e deva ser revista pelo Conselho Superior de cada Instituição,

nos Ministérios Públicos estaduais, ou por uma das Câmaras de Coordenação e Revisão, nos Ministérios Públicos da União. Esses órgãos colegiados podem mandar que uma ação civil pública seja proposta, da mesma maneira que o Procurador-geral pode, em sede de revisão de arquivamento de inquérito policial, determinar o ajuizamento de uma ação penal pública.

A existência desse poder de revisão em nada fere a independência funcional dos membros do Ministério Público. A independência funcional é a possibilidade que a lei confere ao agente político de tomar decisões originárias, na sua esfera de atribuições. Essa possibilidade, o órgão do Ministério Público detém, quando decide propor uma ação, ou, ao contrário, quando afirma nos autos que, a seu ver, não é caso de ajuizar a ação. Mas não é porque esse membro do Ministério Público tem independência funcional, que sua decisão não possa submeter-se a controle; pelo contrário: ela precisa sofrer controle, senão o Ministério Público perderia a atribuição. Numa democracia não deve haver poder sem controle.

Ora, semelhantemente, ninguém nega que o Juiz também tem independência funcional: ele goza de independência para absolver ou condenar. Contudo, suas decisões sujeitam-se a recursos, e o tribunal pode mais do que apenas dizer que a sentença está errada: pode mesmo cassar a sentença e proferir outra no lugar daquela que está sendo revista, mandando prender a mesma pessoa que o Juiz absolveu. E quando baixam os autos, aquele Juiz está obrigado a expedir mandado de prisão contra a pessoa que ele próprio julgou inocente. E não há humilhação alguma em submeter-se à lei. Algumas pessoas, porém, erradamente se sentem humilhadas por terem de cumprir a lei. Lembro-me de um fato de quando era Promotor de Justiça de primeira entrância, em Santa Fé do Sul. Em 1978, recebi um inquérito policial, estudei-o e concluí que o indiciado não tinha feito crime algum; requeri o arquivamento. O juiz fez uma longa fundamentação, de várias páginas, dizendo que aquilo era crime, que o indiciado devia ser denunciado, e mandou os autos ao Procurador-geral. Veja-se: aquela provável denúncia já estaria recebida antes de ser ofertada, caso o fosse: era o próprio juiz que estava pedindo que a ação fosse proposta. Imaginem um quadro semelhante, agora na esfera civil: o Juiz chega para um indivíduo e lhe diz: você não quer propor esta ação? Não? Mas você está errado, tem de propor esta ação, eu quero processá-la... Ora, isso é um absurdo, uma verdadeira teratologia. Mas, teratologia ou não, o art. 28 do CPP em vigor permitia e ainda permite que o Juiz faça isso, e então, naquele caso que agora estou recordando, o Juiz de Santa Fé encaminhou os autos ao Procurador-geral, mas este insistiu

no arquivamento. O que fez o Juiz? Indeferiu o arquivamento e mandou prosseguir o inquérito policial! Eu ajuizei diretamente no Tribunal de Justiça um *habeas corpus*, numa época em que era uma raridade um Promotor de Justiça se dirigir diretamente a um tribunal, e o tribunal, acolhendo minha impetração, cassou a decisão do Juiz, ensinando-lhe que não há humilhação alguma em cumprir a lei (RT, 508/319).

Afinal, o Promotor de Justiça não receberia da lei o poder de recusar-se a propor a ação penal pública, se a própria lei não tivesse instituído um mecanismo de controle de sua inércia. Na área criminal, esse controle normalmente é feito pela própria Instituição – o Procurador-geral. Pois bem, o que estou agora propondo é que esse controle continue a ser feito pela própria Instituição, mas agora por meio de um Colegiado de Procuradores de Justiça. Confio mais numa decisão colegiada do que na cabeça de um homem só, que tem mais facilidade para errar. E o órgão Colegiado decidiria e, nessa qualidade, poderia mandar que a ação fosse proposta.

Poderia o Promotor assim designado pelo Procurador-geral ou pelo Colegiado recusar-se a propor a ação? Não. O primeiro Promotor, que propendeu pelo arquivamento, é agente político e toma a decisão originária, com a independência funcional que lhe é própria; o Procurador-geral ou o Colegiado, conforme o caso, também são agentes políticos e agem com toda a independência funcional, homologando ou rejeitando a promoção de arquivamento; mas o segundo Promotor, aquele que vier a ser designado pelo Procurador-geral ou pelo Colegiado, esse, no caso específico, não agiria como agente político e sim atuará por delegação: a decisão final da Instituição já foi tomada, incumbindo a ele, apenas, cumpri-la. O segundo Promotor apenas mencionará, na peça inicial, que, por delegação do Procurador-geral ou do Colegiado competente, está promovendo aquela ação, assim como o Juiz escreveria nos autos: em cumprimento ao ven. acórdão do tribunal, expeça-se o mandado de prisão.

O Promotor de Justiça tem independência funcional para tomar as decisões que a lei põe em suas mãos; não para recusar cumprimento a uma deliberação legal tomada por outro órgão.

Conclusão

Enfim, estas são apenas algumas breves ideias que estou trazendo à discussão, para somar-se às dos demais estudiosos do assunto.

Com efeito, o Ministério Público brasileiro tem esta qualidade: é capaz de propor e promover mudanças. Nós somos capazes de pensar em nossos

problemas, estudar alternativas, sugerir ideias e levá-las adiante, até porque, se nós próprios não o fizermos, outros farão por nós. Não queiramos deixar o Congresso Nacional modificar o Ministério Público enquanto assistimos a isso de braços cruzados; ao contrário. Quando, ao fim da ditadura militar, percebemos que o País caminhava para uma nova ordem constitucional, o que fizemos nós? Os senhores bem se lembram: nós discutimos, preparamos e levamos à Constituinte as nossas ideias, que foram acolhidas, porque eram boas ideias. E o que são boas ideias? Em regra, ideias boas são ideias previamente discutidas.

Então, continua aberto o campo de discussão sobre a modernização da segunda instância do Ministério Público.

MAZZILLI, H. N. Ministério Público modernization with regard to the Second Instance. *Justitia*, São Paulo, v. 202/203, p. 291-308, Jan./Dec. 2011-2012.

- **ABSTRACT:** It is common agreement that it is necessary to modernize the career of Ministério Público, because, paradoxically, power and functional performance decrease when the top of the career is reached. However, there is no consensus at all on how to solve the problem. This article proposes several suggestions for discussion, some of potentially immediate implementation, and others still depending on legislation changes.
- **KEY WORDS:** Ministério Público. Ministério Público work modernization. A new vision of the Ministério Público Office's role.